



BRUNA RAFAELA BRANDÃO MONTEIRO

EFEITOS DA INSUFICIÊNCIA ECONÓMICA DAS PARTES NUMA CONVENÇÃO ARBITRAL
VÁLIDA E OPERANTE

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem

Orientador:

Doutor António Pedro Pinto Monteiro, Professor da Faculdade de Direito da NOVA
School of Law

Julho, 2021



BRUNA RAFAELA BRANDÃO MONTEIRO

EFEITOS DA INSUFICIÊNCIA ECONÓMICA DAS PARTES NUMA CONVENÇÃO ARBITRAL
VÁLIDA E OPERANTE

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem

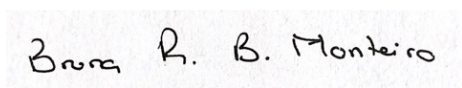
Orientador:

Doutor António Pedro Pinto Monteiro, Professor da Faculdade de Direito da NOVA
School of Law

Julho, 2021

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO

Declaro, por minha honra, e em cumprimento do disposto no artigo 22.º do Regulamento do 2º Ciclo do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem, que o trabalho que apresento é original, de minha exclusiva autoria, e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

A rectangular box containing a handwritten signature in black ink. The signature is written in a cursive style and reads "Bruna R. B. Monteiro".

(Bruna Rafaela Brandão Monteiro)

DEDICATÓRIA

À minha avó, Ruquia, que sempre foi o meu anjo, e a quem não me pude despedir.

Aos meus pais, Glória e Luís, que sempre foi por e para eles, a minha maior fonte de inspiração e força.

Gratidão eterna!

AGRADECIMENTOS

Porque ainda que seja o meu nome que figura como autora, este trabalho não teria sido possível sem o contributo de tantas outras pessoas. É a eles que dedico este resultado.

Primeiramente agradecer à Deus todo-poderoso, por sua infinita bondade e generosidade para comigo, por ter tido sempre a Sua mão sobre a minha vida, abençoando e iluminando o caminho. Pelo amparo que deu sempre e em especial nos últimos meses.

Ao Doutor António Pedro Pinto Monteiro por ter aceitado supervisionar e orientar esta dissertação. Por ter, desde o princípio, entendido o meu tempo para ter as coisas feitas. Pela paciência, sabedoria, calma e empenho. Pela ajuda e contributo constante, mas, sobretudo, por ter acreditado neste trabalho até quando eu não sabia o que fazer.

Aos meus pais e irmão, que amo com todo o meu coração e a quem tenho de agradecer por me proporcionarem tudo o que enho hoje, que foram sempre o meu porto seguro, especialmente por lembrarem-me sempre que era capaz.

À Ana, ao Andreas, à Catarina, à Francisca, à Mariana, ao Martim e à Rita por terem sido os melhores colegas que o mestrado me poderia dar, pelo apoio, pelo salvamento da minha sanidade mental por diversas vezes no confinamento e na jornada de fazer uma dissertação. Vocês são e sempre serão os melhores.

Ao Silva que foi a minha longa-distância companhia e que em vários esgotamentos estive ali para me lembrar o porquê de eu estar a fazer o mestrado e que precisava realizar o meu sonho, porque todos nós somos muito mais do que aquilo que imaginamos e que temos de sempre querer mais para nós.

Aos meus amigos em geral que perceberam e respeitaram o meu distanciamento nos últimos tempos. Sabiam sempre o quão importante é este trabalho para mim.

A todos vós o meu mais sincero obrigado. Sem vocês nunca teria chegado onde cheguei. Espero deixar-vos a todos orgulhosos.

MODO DE CITAR E OUTROS ESCLARECIMENTOS

O presente texto foi escrito em língua portuguesa, ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico, de 2011.

As referências bibliográficas e jurisprudenciais constam das notas de rodapé (sobre os aspetos a que dizem respeito), quer de uma lista final.

As obras são citadas com a indicação do(s) autor(es), título, número de volume (quando exista), edição (se existir mais do que uma), editora, local de edição, ano de publicação e página(s).

Quando um mesmo autor é repetido na mesma página, de forma sequencial, na primeira vez, iremos referir “Idem”, se segunda “Ibidem”, terceira e seguintes “ob. cit.”.

Os artigos publicados em revistas, estudos de homenagem e obras coletivas seguem, tendencialmente, a seguinte forma de citação: autor(es), título do artigo, nome da revista ou obra onde o artigo está inserido, ano, número e respetiva(s) página(s).

Em qualquer um dos casos, só a primeira citação da obra ou artigo contempla todos os elementos indicados. Nas referências subsequentes, a citação é feita mencionando apenas o autor e a(s) página(s).

A lista bibliográfica final é organizada alfabeticamente, atendendo ao apelido dos autores. Sendo diversos os seus trabalhos, os mesmos são ordenados pela data de publicação (seguindo uma ordem crescente, do mais antigo para o mais recente) ou pelo número de volume.

Todas as expressões ou frases, em latim ou estrangeiro, encontram-se em *itálico*

A lista de jurisprudência encontra-se dividida em jurisprudência nacional e estrangeira, estando cada um desses capítulos, por sua vez, subdividido em vários pontos.

Todos os elementos bibliográficos, jurisprudenciais e normativos encontram-se atualizados até Junho de 2021, data em que encerrámos a nossa investigação. Depois dessa data, só pontualmente foram considerados alguns elementos entretanto publicados.

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
Apud	citado por, conforme, em
Art.	artigo
Arts.	artigos
BGH	Bundesgerichtshof
CAC	Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa
CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
Cfr.	Conforme
CIRE	Código de Insolvência e Recuperação de Empresas
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
Et al	e outros
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Center
ICC	International Chamber of Commerce
LADT	Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
LCIA	London Court of International Arbitration
n.º	número
ob. Cit.	Obra Citada
p.	página
PCA	Permanent Court of Arbitration
PER	Processo Especial de Revitalização
pp.	páginas
RCP	Regulamento de Custas Processuais
SARL	Sociedade Anónima de Responsabilidade Limitada
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
ss.	seguintes

STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRS	Tribunal de Recurso de Szeged
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Vol.	Volume
Vs.	Versus
ZPO	Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil Alemão)

DECLARAÇÃO – LIMITE DE CARATERES DO CORPO DA TESE

Declaro, por minha honra, que, em cumprimento do n.º4 do artigo 33.º do Regulamento do 2.º Ciclo do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem, o corpo da dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 199.987 caracteres.

RESUMO

O presente trabalho centra-se no estudo dos efeitos que a impecuniosidade de uma das partes tem sobre a convenção arbitral válida e operante. Optamos por este estudo porque nos encontramos numa altura em que haverá inúmeras partes de convenções arbitrais em superveniente insuficiência económica devido à pandemia que estamos a enfrentar ao longo dos últimos 16 meses, e com a convenção de arbitral válida, estas só podem, de princípio, dirigir-se aos tribunais arbitrais. Tendo em conta que os tribunais arbitrais fazem parte de uma justiça privada e tendencialmente mais cara que a dos tribunais estaduais, os sujeitos podem não ter os meios económicos suficientes para custear a arbitragem, encontrando-se em posições conflituantes, onde, a princípio, não se podem dirigir aos tribunais estaduais. Com o presente estudo, pretendemos demonstrar que poderá haver uma exceção à regra, em que as partes podem, de certo modo, dirigir-se aos tribunais estaduais, mesmo com uma convenção arbitral válida e operante. Claramente que o afastamento da convenção arbitral por impecuniosidade não é e nem deve ser uma situação de fácil aplicação, os tribunais têm em mão um processo cauteloso e difícil, sendo necessário que a parte que alega a impecuniosidade prove, em primeiro lugar, que realmente se encontra em situação de superveniente insuficiência económica, seguidamente que ao dirigir-se aos tribunais estaduais, ou teria acesso ao apoio judiciário, ou os custos deste seriam inferiores ao dos arbitrais, porque só faz sentido que se afaste a convenção arbitral se a parte puder litigar nos tribunais estaduais. Partimos do pressuposto que, se uma parte impecuniosa fosse obrigada a manter e cumprir a convenção arbitral, não estaria apenas a ser privada do acesso aos tribunais arbitrais, mas também ao acesso à justiça, o que sempre nos pareceu incabível num Estado de Direito Democrático.

Palavras-chave: Impecuniosidade; convenção arbitral; acesso à justiça, acesso ao direito; superveniente insuficiência económica; inexecutabilidade;

ABSTRACT

This paper focuses on the study of the effects that the impecuniosity of one party has on a valid and operative arbitration agreement. We have chosen this study because we find ourselves at a time when there will be numerous parties to arbitration agreements in supervening economic insufficiency due to the pandemic we have been facing for the last 16 months, and with a valid arbitration agreement, they can, in principle, only go to the arbitral tribunals. Taking into account that arbitration tribunals are part of a private justice system that tends to be more expensive than state courts, subjects may not have sufficient economic means to pay for arbitration, finding themselves in conflicting positions, where, in principle, they cannot go to the state courts. With this study we intend to demonstrate that there may be an exception to the rule, where parties may, to a certain extent, go to state courts, even with a valid and operative arbitration agreement. Clearly, the removal of the arbitration agreement due to impecuniosity is not and should not be a situation of easy application, the courts have a cautious and difficult process at hand, being necessary that the party claiming impecuniosity proves first that it really is in a situation of supervening economic insufficiency, second, that by going to the state courts, either it would have access to legal aid, or its costs would be lower than the arbitral courts, because it only makes sense to remove the arbitration agreement if the party can litigate in the state courts. We assume that if an impecunious party were forced to maintain and comply with the arbitration agreement it would not only be deprived of access to the arbitral courts, but also of access to justice, which has always seemed unacceptable to us in a democratic rule of law.

Keywords: Impecuniosity; arbitration agreement; access to justice, access to the law; supervenient economic insufficiency; unenforceability;

INTRODUÇÃO

A arbitragem tem sido, hodiernamente, um meio de resolução alternativa de litígios bastante utilizado, contrapondo-se à justiça estadual.

Quando, em 2019, escolhi o Mestrado em Direito Forense e Arbitragem, nada sabia sobre este meio de RAL, e ao ser apresentada ao mesmo, na disciplina de Introdução à Arbitragem, foi como acender uma luz no fundo do túnel, porque era naquela disciplina que se encontrava o terreno neutro, para mim.

Uma vez, durante um curso de arbitragem, ouvi um renomado professor e árbitro brasileiro dizer aos participantes que, em casos de hipossuficiência de uma das partes da convenção arbitral, não havia na arbitragem mecanismos de apoio, como havia no sistema estadual. Disse ainda que se as partes escolheram este meio, e se não puderem pagar, ficará sem tutela, por escolha.

Ao ouvir esta frase que foi dita com muita certeza, indaguei, durante dias, se era mesmo possível que se tivesse afastado o direito de acesso à justiça daquela forma.

Tal indagação trouxe-nos a este trabalho, intitulado “Efeitos da insuficiência económica das partes numa convenção arbitral válida e operante”. O presente trabalho encontra-se na área da Arbitragem, com certo relevo para o Direito Constitucional, pelo facto de se analisar ao longo do trabalho como é que a insuficiência económica afeta o direito de acesso à justiça.

Com este trabalho, pretendemos analisar quais os efeitos que a insuficiência económica de uma das partes da convenção arbitral tem sobre o acesso desta mesma à justiça, visto que a convenção arbitral obriga as partes à pleitearem os seus litígios nos tribunais arbitrais, estando esta situação protegida por valores constitucionais. Dado que pareceu desde o princípio que a situação não poderia ser tão linear como nos era dado a perceber, ou seja, que as partes impecuniosas não tinham o direito de ver os seus litígios resolvidos em tribunais estaduais porque tinham convencionado ir à arbitragem.

E mostrou-se não ser linear e nem radical. O estudo mostrou-nos que o assunto tem sido debatido em várias jurisdições, e que, apesar de Portugal não ter uma solução uniforme, existem casos em que a convenção arbitral é afastada para que se possa acautelar o acesso à justiça.

Propomo-nos no trabalho a analisar acórdãos nacionais que versam sobre a matéria, casos do sistema *common law* e do sistema romano-germânico de forma a estudar as soluções por estes adotadas, para que possamos, pelo menos, perceber se há uma solução maioritária.

Este tema mostrou-se de grande importância, primeiramente porque, o acesso à justiça é um direito, liberdade e garantia fundamental de um Estado de Direito, e a sua “aparente” violação não nos pareceu simples como se fazia perceber nas discussões sobre o tema, além disso, nos encontramos numa fase em que a economia mundial está desestabilizada e muitos sujeitos económicos encontram-se em dificuldades financeiras por causas não imputáveis ao seu comportamento.

Tentamos analisar se a resposta para o problema se encontrava na ordem nacional ou internacional, na lei da arbitragem ou em codificações civis. Percebemos que a busca pela solução não é algo simples e direto, passando por avanços e retrocessos, tanto na jurisprudência, como na doutrina.

De uma coisa conseguimos ter a certeza, a solução para o problema não é a violação de direitos fundamentais, seja o acesso ao direito, ou o da autonomia privada.

Relativamente à estrutura da nossa exposição, começaremos por uma breve conceitualização do que é a arbitragem, o que é uma convenção arbitral, as suas modalidades e os seus efeitos, falaremos do princípio da competência-competência e da exceção da preterição de tribunal arbitral (Capítulo I).

Pelo facto de o tema implicar uma intromissão na esfera constitucional de dois direitos, vamos analisar dois acórdãos nacionais, expondo os dois valores constitucionais aparentemente em conflito; faremos a distinção entre impecuniosidade e insolvência, e falaremos dos efeitos da impecuniosidade na convenção arbitral (Capítulo II).

Tornou-se necessário, ao longo do segundo capítulo, procurar por respostas ou soluções ao problema, se deveriam os tribunais aplicar a convenção independentemente da situação financeira das partes, ou se deveria este afastar a convenção e assumir a competência no processo, assim, no último capítulo apresentaremos dos meios de pacificação e solução do problema (Capítulo III).

CAPÍTULO I – ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

1.1. Enquadramento conceitual e legal da arbitragem

Para conhecermos da veracidade ou legalidade de qualquer órgão ou instituto que atue na administração de justiça, devemos em primeiro plano socorrer-nos da Lei fundamental dum Estado de Direito, a Constituição. E quando procuramos pelo conceito da arbitragem neste diploma, não encontramos uma definição objetiva do que esta seja, nem em sentido amplo, nem em sentido restrito.

O que encontramos é, primeiramente, o que diz respeito aos tribunais na sua função jurisdicional, ou seja, a possibilidade que é dada a lei de institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, art.202.º, n.º 4 da CRP, isto é, encontramos a legitimidade de todos os mecanismos que não impliquem uma composição de índole jurisdicional, admitindo expressamente, assim, a existência de mecanismos consensuais e de autocomposição, como, por exemplo, a mediação, a conciliação e a transação¹.

Em segundo lugar, a expressa previsão da possibilidade de existência de tribunais arbitrais no art.209.º n.º 2 da CRP. Desta forma, surge a questão: será que o tribunal arbitral faz parte do sistema jurisdicional português, ao lado dos tribunais judiciais?

Embora existam alguns elementos que o aproximem dos tribunais judiciais, uma vez que a função e finalidade dos tribunais arbitrais é a de resolver litígios através de sentenças arbitrais que têm o mesmo valor que as sentenças judiciais, são mais os elementos que o afastam da ideia de sistema jurisdicional do que os que o aproximam. O tribunal arbitral não representa o Estado, nem qualquer órgão de soberania. Exerce uma atividade de natureza privada que resulta do poder das partes em o constituir. Não tem, em regra, carácter permanente ou duradouro no tempo².

A constituição de um tribunal arbitral tem a característica de, geralmente, refletir a vontade das partes, pois são estas que escolhem o seu modo de composição, os termos em que será julgado o processo e por quem será feito. Assim, a referência que o número 2 do art.209.º da CRP faz aos tribunais arbitrais não tem o objetivo de integrá-los no sistema jurisdicional estadual, porque estes não fazem parte do aparelho do Estado, mas visam apenas conferir dignidade constitucional à sua existência³.

¹ MONTEIRO, António Pedro Pinto/ SILVA, Artur Flávio da/ MIRANTE, Daniela - Manual de Arbitragem. Coimbra, Almedina, 2019, p.44.

² BARROCAS, Manuel Pereira - Manual de Arbitragem. Coimbra, Almedina, 2010, p.33.

³ *Idem*, p.33.

Para podermos definir a Arbitragem, socorremo-nos das definições dadas pela doutrina, onde, de acordo com Manuel Pereira Barrocas, a arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuadas por uma ou mais pessoas, que detêm poderes para esse efeito, reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes⁴.

Mariana França Gouveia dá-nos outra definição de arbitragem, não muito diferente da trazida pelo autor supra, onde diz que podemos definir a arbitragem como um modelo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros. A arbitragem é, assim, de acordo com a autora, um meio de resolução alternativa de litígios adjudicatório, na medida em que o litígio é decidido por um ou vários terceiros⁵.

Encontramos ainda, a nível internacional, a definição de arbitragem comercial internacional trazida por Gary Born, definindo a arbitragem comercial internacional como sendo um meio pelo qual os litígios comerciais internacionais podem ser definitivamente resolvidos, nos termos do acordo entre as partes, por árbitros independentes, não governamentais, escolhidos pelas ou para as partes, aplicando procedimentos de adjudicação neutros, que proporcionam às partes a oportunidade de serem ouvidas⁶.

No ordenamento jurídico português, o instituto da arbitragem é regulado pela Lei n.º 63/2011, de 11 de Dezembro, a Lei da Arbitragem Voluntária (LAV).

Percebemos que, nas duas definições nacionais apresentadas de arbitragem, encontramos a expressão “resolução de litígios” ou “resolução jurisdicional de litígios”, e como é comumente referida, a arbitragem, a mediação, a conciliação ou mesmo a negociação, são meios de resolução alternativa de litígios, e seguindo o pensamento de António Monteiro, Artur da Silva e Daniela Mirante, a expressão Resolução Alternativa de Litígios engloba todos os mecanismos que permitam uma justiça diferente da judicial e que constituem, deste modo, uma resolução alternativa (e complementar em relação aos tribunais

⁴ Vide BARROCAS, Manuel Pereira – ob. cit., pp. 31-32., onde refere ainda que este conceito de arbitragem coaduna com a noção de arbitragem voluntária, deixando de fora outras modalidades que comumente se denominam igualmente de arbitragem, mas que não constituem verdadeiramente arbitragem. Como é o caso da arbitragem necessária.

⁵ Vide GOUVEIA, Mariana França - Curso de Resolução Alternativa de Litígios. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p.119.

⁶ Tradução feita de BORN, Gary - *International Commercial Arbitration*. 3rd Edition, Kluwer Law International, 2021, p.67. - “(...) *international commercial arbitration is a means by which international business disputes can be definitively resolved, pursuant to the parties’ agreement, by independent, non-governmental decision-makers, selected by or for the parties, applying neutral adjudicative procedures that provide the parties an opportunity to be heard.*”.

estaduais) dos litígios, incluindo aqui, igualmente, aqueles meios que possibilitem evitar a existência de um litígio nos tribunais estaduais⁷.

1.2. A convenção arbitral e seus efeitos

A base de todas as arbitragens, sejam estas nacionais ou internacionais, é a convenção arbitral.

Na arbitragem voluntária, são as próprias partes que – voluntariamente e através da celebração de uma convenção de arbitragem – se submetem a este meio de resolução alternativa de litígios⁸.

Na LAV, encontramos o art.1.º com a epígrafe “convenção de arbitragem”, onde deparámo-nos com cinco números que tratam desde o tipo de convenções, modalidades até a arbitrabilidade dos litígios, sem nos dar a definição de convenção arbitral.

Descobrimos, porém, a definição de convenção arbitral na Convenção de Nova Iorque⁹, no art.2.º, n.º 2, que define como sendo uma cláusula compromissória inserida num contrato, ou num compromisso, assinado pelas Partes ou inserido numa troca de cartas ou de telegramas; bem como na Lei Modelo da UNCITRAL¹⁰, que no art.7.º n.º 1, define convenção arbitral como sendo o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção arbitral pode adotar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de um compromisso arbitral.

A convenção de arbitragem é, nas palavras de Manuel Barrocas¹¹, “o acordo pelo qual as partes se vinculam a submeter os litígios existentes ou futuros a um tribunal arbitral. Por esse ato de vontade, as partes determinam que os litígios entre si, emergentes de uma certa relação jurídica, contratual ou extracontratual, que tenham já surgido ou que venham a surgir no futuro, serão resolvidos por um terceiro através de uma decisão que formará caso julgado e é suscetível de ser executada.”

A importância da convenção arbitral é tão grande que se não existir convenção não há arbitragem. Sem uma convenção arbitral válida, não há razões legais para requerer que certo litígio seja resolvido por meio da arbitragem, ou mesmo, para que uma sentença possa

⁷ Vide MONTEIRO, António Pedro Pinto/ SILVA, Artur Flávio da/ MIRANTE, Daniela – ob. cit., pp.45-47. Estes autores trazem aqui a questão de a conceptualização de meios de resolução alternativa de litígios não ser, entre eles, unânime.

⁸ *Idem*, p.57.

⁹ Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de Junho de 1958.

¹⁰ Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, 1985.

¹¹ BARROCAS, Manuel Pereira – ob. cit., p.143.

ser devidamente executada. A arbitragem é uma questão contratual e uma parte não pode ser obrigada a submeter à arbitragem qualquer disputa que não tenha concordado em submeter¹².

Relativamente às categorias ou modalidades de convenção arbitral ao olharmos para as definições acima expostas, em especial a trazida por Manuel Barrocas, este faz uma distinção de duas situações. Primeiro, quando a convenção arbitral olha para o futuro, e noutra quando olha para o passado, ou para situações que já aconteceram.

Para a primeira situação, a cláusula compromissória, visa arbitragens relativas a litígios eventuais (logo: futuros), emergentes de relações jurídicas, contratuais ou extracontratuais. A cláusula compromissória deve ser suficientemente precisa na identificação dos potenciais litígios, sob pena de indeterminabilidade.¹³

Enquanto na segunda situação – a que chamamos de compromisso arbitral – é a convenção relativa a um litígio já existente. A lei explicita que tal litígio pode, mesmo (já) estar afeto a um Tribunal do Estado.¹⁴

Na ótica de Redfern e Hunter, as cláusulas compromissórias são mais curtas que os compromissos arbitrais, o que não se deve a alguma exigência legal, mas é simplesmente um reflexo dos efeitos práticos de cada situação, ou seja, uma cláusula compromissória que trate de litígios que possam surgir no futuro não entra, normalmente, em muitos detalhes, uma vez que não é sabido que tipo de litígios irão surgir e como tratá-los da melhor forma. Enquanto, nos casos de compromisso arbitral, pelo facto de o litígio já existir, e, por esse motivo, este pode adequar-se às precisas circunstâncias do caso em concreto¹⁵.

A convenção de arbitragem deve adotar a forma escrita, de acordo com n.º 1 do art.2.º da LAV. Esta obrigatoriedade deve-se ao facto de que, ao celebrar-se uma convenção arbitral, se retira a jurisdição aos tribunais estaduais, sendo a gravidade deste efeito, que contende com o acesso aos tribunais estaduais, que justifica que se exija a forma escrita para a convenção de arbitragem em qualquer das suas modalidades. Deste modo se assegura que as partes ponderam devidamente as consequências da sua opção, evitando-se, do mesmo passo, incertezas quanto à jurisdição competente¹⁶.

Para além da forma escrita, acredita-se que a convenção arbitral deve ter certo conteúdo “obrigatório”, como podemos depreender do n.º 6 do art.2.º da LAV, onde diz

¹² Tradução de BORN, Gary – ob. cit., p.251.

¹³ CORDEIRO, António Menezes – Tratado da Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2017, p. 95.

¹⁴ *Idem*, p. 95.

¹⁵ Vide REDFERN, Alan, HUNTER, Martin - *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6th Edition, Oxford University Press, 2015, p.72.

¹⁶ VICENTE, Dário Moura, [et al.] - Lei da Arbitragem Voluntária Anotada. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p.25.

que o compromisso arbitral deve determinar o objeto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem.

As convenções arbitrais são, geralmente, escritas em termos amplos para garantir que todos os litígios emergentes da relação ou em conexão com esta possam ser levados a arbitragem. Aquando da redação da convenção arbitral, as partes podem escolher entre redigir uma do zero, ou usar um modelo oferecido pelos centros arbitrais ou por organizações internacionais cuja autoridade na matéria é reconhecida, como a UNCITRAL. Normalmente, os modelos oferecidos pelos centros são escritos de forma abrangente, ora vejamos, por exemplo, a cláusula modelo do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa (CAC):

“1. Todos os litígios emergentes deste contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos por arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), por um ou mais árbitro(s) nomeado(s) nos termos do Regulamento.

2. A arbitragem terá lugar em [cidade e/ou país].

3. A língua da arbitragem será [...]”

Por conseguinte, para certos autores, como Mariana França Gouveia, a cláusula deve abordar, pelo menos, cinco tópicos: definir o litígio eventual, referir o número de árbitros, escolher as regras arbitrais, seleccionar o local e a língua da arbitragem¹⁷.

Definir o litígio eventual é, basicamente, a descrição da relação jurídica da qual esse conflito possa resultar. Com a definição do litígio eventual ou atual, estaremos a cumprir com o art.2.º n.º 6 da LAV, e consequentemente, tornando a convenção válida¹⁸.

O número de árbitros é importante se as partes pretendem escolher um número diferente daquele que é supletivamente determinado pela lei (3)¹⁹. É prática comum que se escolha um número ímpar de árbitros para que possa haver “desempate”, onde cada parte escolhe um árbitro e esses árbitros escolhem o árbitro presidente.

A escolha das regras arbitrais pode ser facilmente resolvida através da institucionalização da arbitragem, ou seja, as partes podem escolher entre arbitragem *ad hoc*, ou arbitragem institucionalizada, em que, escolhendo esta última opção, as partes se vinculam

¹⁷ Cfr. GOUVEIA, Mariana França – ob. cit., p.150.

¹⁸ Tradução de REDFERN, Alan, HUNTER, Martin – ob. cit., p.97. Os autores referem que ao ser redigida a convenção arbitral, deve ser deixado claro que as partes pretendem que toda e qualquer disputa entre elas seja resolvida por meio de arbitragem.

¹⁹ Art.8.º, n.º 2 da LAV.

à instituição²⁰, deixando a cargo desta quer a escolha dos árbitros, o número de árbitros (que dependerá do Regulamento de cada instituição), as regras a aplicar ao procedimento arbitral, bem como formas de resolução de eventuais “problemas” na arbitragem. Se não se pretende fazer essa institucionalização, pode prever-se a aplicação de algum regulamento, nacional ou internacional, ou ainda conjunto de regras que têm o propósito de regular arbitragens.

A sede da arbitragem é de extrema importância, especialmente quando se está perante uma arbitragem internacional. É a sede que determina a aplicação da Convenção de Nova Iorque, se existir cláusula de reciprocidade no país de reconhecimento, isto é, se a arbitragem decorrer num país não signatário da Convenção, a sentença aí proferida não poderá ser reconhecida através do seu regime num Estado signatário que tenha feito a reserva de reciprocidade. A sede também determina o lugar da anulação da sentença, quer em termos de competência internacional, quer em termos de competência interna nacional, art.59.º n.º 1 g) da LAV. É também a sede que acarreta, por regra, embora não necessariamente, a lei aplicável à arbitragem, art.61.º LAV²¹.

A língua da arbitragem deve ser escolhida pelas partes, caso naturalmente se trate de um litígio com partes e/ou documentos em mais do que uma língua²².

Uma convenção arbitral válida produz efeitos legais muito importantes para as partes, bem como para os tribunais judiciais e arbitrais. Estes efeitos podem ser tanto positivos como negativos.

O efeito positivo inclui a obrigação de participar e cooperar em boa-fé²³ nas arbitragens de litígios referidos na convenção arbitral, enquanto o efeito negativo inclui a obrigação de não obstruir a resolução dos litígios sujeitos a arbitragem, ou de procurar a resolução dos litígios abrangidos pela convenção em tribunais estaduais ou outros foros legais²⁴.

Quando falamos do efeito positivo da convenção arbitral, falamos do direito potestativo, a que corresponde a vinculação da outra parte, de constituir o tribunal arbitral para resolver quaisquer litígios que se encontrem no âmbito da convenção²⁵. Este direito potestativo dá o direito a qualquer um dos contraentes de dar início ao processo arbitral,

²⁰ Atualmente existe uma longa lista de instituições arbitrais totalmente capazes de resolver litígios nacionais e internacionais. Temos em Portugal o CAC – Centro de Arbitragem Comercial; o Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa. A nível internacional temos o ICC, LCIA, HKIAC, PCA, SIAC, entre outros.

²¹ Cfr. GOUVEIA, Mariana França – ob. cit., p.151.

²² *Idem*, p.152.

²³ Decorrencia do princípio *pacta sunt servanda*, de acordo com BARROCAS, Manuel Pereira – ob. cit., p.165.

²⁴ Tradução de BORN, Gary – ob. cit., p.1349.

²⁵ Vide MONTEIRO, António Pedro Pinto/ SILVA, Artur Flaminio da/ MIRANTE, Daniela – ob. cit., p.184.

obrigando a contraparte a vincular-se às decisões desse tribunal²⁶. Esta obrigação é *sui generis* – exigindo que as partes cujas relações comerciais ou outras relações subjacentes se tenham deteriorado ao ponto de surgir litígios, possam, em boa-fé, cooperar num processo que resolverá as disputas em causa, de forma vinculativa, a favor ou contra uma das partes.

O efeito positivo da convenção de arbitragem trata-se do efeito substantivo de qualquer contrato que tem a sua fonte, no direito português, no art.406.º, n.º 1 do CC. Deste efeito positivo, resulta que são aplicáveis à convenção de arbitragem os princípios gerais dos contratos, tais como o princípio da autonomia da vontade, o princípio da relatividade (os contratos obrigam as partes e os seus sucessores), o princípio da boa fé e, em geral, o regime legal quanto à formação e manifestação da vontade²⁷.

Encontramos também o efeito negativo da convenção que é tido, frequentemente, como o reflexo do efeito positivo, ou seja, o efeito negativo é o compromisso de não levar aos tribunais judiciais as disputas que estejam dentro do escopo da convenção de arbitragem. Essa obrigação é paralela à exclusividade óbvia da convenção de arbitragem que exige que todas as disputas arbitráveis sejam resolvidas em, e apenas em procedimentos arbitrais²⁸. Nas palavras de Gary Born²⁹, “(...) *put simply, disputes which must be arbitrated, may not be litigated.*”

Podemos notar que, quer na legislação nacional quer em convenções internacionais, há um reconhecimento expresso dos efeitos negativos da convenção, sendo prevista a aplicação destas obrigações negativas, conforme o art.5.º da LAV, ou o art. II, n.º 3 da Convenção de Nova Iorque, bem como no art.8.º da Lei Modelo da UNCITRAL.

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

Com efeito, temos, primeiramente, a questão de que o tribunal não pode, oficiosamente, declarar-se incompetente e chamar ao processo a existência de uma convenção arbitral que deve ser tomada em consideração.

Surge aqui a questão de que, tal como o direito potestativo é de exercício voluntário, não havendo qualquer impedimento para que as partes renunciem tacitamente à convenção

²⁶ Cfr. GOUVEIA, Mariana França – ob. cit., p.181.

²⁷ Vide BARROCAS, Manuel Pereira – ob. cit., p.169.

²⁸ Tradução nossa de BORN, Gary – ob. cit., p.1272.

²⁹ *Idem*, p.1272.

de arbitragem, acontece o mesmo com a invocação da existência da convenção³⁰, deve ser o réu, na contestação, a fazer referência que aquele litígio está abrangido por uma convenção arbitral e que a apreciação do mesmo por aquele tribunal resultaria de uma violação da convenção – que processualmente se traduz numa exceção de preterição do tribunal arbitral³¹ - pois, não o fazendo, estaria o réu a consentir com a resolução do litígio nos tribunais estaduais, revogando assim a convenção arbitral.

Além disso, o tribunal pode não absolver o réu da instância e decidir apreciar o fundo da causa, caso verifique que a convenção de arbitragem é, manifestamente, nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexequível, o que nos leva à questão do princípio da competência-competência.

1.3. O princípio da competência-competência

Uma questão de extrema importância, quer na arbitragem internacional, quer na nacional, é de saber a autoridade que o tribunal arbitral tem para apreciar e decidir sobre a sua própria competência, incluindo litígios sobre a existência, validade, legalidade e escopo da convenção arbitral. Isto é estudado e tratado pela doutrina da “competência-competência” (também referida como “*Kompetenz-Kompetenz*” ou “jurisdição para decidir sobre jurisdição”)³².

Gary Born, ao abordar a questão do princípio da competência-competência, faz uma distinção das várias terminologias usadas pelos vários países e dos significados diversificados³³. Salientamos que o termo competência-competência usado neste trabalho não é análogo a nenhum dos significados dados pela arbitragem internacional, mas, sim, apenas como o poder que o tribunal arbitral tem de apreciar e decidir sobre a sua própria competência.

O princípio da competência-competência encontra-se previsto em diplomas internacionais bem como nacionais.

Temos no art.18.º, n.º 1 da LAV estipulado que: “1 - O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.”

³⁰ Vide MONTEIRO, António Pedro Pinto/ SILVA, Artur Flamínio da/ MIRANTE, Daniela – ob. cit., p.185.

³¹ Será tratado mais a frente a questão da exceção de preterição do tribunal arbitral por acreditarmos ser de relevante interesse dedicarmos um subcapítulo ao mesmo.

³² Tradução nossa de BORN, Gary – ob. cit., p.1047.

³³ Sobre as diferentes aceções do princípio da competência-competência ver BORN, Gary – ob. cit., pp. 1047-1051.

Lei Modelo da UNCITRAL, art.16.º n.º 1: “(1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. (...)”

Portanto, este princípio é, em conjunto com a regra da autonomia ou separabilidade da convenção arbitral, um dos principais esteios da arbitragem nacional e internacional.³⁴ Traduz-se no reconhecimento de que o tribunal arbitral, à semelhança de qualquer outro tribunal, tem competência para apreciar a sua própria competência, cabendo-lhe a si, em primeira instância, a decisão sobre a existência ou inexistência da mesma.

Luís de Lima Pinheiro chama a atenção ao facto de que a invalidade da convenção de arbitragem não prejudica a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência, tornando patente que a competência do tribunal arbitral não se fundamenta na convenção de arbitragem. Na arbitragem interna, este fundamento pode ser encontrado no regime local da arbitragem³⁵.

O princípio da competência-competência desdobra-se em duas vertentes, a positiva e a negativa.

Na vertente positiva, encontramos o reconhecimento da competência do tribunal arbitral de se pronunciar sobre a sua própria competência³⁶. Este reconhecimento é essencial para que a parte interessada em prolongar a resolução do litígio não consiga, com a invocação da incompetência do tribunal arbitral, mesmo que sem fundamento, desaforá-lo³⁷.

Conquanto, esta competência do tribunal arbitral não se apresenta como sendo absoluta, na medida em que a decisão mediante a qual o tribunal arbitral decide sobre a sua competência considerando-se competente (a qual pode consubstanciar uma decisão interlocutória ou integrar a sentença final) pode ser objeto de impugnação, por qualquer uma das partes, no tribunal estadual competente³⁸.

A competência que os tribunais arbitrais têm para analisar e decidir sobre a sua competência é algo aceite e unânime, todavia, a questão relativa a se os tribunais estaduais podem decidir sobre a competência dos tribunais arbitrais, não é tão simples como pode parecer.

³⁴ Vide MONTEIRO, António Pedro Pinto/ SILVA, Artur Flamínio da/ MIRANTE, Daniela — ob. cit., p.187.

³⁵ PINHEIRO, Luís de Lima - Arbitragem Transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem. Coimbra, Almedina, 2005, pp.133-134.

³⁶ *Idem.*, p.133.

³⁷ GOUVEIA, Mariana França — ob. cit., p.183.

³⁸ MONTEIRO, António Pedro Pinto/ SILVA, Artur Flamínio da/ MIRANTE, Daniela — ob. cit., p.188.

Para melhor percepção desta discussão, usaremos a explicação dada por Mariana França Gouveia que subdivide em três momentos, antes da propositura da ação arbitral, durante a pendência do processo arbitral e depois da prolação da sentença arbitral³⁹.

Ora vejamos, se há dúvidas sobre a validade da convenção de arbitragem, deverá a parte-autora interpor a ação no tribunal arbitral ou no tribunal estadual⁴⁰?

Se optar por propor a ação no tribunal arbitral, este decidirá se é ou não competente. Se decidir que é competente, qualquer uma das partes pode impugnar a decisão no prazo de 30 dias perante o tribunal da relação competente, nos termos do art.18.º n.º 9 e do art.59.º, n.º 1 f) da LAV.

Se feita uma comparação entre a LAV de 86 e a vigente, podemos perceber que nem sempre foi assim. A anterior LAV admitia apenas a impugnação a final da decisão de competência.

Esta alteração justifica-se, no entender dos seus autores, por evitar desperdício de tempo e dinheiro. De facto, se a decisão de competência é incorreta e, por isso, justificar a anulação posterior da sentença, ter de se prosseguir um processo arbitral já condenado é contrário a uma gestão eficiente dos recursos. Por outro lado, ainda, este recurso imediato não deve ser utilizado como manobra dilatória, na medida em que não suspende a continuação do processo⁴¹.

A questão que se levanta quanto à redação atual da norma prende-se com saber se da opção de uma das partes não impugnar a decisão interlocutória, no prazo de 30 dias, resulta na preclusão do direito de impugnar a sentença final com fundamento em incompetência do tribunal arbitral.

A resposta dada a esta questão não traz unanimidade na doutrina, em que alguns autores – nomeadamente Robin de Andrade, António Sampaio Caramelo e Armindo Ribeiro Mendes⁴² – defenderam que a não impugnação no prazo de 30 dias impediria a posterior invocação do vício em ação de anulação.

António Sampaio Caramelo refere que esta é a solução adotada pela Lei Modelo da UNCITRAL, no artigo supracitado, defende que esta é a regra mais conveniente, poupando tempo e dinheiro às partes ao evitar a continuação desnecessária do processo arbitral. Caso a situação seja a oposta, se a arguição da competência tiver como intuito obstruir a ação arbitral, sendo manifestamente improcedente, o tribunal arbitral pode decidir não suspender

³⁹ GOUVEIA, Mariana França — ob. cit., cit., p.184.

⁴⁰ *Idem*, p.185.

⁴¹ Anotação da Associação Portuguesa de Arbitragem ao artigo 18.º, n.º 9, citado por GOUVEIA, Mariana França — ob. cit., cit., p.185.

⁴² Citados por Mariana França Gouveia em GOUVEIA, Mariana França — ob. cit., p.185.

o processo, assim se resolvendo o problema da eventual interrupção que esta impugnação imediata poderia causar⁴³.

Mariana França Gouveia e António Pedro Pinto Monteiro⁴⁴ são de opinião contrária, defendendo que a eventual vantagem de impugnar imediatamente não irá jogar bem com a normal demora dos tribunais estaduais e pode, ao contrário do que os defensores acreditam, introduzir uma maior complexidade no processo.

Põe-se a situação em que a parte impugna judicialmente em 30 dias e o tribunal arbitral decide prosseguir com o processo – pelo histórico, é possível que nesses 30 dias possam ter sido praticados diversos atos, incluindo a produção da prova. É pouco provável que a decisão judicial seja proferida antes da decisão arbitral – o tempo dos tribunais judiciais é, como sabemos pelas estatísticas oficiais, lento – pelo que é pouco provável que a decisão da questão preliminar seja anterior à decisão final pelo tribunal arbitral⁴⁵.

A autora supracitada chama-nos a atenção que a decisão do tribunal da relação sobre a questão da competência do tribunal arbitral é recorrível para o STJ nos termos gerais do art.59.º n.º 8 da LAV, pelo que a probabilidade de a decisão demorar (no mínimo) entre 1 a 2 anos é muitíssimo elevada. Assim, neste caso, a parte perdedora, se pretender deduzir pedido de anulação, terá de iniciar uma nova ação, ficando pendentes duas ações nos tribunais judiciais sobre a mesma arbitragem, por outro lado, caso a decisão do tribunal judicial seja de procedência, ou seja, de incompetência do tribunal arbitral, houve um total desperdício de tempo e dinheiro no tribunal arbitral⁴⁶.

Esta regra apenas teria interesse se a decisão definitiva do tribunal judicial pudesse ser proferida em poucos meses.

Além disso, a posição dos defensores desta teoria pressupõe, ao colocar o acento tónico no juízo do tribunal arbitral para suspender ou prosseguir o processo, que é fácil saber quando é que uma impugnação é frívola ou dilatória e quando não o é. Pressupõe que as decisões dos tribunais judiciais são previsíveis, o que na realidade não acontece dessa forma. O tribunal arbitral estará sempre numa situação de enorme instabilidade, obviamente prejudicial ao normal funcionamento dos seus trabalhos⁴⁷.

Ao fazermos uma análise ao n.º 9 do art.18.º da LAV, podemos perceber que este limita se a oferecer à parte que alegou a incompetência, a possibilidade de recorrer de

⁴³ CAMELO, António Sampaio - A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral *in* Revista da Ordem dos Advogados, 2013, p.314.

⁴⁴ MONTEIRO, António Pedro Pinto/ SILVA, Artur Flávio da/ MIRANTE, Daniela — ob. cit., p.189.

⁴⁵ GOUVEIA, Mariana França - Curso de Resolução Alternativa de Litígios. cit., p.186.

⁴⁶ *Idem*, p.187.

⁴⁷ *Ibidem* p.187.

imediatamente, não fazendo precluir tal opção caso o faça mais tarde. Trata-se de uma possibilidade de impugnação imediata, mas que não impede que a parte prefira prosseguir o processo arbitral até ao seu término e só depois, caso as razões subsistam, o levar de uma vez só aos tribunais estaduais⁴⁸.

Assim, a parte que alegou a incompetência e perdeu, tem duas opções: impugnar no prazo de 30 dias a decisão de competência perante os tribunais arbitrais; ou esperar pela decisão arbitral e propor então uma ação de anulação nos termos do art.46.º LAV.

No caso de seguimento simultâneo dos dois processos, pode criar uma situação de resolução não óbvia. O preceito foi pensado para a circunstância de a decisão do tribunal estadual sobre a competência anteceder a sentença arbitral. Mas tal situação pode não acontecer, pelo contrário, é bem provável que a decisão do tribunal arbitral seja anterior à decisão do tribunal estadual sobre a sua competência.

Mariana França Gouveia⁴⁹ traz possíveis soluções a esta situação:

- a) Estando pendente uma ação de impugnação da decisão de competência do tribunal arbitral, se for proferida sentença arbitral a autora da impugnação terá de decidir se pretende impugnar ou não a sentença e com que fundamentos.
- b) Se tiver ganhado a ação, não terá interesse, nem legitimidade na impugnação, pelo que esta caducará.
- c) A parte contrária poderá, naturalmente, propor ação de impugnação com outros fundamentos, mas não com os fundamentos de incompetência alegados pela parte contrária, na medida em que a sua alegação precluiu – art.46.º n.º 4 LAV⁵⁰.

Se a parte impugnante saiu vencida da arbitragem, total ou parcialmente, e pretender impugnar a decisão arbitral, há que distinguir novamente duas situações:

- a) Se pretender apenas invocar os fundamentos que estão já em discussão no processo de impugnação da decisão de competência, nada mais terá de fazer a não ser esperar por esta decisão. Poderá, por cautela e informação do tribunal estadual, juntar a sentença arbitral e reforçar o seu interesse na impugnação. No entanto, não será necessário instaurar nova ação.

⁴⁸ GOUVEIA, Mariana França — ob. cit., p.188.

⁴⁹ *Idem*, p.189.

⁵⁰ Esta preclusão não decorre da não impugnação da decisão de competência, nos termos do art.18.º n.º 9, para a qual a parte não tinha legitimidade, mas da regra geral da preclusão prevista no art.46.º n.º 4, que obriga a parte a alegar o vício no decurso do processo perante o tribunal arbitral.

- b) Se a parte vencida pretender alegar outros fundamentos de anulação, deverá propor ação de anulação autónoma, requerendo a apensação da primeira⁵¹.

Se o tribunal arbitral decidir que é incompetente, a instância arbitral extingue-se e o autor terá de propor a ação em tribunal estadual, sendo que este tribunal fica vinculado à decisão de incompetência do tribunal arbitral⁵².

A LAV não prevê qualquer impugnação da decisão de incompetência, havendo dúvidas sobre se a mesma é impugnável.

Armindo Ribeiro Mendes defende que não, dado não se preencher nenhum dos fundamentos para anulação previstos no art.46.º LAV⁵³.

Retomando a situação em que existam dúvidas sobre a validade da convenção de arbitragem, se o autor optar por propor ação no tribunal estadual e a parte contrária alegar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral voluntário, há que definir a posição do juiz face a esta invocação. São nos dadas três possibilidades: sendo a primeira em que o juiz pode pura e simplesmente declarar a exceção e absolver da instância ou pode averiguar da existência e da validade da convenção de forma exaustiva, ou apenas perfunctoriamente⁵⁴.

Existem três níveis possíveis de apreciação. Em primeiro lugar, pode defender-se que os tribunais estaduais não devam analisar qualquer questão que possa implicar a incompetência do tribunal arbitral, suspendendo a instância judicial e remetendo o processo para o tribunal arbitral que tomará a sua decisão. Nesta posição, não só os tribunais arbitrais têm competência para apreciar a sua competência, como a têm prioritariamente em relação aos tribunais estaduais, sendo que estes últimos não têm competência para aferir da jurisdição dos tribunais arbitrais antes de proferida a decisão pelo tribunal arbitral⁵⁵.

Na posição exatamente oposta a esta, invocou-se o artigo 280º do CPC que impõe ao tribunal judicial que analise, em toda a sua amplitude, a validade do compromisso arbitral celebrado na pendência da ação. Se esta é a regra para o compromisso arbitral celebrado na pendência da ação, deveria também ser para qualquer convenção de arbitragem. Nesta hipótese, o tribunal judicial averigua com a máxima extensão os requisitos de existência e validade da convenção arbitral⁵⁶.

⁵¹ GOUVEIA, Mariana França — ob. cit., p. 189.

⁵² PINHEIRO, Luís de Lima — ob. cit., p.136.

⁵³ MENDES, Armindo Ribeiro - A Nova Lei da Arbitragem Voluntária e as Formas de Impugnação das Decisões Arbitrais (algumas notas) *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas – Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p.723.

⁵⁴ GOUVEIA, Mariana França — ob. cit., p.190.

⁵⁵ *Idem*, p.190.

⁵⁶ *Ibidem* p. 190.

Por fim, pode defender-se que o tribunal judicial apenas pode decidir-se pela incompetência do tribunal arbitral superficialmente, isto é, apenas nos casos de manifesta nulidade da convenção arbitral. Trata-se de uma análise *prima facie* da eficácia da convenção⁵⁷.

Nenhuma das soluções acima expostas, é perfeita. Do ponto de vista da economia processual, a posição que não permite aos tribunais estaduais a análise da competência do tribunal arbitral é geradora de atrasos injustificáveis quando seja notório que a convenção de arbitragem é inexistente ou inválida. É uma perda de tempo obrigar à constituição do tribunal arbitral para declarar algo que é notório. Em termos dogmáticos, esbarra com a consideração que os tribunais estaduais são também competentes para apreciar a sua própria competência. Aliás, a teoria da *kompetenz-kompetenz* não surgiu para os tribunais arbitrais, sendo obviamente também aplicável aos tribunais estaduais⁵⁸. E estes têm, naturalmente, a competência para declarar se eles próprios são competentes.

A tese que entende que o tribunal tem o poder de apreciar exhaustivamente a jurisdição do tribunal arbitral, tem, na verdade e apenas, desvantagens em ambientes jurisprudenciais avessos à arbitragem. O receio que os tribunais estaduais sejam mais exigentes do que o necessário na admissibilidade da arbitragem é aquilo que, em rigor, tem levado alguns autores a defender esta teoria. A pressuposição é a de que os tribunais estaduais desconfiarão da arbitragem, recusando a sua jurisdição em casos em que os tribunais arbitrais não teriam dúvida em admiti-la. Neste sentido, os tribunais judiciais deveriam apreciar, sempre em primeiro lugar, a validade e a eficácia da convenção arbitral⁵⁹.

Na opinião de Mariana França Gouveia, com a qual concordamos, esta posição desrespeita o princípio da autonomia privada ao coartar a margem de apreciação do tribunal arbitral, assim contrariando a vontade das partes (no momento da celebração da cláusula arbitral)⁶⁰.

A última tese, que é um compromisso entre as duas anteriores, parece ser a que melhor se adapta à natureza da arbitragem voluntária. Por um lado, respeita o princípio da autonomia privada, a desjudicialização pretendida pelas partes aquando da celebração da convenção; por outro, não o leva ao exagero de não permitir ao tribunal estadual apreciar uma manifesta inexistência ou invalidade da convenção.

⁵⁷ GOUVEIA, Mariana França – ob. cit., p.191. Sublinhado nosso.

⁵⁸ TELES, Miguel Galvão - A Competência da Competência do Tribunal Constitucional, in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p.105 e 111, citado por GOUVEIA, Mariana França – ob. cit., p.191.

⁵⁹ GOUVEIA, Mariana – ob. cit., p.192.

⁶⁰ *Idem*, p.192.

Esta posição era defendida à luz da LAV de 86 e foi consagrada, no art.5.º n.º 1, pela nova LAV, assim se prevendo distintamente o efeito negativo do princípio da competência da competência, que não faz mais do que atribuir a celebração da convenção de arbitragem um efeito de exclusão da jurisdição dos tribunais judiciais em relação aos litígios abrangidos por essa convenção.

Cabe-nos agora tentar explicar o que podemos entender por **manifesta** nulidade, ineficácia ou inexigibilidade.

Lopes dos Reis entendeu que o tribunal judicial tem apenas de verificar a existência, meramente factual ou material, de uma convenção suscetível de aplicação ao litígio trazido perante si⁶¹.

Para Mariana França Gouveia, manifesta nulidade é aquela invalidade que não necessita de mais prova para ser apreciada. Este requisito afasta à partida qualquer alegação de vícios de vontade na celebração do contrato, deixando ao tribunal judicial apenas a consideração dos requisitos externos da convenção, como o conteúdo, a forma ou a arbitrabilidade⁶². A autora defende ainda que se deve restringir mais o nível de análise. Quando existirem dúvidas sobre a validade da convenção, o tribunal estadual deve optar pela procedência da exceção de preterição de tribunal arbitral voluntário⁶³.

1.4. Exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral

Encontramos em conjugação no art.96.º alínea b) e no art.577.º, ambos do CPC, a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral.

O art.577.º reproduz, com as diversas remissões, o anterior art.494.º, na redação do DL n.º 180/96, de 25 de Setembro, com uma única alteração: foi revogada a alínea f) que qualificava como dilatória a exceção de “preterição do tribunal arbitral necessário ou a violação de convenção de arbitragem”⁶⁴. Estes vícios encontram-se hoje integrados na incompetência absoluta – art.96.º b) – e, como tal, já se encontram abrangidos na referência que a esta se faz na alínea a) do art.577.º do CPC⁶⁵.

Esta exceção, que ao contrário do que é a regra, não é de conhecimento oficioso⁶⁶.

⁶¹ REIS, João Luís Lopes dos - A exceção da preterição do tribunal arbitral (Voluntário), *in* Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1998 (ano 58.º n.º 3), p.1124.

⁶² Ac. da Relação de Coimbra de 19 de Dezembro de 2012 – Caso Intermarché.

⁶³ GOUVEIA, Mariana França – ob. cit., p.193.

⁶⁴ NETO, Abílio - Novo Código de Processo Civil Anotado. 2ª ed. Revista e ampliada, Lisboa, Ediforum, 2014, p.631.

⁶⁵ FREITAS, José Lebre de - Código de Processo Civil Anotado. Vol. 2, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p.578.

⁶⁶ A defesa do arguido pode ser feita de duas formas, por impugnação ou por exceção. A defesa por exceção consiste, sem pôr em causa a realidade dos factos alegados como causa de pedir, nem o efeito jurídico que o

A cautela que a lei teve de trazer, estipulando o efeito negativo da convenção de arbitragem, bem como o princípio da competência-competência, significa que esta quis que o tribunal judicial olhasse a convenção de arbitragem como um sinal de proibição, ou seja, havendo convenção de arbitragem, é plausível que ela vincule as partes no litígio, então, quanto ao litígio entre elas, o tribunal judicial não pode intervir senão em sede de impugnação da decisão arbitral⁶⁷.

Para que esse limite fique claro, para que fique nitidamente delimitada essa fronteira estabelecida ao poder do juiz, questões relativas à própria convenção, como a sua validade, a sua eficácia, a sua aplicabilidade, só podem ser apreciadas pelo tribunal judicial depois de o árbitro proferir a sua decisão final⁶⁸.

Diz ainda João Lopes dos Reis que o regime jurídico da arbitragem voluntária não pode ser ignorado no julgamento da exceção dilatória da preterição do tribunal arbitral. As exceções dilatórias consistem em pressupostos processuais negativos. Verificada uma das condições de inadmissibilidade da intervenção do tribunal judicial, este deve abster-se de conhecer do mérito da causa e absolver o réu da instância⁶⁹.

No caso da exceção de que aqui se trata, o que importa, para que o tribunal judicial a julgue procedente, é a verificação da existência (meramente factual, material) de uma convenção de arbitragem suscetível de aplicação ao litígio trazido perante si.

Para que a exceção seja apreciada e proceda, tem o réu o ónus de alegar e provar, como resulta do art.578.º do CPC, i.e., tem de provar que existe uma convenção de arbitragem suscetível de ser aplicada ao litígio definido pelo autor⁷⁰.

O que, se prestarmos atenção, faz todo o sentido, pois, se o art.4.º n.º 2 da LAV admite a revogação da convenção de arbitragem, por escrito assinado pelas partes, até a prolação da sentença arbitral, nenhuma razão haveria para recusar o mesmo efeito revogatório da convenção de arbitragem à propositura, por uma das partes, de ação em tribunal judicial, acompanhada da renúncia, pela outra, de fazer valer a exceção da preterição

autor deles pretende extrair, na alegação de factos novos, dos quais o réu entende que se retira que o tribunal em que a ação foi proposta não poderá declarar o efeito pretendido – ou porque tais factos impedem que esse tribunal aprecie o pedido formulado pelo autor, ou porque levam o tribunal, ao apreciá-lo, a julgá-lo improcedente. As exceções podem ser dilatórias ou perentórias. Estas obstam a que o tribunal conheça o mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal. Estão aqui em causa questões processuais. Para que o tribunal conheça do mérito da causa é preciso que estejam reunidos vários pressupostos, quando não temos reunidos os pressupostos processuais, então pode invocar-se uma exceção dilatória. Este tipo de exceção é, em regra, de conhecimento oficioso – art.578.º.

⁶⁷ REIS, João Luís Lopes dos – ob. cit., p.1123.

⁶⁸ *Idem*, pp.1123-1124.

⁶⁹ *Ibidem*, p.1124.

⁷⁰ Ob. Cit. p.1124.

de tribunal arbitral⁷¹. Assim, podemos concluir que, para se verificar a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral, basta que se alegue e prove ao tribunal judicial a existência de convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula ou ineficaz e que seja apenas suscetível de vincular as partes no litígio e de conter tal litígio no seu objeto.⁷²

⁷¹ REIS, João Luís Lopes dos – ob. cit., p.1124.

⁷² *Idem*, p. 1131.

CAPÍTULO II – O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A LIBERDADE NEGOCIAL COMO VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITUANTES.

Falar da superveniente insuficiência económica de uma das partes da convenção arbitral, quer a nível doutrinário, bem como jurisprudencial, é trazer à tona a aparente situação conflituante de princípios jurídico-constitucionais, sendo estes o direito de acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva regulado pelo art.20.º CRP e o exercício da autonomia privada ou liberdade negocial como expressão da autodeterminação (arts. 26.º e 61.º CRP). Esta situação conflituante implica uma solução optativa de preferência absoluta de um dos valores, em sacrifício total do outro, em casos em que não seja possível a harmonização de direitos através de cedência recíproca.

Estes valores, para além de serem reconhecidos pelo TC português⁷³, são apontados como fatores de ponderação atendíveis em todos os ordenamentos jurídicos que se pronunciam sobre saber que efeito produz na convenção de arbitragem a insuficiência económica de uma das partes em processo arbitral.

Estes ordenamentos jurídicos trazem soluções e perspetivas diferentes do problema.

Cabe-nos primeiro analisar separadamente cada um dos valores em causa, para depois aferirmos se estão realmente em conflito ou não.

2.1.Direito de acesso à justiça

O termo “acesso à justiça” não é reconhecidamente fácil de definir, mas serve para destacar dois objetivos básicos do sistema jurídico pelo qual as pessoas podem reivindicar os seus direitos e/ou resolver os seus litígios. Em primeiro lugar, o sistema deve ser igualmente acessível para todos; e em segundo lugar, deve conduzir a resultados que sejam individual e socialmente justos⁷⁴.

O direito de acesso à justiça encontra-se plasmado na primeira parte, título I, especificamente no art.20.º da CRP. Junto aos Princípios Gerais dos Direitos e Deveres Fundamentais, não estando integrado no catálogo de direitos, liberdades e garantias (título II), nem no de direitos e deveres económicos, sociais e culturais (título III).

⁷³ Acórdão do TC n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008 (Relator Joaquim de Sousa Ribeiro), Processo n.º 753/07, disponível no site do TC: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

⁷⁴ GARTH, Bryant G./ CAPPELETTI, Mauro - *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, Articles by Maurer Faculty, 1978, p.182; acessado em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2140&context=facpub>.

O facto de não se encontrar inserido nos catálogos referenciados não significa que não seja considerado um direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias. Por força do art.17.º da CRP, o direito de acesso à justiça passa a beneficiar do regime específico dos direitos, liberdades e garantias.

De acordo com o Jorge Miranda, a separação dos direitos fundamentais em dois títulos não se apresenta radical. Deparam-se direitos identificáveis com direitos, liberdades e garantias no título III da parte I e noutros títulos e partes da Constituição⁷⁵. Refere ainda que a redação original do art.17.º da CRP veio estatuir que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplicaria tanto aos que acima foram enunciados, bem como aos direitos de natureza análoga (que é o caso do direito de acesso à justiça)⁷⁶.

Gomes Canotilho afirma que o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva é, ele mesmo, um direito fundamental, constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito⁷⁷.

O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, embora inserido na Parte I referente a direitos e deveres fundamentais, é uma norma-princípio estruturante do Estado de Direito democrático⁷⁸. Este preceito reconhece vários direitos conexos, mas distintos:

1. O direito de acesso ao direito;
2. O direito de acesso aos tribunais;
3. O direito à informação e consulta jurídicas;
4. O direito ao patrocínio judiciário;
5. O direito à assistência de advogado.

A conexão existente é evidente, pois todos eles são componentes de um direito geral à proteção jurídica. Qualquer um deles constitui elemento essencial da ideia de Estado de Direito, não podendo conceber-se uma tal ideia sem que os cidadãos tomem conhecimento dos seus direitos, do apoio jurídico de que careçam e do acesso aos tribunais quando precisem⁷⁹.

O direito de acesso aos tribunais ou o direito à via judiciária é uma das dimensões – porventura a mais importante – mas não é a única de um direito de acesso ao direito. A

⁷⁵ MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.175.

⁷⁶ *Idem*, pp.175-176.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª ed. Revista e reimpressa, Coimbra, Coimbra Editora, p.408.

⁷⁸ *Idem*, p.409.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 409-410.

garantia do acesso ao direito e aos tribunais, consagrado no n.º1 do art.20.º, embora inserido no capítulo relativo aos direitos fundamentais, não se restringe naturalmente à defesa dos direitos fundamentais. O direito à proteção jurídica estende-se a todos e quaisquer direitos e interesses legalmente protegidos⁸⁰.

Para o presente trabalho, importa-nos ver a dimensão de acesso ao direito e aos tribunais. O reconhecimento do direito ao acesso ao direito e aos tribunais seria meramente teórico para muitas pessoas se não se garantisse que o “direito à justiça” não pode ser prejudicado por insuficiência de meios económicos⁸¹.

O conceito de insuficiência de meios económicos é um conceito relativo⁸², consente uma larga margem de discricionabilidade legislativa, mas que não pode ser definida em termos tão restritos que cause uma efetiva incapacidade de acesso à justiça. Por outro lado, a insuficiência económica depende evidentemente do nível das taxas e das custas judiciais. Incumbe à lei assegurar a concretização desta norma constitucional, não podendo, por exemplo, o regime das custas judiciais ser de tal modo gravoso que torne insuportável o acesso aos tribunais, ou as ações ou recursos estarem condicionados a cauções ou outras garantias financeiras inoportáveis⁸³.

Em todo caso, importa salientar que a Constituição não determina a gratuidade dos serviços de justiça, mas sim o direito de acesso à justiça que proíbe seguramente que eles sejam tão onerosos que dificultem, de forma considerável, o acesso aos tribunais⁸⁴. Partindo desta frase e da ideia nela contida, podemos perceber que não é feita uma distinção nos tipos de tribunais ou a que situação se aplica.

2.2. Exercício da autonomia privada ou liberdade negocial como expressão da autodeterminação

O outro valor constitucional em causa é o exercício da autonomia privada ou liberdade negocial como expressão da autodeterminação. No primeiro capítulo deste trabalho abordamos sobre a admissão constitucional da existência de tribunais arbitrais (art.209.º n.º2 CRP), não estabelecendo assim, a ordem jurídico-constitucional portuguesa, um monopólio estadual de administração da justiça⁸⁵.

⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital – ob. cit., p.410.

⁸¹ *Idem*, p.411.

⁸² MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª Ed., revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, p.427.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital – ob. cit., p.411.

⁸⁴ *Idem*, p.411.

⁸⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008 (Relator Joaquim de Sousa Ribeiro), Processo n.º 753/07, disponível no site do TC: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>, p.8.

O reconhecimento desta categoria de tribunais implica, naturalmente, que, no campo dos direitos disponíveis (art.1.º, n.º1 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro), as partes possam a eles recorrer, por opção voluntária, expressa em convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem tem natureza de negócio jurídico processual: assim como, através de um acordo de vontades, os sujeitos podem autodisciplinar vinculativamente os seus interesses, em modelação, pelos próprios, das relações jurídicas materiais, assim também, no âmbito permitido, lhes é facultado atribuir competência a terceiros para dirimir litígios que tenham surgido, ou possam vir a surgir, na esfera dessas relações⁸⁶.

Como qualquer outro negócio jurídico, a convenção de arbitragem produz efeitos juridicamente vinculantes para os sujeitos que a celebraram, sendo dotada de garantias de efetividade próprias do direito. Tratando-se de um ato de autonomia privada e, portanto, de uma liberdade cujo exercício é constituinte de juridicidade, a permissão e reconhecimento pelo ordenamento vêm necessariamente acompanhados da disponibilização de garantias e de meios de tutela, para que se cumpra a vontade negocialmente afirmada⁸⁷.

Assim sendo, a convenção de arbitragem enquanto negócio jurídico apresenta-se como uma manifestação do princípio da autonomia privada, estruturante do direito civil português, na sua dimensão mais evidente da liberdade contratual. Este princípio caracteriza-se pelo poder intersubjetivo reconhecido aos particulares de autorregularem os seus interesses e de autogovernarem a sua esfera jurídica⁸⁸.

Em virtude da sua ligação com as funcionalidades do sistema económico-social, o princípio da liberdade contratual, embora não consagrado expressamente na Constituição, está implicado em preceitos constitucionais integradores da Constituição económica. A tutela constitucional da liberdade contratual decorre do reconhecimento da iniciativa privada (art.61.º CRP), devendo esta norma articular-se com aquelas que consagram a propriedade privada (arts. 62.º e 89.º)⁸⁹.

O respeito pela vontade das partes exteriorizada na convenção de arbitragem, sendo um fator de certeza e de segurança jurídicas, representa também a efetivação das consequências intencionadas pelo exercício da liberdade de ação dos sujeitos, de que o negócio jurídico é instrumento, na esfera das relações jurídicas. Essa efetivação não pode ser

⁸⁶ FREITAS, Lebre de – Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem, Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Vol. II, Coimbra, p.627.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008, ob. cit. p.8.

⁸⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria Geral de Direito Civil, 4ª Ed., por MONTEIRO, António Pinto/PINTO, Paulo Mota, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.102.

⁸⁹ MATOS, Francisco da Cunha, BRITO, Maria Beatriz – A superveniente insuficiência económica das partes como alegado fundamento de inoponibilidade da convenção de arbitragem (Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2016) in PLMJ Arbitration Review No 1, p.47.

isolada dos referentes normativos de proteção constitucional de outros direitos ou valores, em cujo âmbito de previsão a situação também, *prima facie*, se integram e que são suscetíveis de com ela colidir⁹⁰.

O TC tem, nestes casos, decidido, perante as exigências conflitantes, que apenas uma ponderação de bens, ajustada às circunstâncias concretas de cada caso, permite encontrar um critério de ordenação constitucionalmente conforme. Assim, escolhemos dois acórdãos que analisam estes dois valores constitucionais em situações semelhantes, ou seja, com convenção de arbitragem válida e devidamente operante, de modo a avaliar as apreciações feitas em cada caso.

Primeiro, temos o Ac. do STJ de 24 de Abril de 2016.⁹¹ No âmbito deste caso, A intentou ação declarativa contra B, pedindo a sua condenação no pagamento a título de indemnização, com fundamento na violação de deveres de informação do contrato de *Swap* havido entre ambas, a quantia de 867.933,21€, acrescida das quantias que se venham a apurar e de juros legais à taxa de 4%. B contestou, invocando a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral, concluindo, assim, desde logo, pela sua absolvição da instância e no mais, pela sua absolvição do pedido. Foi proferida sentença que, conhecendo da invocada exceção, julgou a mesma procedente e, conseqüentemente, absolveu a Ré da instância tendo A interposto recurso, o qual veio a ser julgado improcedente.

A, inconformada, interpôs recurso de revista, que de entre outras conclusões, alegou que, primeiro, a convenção de arbitragem deixou de lhe ser oponível em função da situação superveniente de insuficiência económica; segundo, a questão objeto do recurso cinge-se em saber se a competência material para a presente ação cabe aos tribunais judiciais ou é da competência dos tribunais arbitrais; terceiro, a recorrente foi admitida ao PER, determinando assim uma alteração *ope legis* do estatuto jurídico da Recorrente, garantindo-lhe de forma imediata e direta, a isenção total de custas judiciais no acesso aos tribunais.

O segundo acórdão é o Ac. do TC n.º 311/08, de 31 de Maio de 2008, nos termos do qual A intentou ação contra B e C pedindo a condenação da primeira ré a pagar-lhe as quantias correspondentes ao crédito emergente de resolução ilegal de contrato de *franchising* e às rendas vencidas, relativas a contrato de arrendamento celebrado pela autora com terceiros (com vista a instalar o centro de ensino a que se refere o *franchising*) e a condenação de ambas as Rés a pagar-lhe a quantia correspondente ao crédito da autora emergente de obras e benfeitorias realizadas no locado objeto de subarrendamento (para onde a autora

⁹⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008, ob. cit. pp.8-9.

⁹¹ Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2016, Processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1 (Relatora Ana Paula Boularot), disponível no site da DGSJ: <http://www.dgsi.pt/>.

transferiu as instalações do centro de ensino a que se refere o contrato de *franchising*). Na contestação, as rés invocaram a exceção dilatória de violação de convenção arbitral, tendo a autora pugnado pela sua improcedência. Efetuadas diligências de prova requeridas, foi proferida decisão, pelo Tribunal da Comarca de Braga, que julgou improcedente a invocada exceção dilatória de violação de convenção arbitral e declarando-se, consequentemente, competente para a preparação e julgamento da ação.

Desta decisão as rés interpuseram recurso de agravo para o Tribunal da Relação de Guimarães, alegando que “a não aplicação do disposto no artigo 494.º, alínea j), do CPC, ainda que por força da prevalência do artigo 20.º da CRP é, na prática, equiparável àquela em que tenha havido uma pura e simples recusa da aplicação da referida norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade, para além de violar os princípios constitucionais da proteção da confiança e determinabilidade da lei aplicável pelo tribunal, é inconstitucional”.⁹²

O Tribunal da Relação de Guimarães negou provimento ao agravo, remetendo para os fundamentos da decisão recorrida. Novamente inconformadas, as rés interpuseram recurso de agravo, em 2.ª instância, para o STJ, com fundamento em contradição de julgados. O recurso não foi admitido, do despacho de não admissão as rés reclamaram para a conferência, não tendo sido tal reclamação admitida por despacho. Ainda inconformadas, as rés interpuseram recurso para o TC.

2.3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de abril de 2016

Da leitura e análise do primeiro Ac., entendemos que este não faz uma distinção ou análise específica dos dois valores constitucionais em causa, mas conseguimos perceber que quando o STJ menciona “[...] o confronto entre a garantia da tutela arbitral, constitucionalmente consagrada no art.209.º n.º2 e 3 da CRP, bem como o direito da personalidade na vertente da autodeterminação das partes e a tutela do direito ao direito, prevenida no art.20.º n.º1 daquele diploma fundamental tem de ser ponderado e dirimido na sede própria, qual é a dos Tribunais Arbitrais”⁹³, encontramos nesta passagem o reconhecimento pelo STJ de uma tensão dialética entre direitos, servindo ainda de enquadramento para aquilo que parece constituir uma pista de resposta deste quanto à solução a adotar pelo Tribunal Arbitral.⁹⁴

⁹² Conclusão n.º21 do recurso, a fls 85 dos autos, referenciado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008, ob. cit., p.5.

⁹³ Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2016, ob. cit., p.4.

⁹⁴ MATOS, Francisco da Cunha, BRITO, Maria Beatriz, ob. cit., p.43.

Na mesma senda, o Ac. referencia ainda que “[...] a verificação da execução do contrato havido entre a Recorrente e o Recorrido nos termos em que a problemática nos é suscitada por aquela, apenas pode ser objeto de decisão definitiva no seio dos Tribunais Arbitrais, em cumprimento dos princípios da liberdade contratual e da confiança, como expoentes da autodeterminação e de conformação constitucional.”⁹⁵

Uma correta interpretação destes segmentos decisórios implica constatar a existência de uma situação conflituante de valores, mas também o apelo aos princípios da liberdade contratual e da confiança, como expoentes da autodeterminação, enquanto referentes prioritários da solução.⁹⁶

A recorrente sustentou a alegada inoponibilidade da cláusula compromissória em dois núcleos de fundamentação autónomos e de natureza distinta, apelando simultaneamente a razões de índole constitucional e infraconstitucional.⁹⁷

Invocou o princípio constitucional da garantia de acesso à justiça (art.20.º CRP) para justificar o interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral, assim entendendo que a impossibilidade de acesso aos tribunais judiciais implicaria, como resultado constitucionalmente inaceitável, a denegação de justiça. E, por outro lado, com independência, reconhece a convenção de arbitragem como sendo negócio jurídico, invocando a insuficiência económica superveniente como causa justificativa da não realização da obrigação contratual, por impossibilidade objetiva, nos termos do art.790.º do CC.⁹⁸

O STJ, na sua decisão, abordou dois pontos a ter em conta:

- Competência; e
- (In)oponibilidade da cláusula compromissória.

Sobre a competência, este concluiu que as partes do processo acordaram que os diferendos resultantes do acordo entre elas seriam dirimidos por um Tribunal Arbitral, o que se mostra consentâneo com o que é estipulado na LAV, arts. 1.º e 2.º, bem como o artigo 95.º do CPC e com o art.209.º n.º3 CRP, o que vale dizer que a resolução do litígio em questão foi deferida por convenção das partes a pessoas – árbitros – que detêm poderes reconhecidos por Lei para esse efeito.⁹⁹

⁹⁵ Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2016, ob. cit., p.21.

⁹⁶ MATOS, Francisco da Cunha, BRITO, Maria Beatriz, ob. cit., p.43.

⁹⁷ *Idem*, p.42.

⁹⁸ *Ibidem*, p.42.

⁹⁹ Ob. cit., p.11.

Mencionou ainda, da decisão recorrida, que “[...] face ao princípio ínsito no art.21º, nº1, da LAV – Lei nº31/86, de 29/8, aplicável ao caso dos autos – segundo o qual incumbe prioritariamente ao tribunal arbitral pronunciar-se sobre a sua própria competência, apreciando para tal os pressupostos que a condicionam – validade, eficácia e aplicabilidade ao litígio da convenção de arbitragem – os tribunais judiciais só devem rejeitar a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral, deduzida por uma das partes, determinando o prosseguimento do processo perante a jurisdição estadual, quando seja manifesto e incontroverso que a convenção invocada é nula ou ineficaz ou que o litígio, de forma ostensiva, se não situa no respetivo âmbito de aplicação.[...]”, decidindo o STJ que, da exceção de preterição de tribunal arbitral suscitada pelo recorrido, não existia nenhuma razão para que a mesma não fosse julgada operante.¹⁰⁰

Concluindo assim, sobre este ponto, que o Tribunal Arbitral seria o competente, em princípio, para conhecer dos pedidos formulados bem como da sua própria competência.

Ficando por apreciar na Revista somente a temática da (in)oponibilidade de tal compromisso face à alegada indisponibilidade financeira superveniente, arguida pela recorrente.

Quanto à (in)oponibilidade da cláusula compromissória, o STJ analisou primeiro a questão de que a recorrente se encontrava em situação económica difícil, e tendo esta vindo a agravar-se de tal forma que foi admitida a PER, determinando assim uma alteração *ope legis* do seu estatuto jurídico. E quanto a este ponto, o STJ pronuncia-se com especial assertividade em relação à irrelevância da admissão da recorrente em PER para efeitos de aplicação da regra de suspensão de eficácia da convenção arbitral prevista no art.87.º do CIRE, por se tratar de um normativo por natureza inaplicável ao PER, falhando em qualquer caso o preenchimento do requisito cronológico.¹⁰¹

De seguida, analisou a alegação da recorrente que defendia que o facto de o foro arbitral poder ser o único competente, por força da cláusula contratual nesse sentido, deixaria de ser eficaz face à subsequente carência económica que a atingiu, provocando assim uma alteração das circunstâncias em que contratou, por forma a permitir-lhe socorrer-se dos tribunais comuns, onde poderá gozar de isenção de custos judiciais, permitindo-lhe exercer o seu direito constitucionalmente consagrado de acesso ao direito e aos tribunais. A recorrente pretendeu fazer valer a seu favor a qualificação da parca situação financeira em que se encontrava, como constituindo uma impossibilidade de cumprimento, chamando à

¹⁰⁰ Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2016, ob. cit., p.11.

¹⁰¹ *Idem*, pp.14-16.

colação o disposto no art.709.º n.º1 do CC, permitindo-lhe eximir-se à vinculação da jurisdição arbitral.

Quanto a esta questão, o STJ invoca que a recorrente é uma sociedade comercial com fins lucrativos, e que a Lei 47/2007, de 28 de Agosto, no art.7.º, veio consagrar o princípio da inaplicabilidade do instituto de apoio judiciário às pessoas coletivas com fins lucrativos, e, ainda, que o TC tem vindo a considerar consentâneo com o preceituado no art.20.º da CRP, porque entende que as pessoas coletivas que tenham sido instituídas por particulares para a realização de atividades económicas geradoras de lucros, devem, pela sua própria natureza, encontrar-se dotadas de uma organização financeira que lhes permita fazer face aos custos da sua própria atividade, incluindo aqueles que possam eventualmente resultar de uma litigância causada pelo seu giro comercial¹⁰².

Traz ainda o STJ a questão de que, quando o aresto foi produzido, foi antes da entrada em vigor da lei supracitada, a insuficiência económica da recorrente não justificou que lhe fosse concedido o apoio judiciário e consequente “acesso à justiça”, então, tal sociedade não poderá arvorar em seu benefício, com o fundamento de insuficiência económica, a ineficácia da convenção arbitral, quer através do instituto da impossibilidade de cumprimento, quer através da alteração das circunstâncias aludida no art.437º do CC.¹⁰³

2.4. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 31 de Maio de 2008

Quanto ao segundo acórdão, o TC começa por analisar a verificação dos pressupostos necessários ao conhecimento do objeto do recurso porque a recorrida invoca a inadmissibilidade do recurso para o TC por entender que as recorrentes não indicaram, expressamente, a norma cuja inconstitucionalidade querem ver apreciada e porque não suscitaram qualquer questão de inconstitucionalidade na primeira instância¹⁰⁴.

De seguida, fez a análise dos dois valores constitucionais, de forma explícita, defendendo que para uma decisão mais acertada, é preciso que seja feita uma ponderação de bens, mormente ajustada às circunstâncias concretas de cada caso, e no caso em concreto, foi dado como comprovada a impossibilidade de o recorrido arcar com as custas judiciais, por insuficiência de meios económicos. E para a efetivação do direito de acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses, o recorrido estava em condição de se beneficiar de

¹⁰² TC de 22 de junho de 2009 (Relator Carlos Cadilha) e de 1 de Junho de 2010 do plenário (Relator Carlos Pamplona de Oliveira) citados no Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2016, ob. cit., p.13.

¹⁰³ *Idem*, p.14.

¹⁰⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008, ob. cit., p. 9.

apoio judiciário, o que, no caso, foi realmente concedido, no modelo de apoio total, na ação por ele instaurada no tribunal judicial.¹⁰⁵

A competência do tribunal judicial foi impugnada pelo recorrente com base na prévia estipulação de uma cláusula compromissória, que pretende ver integralmente executada. Pelo facto de a atribuição de apoio judiciário nos tribunais arbitrais não estar prevista, o cumprimento desse acordo coloca o recorrido em situação indefesa.

O TC indica que é exatamente nesta questão que se encontra a impossibilidade de satisfação simultânea dos direitos constitucionais pertinentemente invocados o de liberdade negocial, como expressão da autodeterminação, a qual impõe a observância dos efeitos vinculativos do seu exercício sem vícios, e por outro lado, o de tutela jurisdicional efetiva que, nas circunstâncias concretas, aponta no sentido de inexigibilidade da sujeição a esses efeitos.

O acórdão defende ainda que o modo como o problema se apresenta não permite uma solução que passe pela conciliação ou harmonização dos dois direitos em conflito, admitindo apenas uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro, ou seja, ou se cumpre a convenção de arbitragem, o que importará a denegação de justiça a uma das partes, por entraves de capacidade económica; ou, como único meio de garantir a este contraente o acesso à tutela jurisdicional efetiva, se dá como competente o tribunal judicial, o que significa negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem.

Fazendo a análise, o TC conclui que, primeiro, não está em causa, na estipulação de uma convenção de arbitragem, um aspeto nuclear da autodeterminação, uma sua manifestação primária diretamente presa ao seu étimo fundante, mas um seu modo de exercício muito específico atinente à indicação convencional da competência decisória de um tribunal, situado fora da orgânica judiciária. Defendendo ainda que não se pode dizer que este modo concreto de exercício da liberdade negocial seja postulado pela realização do indivíduo como pessoa.¹⁰⁶

Segundo, que o interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral é de ordem puramente instrumental, tendo a ver apenas com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio¹⁰⁷. Não sendo afetada, ainda que indiretamente,

¹⁰⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008, ob. cit., p.9.

¹⁰⁶ VIEIRA DE ANDRADE - Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed., Coimbra, 2007, p.320 e ss. citado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008, ob. cit., p.9.

¹⁰⁷ Quanto a esta matéria, Francisco da Cunha Matos e Maria Brito defendem que “[...] é com algum equívoco que nalguns sítios se refere a natureza instrumental da convenção de arbitragem, tratando-se esta de uma

nenhuma posição material atinente à destinação dos bens. As possibilidades de realização do interesse final do recorrente, quanto ao objeto do litígio, mantêm-se intactas.

Assim, o sacrifício que a solução representa para o interessado na via arbitral, afigura-se necessário e perfeitamente proporcionado à salvaguarda do bem protegido com a garantia da tutela jurisdicional. Satisfazendo assim, o critério da proporcionalidade, aqui aplicável. O TC chama ao caso o Ac. n.º 254/99, referenciando que “[...] em geral, sempre que a solução de um conflito de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos se faça pela proibição do exercício de um direito em certas circunstâncias, seja a proibição explícita, implícita ou obtida por remissão, têm justificação as cautelas constitucionais contra as leis restritivas”¹⁰⁸.

Olhando para a solução contrária, que acarreta a perda de apoio judiciário, a perda definitiva e total do direito de levar à apreciação de um tribunal uma pretensão jurídica, é que redundaria na desproteção absoluta da posição jurídica reivindicada, com lesão frontal e particularmente intensa de um valor primariamente constituinte do Estado de direito.

Defende ainda que, numa relação tipicamente geradora de dependência económica, como é a decorrente de um contrato de *franchising*, a quebra do vínculo representa, muitas vezes, para o franchisado, a perda da principal ou única fonte de receitas, inviabilizando a prossecução da atividade empresarial – o que aconteceu *in casu*. Ao apreciar-se a licitude dessa conduta é, ao mesmo tempo, a apreciação da imputação ou não à recorrente da causa determinante da situação de “insuficiência de meios económicos” do recorrido. Um juízo quanto à questão controvertida pode ser confundido com um juízo quanto à responsabilidade ou não da recorrente na causação da situação incapacitante, em termos fáticos, do exercício do direito de ação perante o tribunal arbitral. De forma que a denegação a este de qualquer forma de tutela jurisdicional, consequência inevitável, nas circunstâncias concretas, da vinculação àquele tribunal, poderia importar que a satisfação do interesse da contraparte resultasse de uma situação de carência imputável a uma conduta ilícita do beneficiado.¹⁰⁹

Reitera o TC que o Estado não abre, designadamente, mão da garantia, que é assegurada a todos, do acesso à justiça. Quando a efetivação dessa garantia requer a prestação do apoio judiciário não prevista no âmbito dos tribunais arbitrais, o único meio de evitar o

asserção evidentemente errada porquanto preterir o tribunal arbitral não significa dispensar uma “via preferencial”, mas afastar a competência decisória do corpo jurisdicional próprio (art.209.º, n.º2, da CRP) escolhido pelas partes. MATOS, Francisco da Cunha, BRITO, Maria Beatriz, ob. cit., p. 45.

¹⁰⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008, ob. cit., p.9-10.

¹⁰⁹ *Idem*, p.10.

resultado, constitucionalmente inaceitável, de denegação de justiça, é o reassumir de competência do tribunal judicial.¹¹⁰

2.5. Valores constitucionais conflituantes

Começámos este segundo capítulo referindo que a questão da superveniente insuficiência económica traz um aparente conflito de valores constitucionais, valores estes acima expostos. Para uma análise do conflito destes, precisamos analisar alguns pontos retirados dos acórdãos, especificamente do Ac. do STJ, pelo facto de ser este o que decidiu que o tribunal estadual não era competente no caso em concreto.

Retirámos do Ac. o seguinte: “[...] sempre se tornaria necessário valorar e comparar o preço da justiça, porque esta, quer nos Tribunais do Estado, como nos Tribunais Arbitrais, não é gratuita.”¹¹¹. É feita referência a esta matéria porque a recorrente alegou na sua petição inicial que se encontrava numa débil situação económica e financeira que a impossibilitam de custear as despesas na arbitragem.

Nas palavras de alguns autores¹¹², tendo a decisão tomada pelo STJ optado timidamente por uma solução que não obstasse à paralisação dos efeitos da convenção de arbitragem, embora pela via da afirmação do princípio da competência dos tribunais arbitrais, o STJ deu um passo seguro na superação do dogma jurídico de que a arbitragem é uma justiça dos ricos.

Esta questão tem de ser posta em causa, porque a parte que recorreu aos tribunais estaduais ao invés dos tribunais arbitrais alega a insuficiência económica de litigar dos tribunais arbitrais, partindo do pressuposto que estes sejam efetivamente mais dispendiosos que os tribunais estaduais.

A este respeito, fizemos uma pesquisa e consequente comparação dos valores aproximados. É necessário, porém, atentar ao facto de que os valores da tabela *infra* poderão variar, podendo ser reduzidos ou agravados, quer nos tribunais judiciais, quer nos diferentes centros de arbitragem. Nos tribunais judiciais, as custas poderão ser atenuadas se o juiz dispensar o pagamento do remanescente da taxa de justiça, nos termos do art.6.º, n.º7 do RCP, ou agravadas caso se considere que o processo reveste “especial complexidade” (art.6.º, n.º5 do RCP); se for aplicada uma taxa sancionatória excecional (arts.532.º do CPC e 10.º do RCP); ou quando estivermos perante os chamados “grandes litigantes” (art.13º, n.º3 do RCP).

¹¹⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008, ob. cit., p.10.

¹¹¹ Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2016, ob. cit., p.17.

¹¹² MATOS, Francisco da Cunha, BRITO, Maria Beatriz, ob. cit., p.48.

Enquanto que nos tribunais arbitrais, os custos poderão também ser reduzidos ou agravados em função das circunstâncias do caso em concreto¹¹³.

Valor da ação	Tribunal judicial	Tribunal Arbitral					
		CAC		ICC		ELARB	
		1 árbitro	3 árbitros	1 árbitro	3 árbitros	1 árbitro	3 árbitros
€ 1M	€ 21.012,00	€ 39.744,38	€ 67.650,00	€ 56.811,38	€129.231,26	€ 31.892,00	€69.080,00
€2.5M	€ 57.752,00	€ 61.423,13	€108.701,25	€ 87.240,67	€202.408,01		
€ 3M	€ 69.972,00	€ 66.650,63	€118.541,25	€ 93.955,54	€218.025,13		
€ 5M	€ 118.932,00	€ 87.560,63	€157.901,25	€115.738,14	€268.688,76	€ 79.892,00	€165.080,00
€ 10M	€ 241.332,00	€114.313,13	€207.716,25	€145.051,30	€336.934,68	€ 99.732,00	€213.480,00
€ 50M	€1.220.532,00	€208.715,63	€376.841,25	€229.877,81	€530.622,49	€151.084,00	€341.860,00
€100M	€2.440.532,00	€284.668,13	€512.756,25	€273.941,80	€651.248,85	€188.684,00	€435.860,00

A escolha dos Tribunais Arbitrais para a análise deveu-se ao facto destes terem uma ferramenta prática para calcular os custos.

Com isto, podemos perceber que, dependendo do centro de arbitragem, até certo valor, € 5M para uns € 10M para outros, o valor da arbitragem é superior ao dos tribunais estaduais.¹¹⁴

Estamos a ter em consideração o valor referente a três árbitros, porque nos parece ser esse o número de árbitro comumente usado em arbitragens, ora vejamos, na LAV, no seu art.8.º, dá a possibilidade de o tribunal ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar, mas no número 2 refere que se as partes não tiverem acordado no número de membros do tribunal arbitral, este será composto por três.

Nas palavras de Gary Born “uma solução simples na escolha do tribunal arbitral é que as partes acordem ou que uma autoridade nomeada pelas partes escolha um árbitro único. [...] a solução preferencial na maioria das arbitragens internacionais, de tamanho razoável, é um tribunal composto por três pessoas. Um tribunal composto por três árbitros

¹¹³ MONTEIRO, António Pedro Pinto – Quando a arbitragem deixa de ser a justiça dos ricos, *Advocatus*, 2017, p.15.

¹¹⁴ “Aparentemente, e do ponto de vista de uma apreciação meramente quantitativa, para a maioria dos litígios, o RCP e as respectivas Tabelas do CAC mostram que a resolução do litígio num tribunal do Estado é mesmo onerosa, exceto quando o valor do litígio provido de especial complexidade ultrapassa, aproximadamente 2.4M € - isto nos casos em que seja aplicável o regulamento de arbitragem institucionalizada que, para este efeito, utilizei como termo de comparação, exatamente o do CAC.” MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio, Algumas notas sobre a determinação e fixação dos custos da arbitragem, incluindo os honorários dos Juizes-Árbitros, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VI, Coimbra, 2013, pp.103-104.

tem a vantagem de permitir a cada parte (tanto num contexto bipartidário como em contextos multipartidários) selecionar um árbitro [...]”¹¹⁵.

“A preferência moderna é que as disputas internacionais sejam submetidas a um tribunal arbitral composto por três árbitros, a menos que o montante em disputa seja pequeno. Esta preferência tem muito a enaltecer. Cada uma das partes terá normalmente o direito de nomear pelo menos um árbitro, deixando que o terceiro árbitro seja escolhido por acordo ou por uma instituição terceira. A vantagem de as partes nomearem um árbitro é que dá à parte interessada um sentido de investimento no tribunal arbitral.”¹¹⁶

As custas arbitrais do CAC, por exemplo, superam as custas judiciais até ao valor de € 5M, onde daí em diante, as custas judiciais são mais avultadas que as do CAC.

Encontramos assim duas situações que trarão soluções diferentes para o problema. Quando as custas arbitrais não são superiores às do tribunal judicial, à partida, não se pode pôr em causa a insuficiência de meios económicos para custear a ação, visto que as despesas são maiores no tribunal judicial.

E quando as despesas do tribunal arbitral superam às do tribunal judicial, a superveniente insuficiência económica é suficiente para se opor à convenção arbitral? Vejamos a seguinte questão trazida pelo STJ no Ac..

“Não esquecendo que aquele supracitado aresto foi produzido antes da entrada em vigor da Lei 47/2007, poderemos tirar a seguinte asserção: se a insuficiência económica de uma sociedade comercial não justifica que o Estado lhe assegure o acesso à justiça, então aquela também não poderá arvorar em seu benefício, com o mesmo fundamento, a ineficácia da convenção de arbitragem [...]”¹¹⁷

Tiramos desta passagem do Ac. a dúvida de se será necessário que a parte que invoque a insuficiência económica tenha de beneficiar de apoio judiciário para que esta situação seja oponível à convenção arbitral.

Se olharmos de forma direta para a Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais (LADT), concretamente no art.7.º n.º3, redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, encontramos de imediato a resposta, que seria que as pessoas coletivas com fins lucrativos não beneficiam de apoio judiciário. Mas sobre o assunto, existem acórdãos que veem a situação de forma diferente, ou seja, o TC já apreciou, por diversas vezes, a conformidade constitucional desta norma em sede de fiscalização concreta, tendo proferido juízos divergentes, mas atentemos aos Acórdãos do TC, o n.º 242/2018, de 08 de Maio de 2018,

¹¹⁵ Tradução feita de BORN, Gary, ob. cit., pp. 1792-1793.

¹¹⁶ Tradução nossa de REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, ob. cit., p. 239.

¹¹⁷ Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2016, ob. cit., p.14.

Processo n.º 598/17, e o n.º 86/2017, de 16 de Fevereiro, Processo n.º 792/16, como demonstraremos de seguida.

O art.20.º n.º1 da CRP garante a todos “o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesse legalmente protegidos”, estabelecendo que a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos.¹¹⁸

O sistema de acesso ao direito e aos tribunais consagrado na LADT destina-se, justamente, “a assegurar que ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o exercício ou a defesa dos seus direitos” (art.1.º, n.º1 da referida lei). Em vista disso, o Estado desenvolve ações e mecanismos sistematizados de informação e de proteção jurídica¹¹⁹.

A informação jurídica traduz-se em “ações (realizadas de modo permanente e planeado) tendentes a tornar conhecido o direito e o ordenamento legal, através de publicação e de outras formas de comunicação, com vista a proporcionar um melhor exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos” (art.4.º, n.º1). Enquanto a proteção jurídica “é concedida para questões ou causas judiciais concretas ou suscetíveis de concretização em que o utente tenha um interesse próprio e que versem sobre direitos diretamente lesados ou ameaçados de lesão” (art.6.º, n.º2) e reveste as modalidades de consulta jurídica e de apoio judiciário. A primeira consiste no esclarecimento técnico sobre o direito aplicável a questões ou casos concretos nos quais avultem interesses pessoais legítimos ou direitos próprios lesados ou ameaçados de lesão, compreendendo ainda as diligências extrajudiciais que decorram diretamente do conselho jurídico prestado ou que se mostrem essenciais para o esclarecimento da questão colocada (artigo 14.º, n.º 1 e 2). O segundo compreende diversos tipos de apoio (artigo 16.º, n.º1):

- a) Dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo;
- b) Nomeação e pagamento da compensação de patrono;
- c) Pagamento da compensação de defensor oficioso;
- d) Pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo;
- e) Atribuição de agente de execução.

No tocante ao âmbito pessoal da proteção jurídica, a LADT estabeleceu, desde a sua redação originária, uma distinção entre pessoas singulares e pessoas coletivas. Quanto às pessoas coletivas, tinham direito a proteção jurídica fazendo prova de se encontrarem em situação de insuficiência económica, mas apenas na modalidade de apoio judiciário.

¹¹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 242/2018, de 08 de Maio de 2018, Processo n.º 598/17, disponível em <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/115460929/details/maximized> p. 2409.

¹¹⁹ *Idem* p.2410.

Assim, segundo o art.8.º, n.º 1, da versão originária da LADT, encontrava-se em situação de insuficiência económica “aquele (pessoa singular ou coletiva) que, tendo em conta fatores de natureza económica e a respetiva capacidade contributiva, não tem condições objetivas para suportar pontualmente os custos de um processo”. Mas a insuficiência económica das sociedades, dos comerciantes em nome individual nas causas relativas ao exercício do comércio e dos estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada devia ser aferida tendo em conta, designadamente, o volume de negócios, o valor do capital e do património e o número de trabalhadores ao seu serviço e os lucros distribuídos nos três últimos exercícios findos (cf. o n.º 3 do mesmo preceito).

Uma das alterações mais importantes introduzidas na LADT pela Lei n.º 47/2007 respeitou justamente à exclusão do âmbito pessoal do sistema de acesso ao direito e aos tribunais das pessoas coletivas com fins lucrativos e dos estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada¹²⁰. Ou seja, as pessoas coletivas em causa não têm condições objetivas para suportar os custos de um dado processo, as mesmas pessoas não podem beneficiar de apoio judiciário. O art.7.º n.º3 da LADT, na sua redação vigente, exclui do sistema de acesso ao direito e aos tribunais – que se destina a concretizar no plano infraconstitucional a garantia constitucional de que a justiça não pode ser denegada por

¹²⁰ O legislador teria considerado que, no caso das pessoas coletivas com fins lucrativos, mesmo que estas se encontrassem em situação de insuficiência económica, não existe fundamento para que tenha direito a proteção jurídica, salvo no quadro específico de um PER, em que se encontra prevista a respetiva isenção de custas. Subjacente ao regime do PER está uma perspectiva de proteção dos agentes económicos que, embora revelem dificuldades no cumprimento das suas obrigações, ainda se mostrem viáveis. O recurso ao PER pressupõe que uma empresa – entendida como “organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica” (art.5.º do CIRE) – “esteja, comprovadamente, numa situação económica difícil ou de insolvência iminente (mas não atual – art.17.º -A, n.º 1 e 2). A situação de insolvência iminente ocorre nas situações em que a empresa está perante um conjunto de circunstâncias que, embora não tenha ainda levado a que esta se encontre numa situação de insolvência, poderão conduzi-la, num curto período de tempo, a tal situação. Já a situação económica difícil pressupõe que a empresa esteja a “enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito” (art.17.º -B CIRE).

Na lógica do argumento em análise, as pessoas coletivas com fins lucrativos que se encontrem em situação de insuficiência económica para suportar os custos de uma ação judicial, mas não estejam em situação de insolvência atual, teriam necessariamente de dar início a um PER, que constituiria, desse modo, a única solução para poderem beneficiar de proteção jurídica, mais concretamente, de isenção de custas. Todavia, pode configurar-se a possibilidade de uma sociedade se encontrar numa situação em que não tem capacidade para, de imediato, assegurar o pagamento das despesas inerentes a um litígio judicial determinado, sem que, necessariamente, seja exigível que inicie um PER. É o caso, por exemplo, das situações em que a insuficiência tenha sobretudo como causa a existência de créditos vencidos e não pagos, hipótese em que aquela poderá ficar inibida de recorrer aos tribunais para cobrança dos mesmos.

A insuficiência de meios económicos constitucionalmente relevante para o efeito de salvaguarda do acesso à justiça pode, pelo menos em alguns casos, não ser sobreponível à situação económica difícil ou à situação de insolvência iminente justificativas do recurso a um PER.

Acresce que, tendo em vista os seus objetivos, o PER é um processo que implica, ou poderá implicar, a participação dos demais credores da empresa, determinando ainda, por parte desta, a disponibilização a terceiros (concretamente, aos seus credores) de um conjunto de informações e documentos respeitantes à sua vida interna – arts.17.º -C n.º3 e 17.º -D n.º6 do CIRE in Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 242/2018, de 08 de Maio de 2018, ob. cit., pp.2419 – 2420.

insuficiência de meios económicos – todo um universo de sujeitos apenas com base na sua natureza de pessoas coletivas com fins lucrativos (bem como estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada).¹²¹

Esta norma nega, a toda uma categoria de sujeitos, o direito fundamental à proteção jurídica para efeitos de garantia do acesso aos tribunais, tornando possível que a justiça lhes seja denegada por insuficiência de meios económicos. Para que a mesma norma seja aplicada, releva exclusivamente a natureza jurídica de tais sujeitos, e não a sua eventual e concreta situação de insuficiência económica aferida por critérios adequados para o efeito e comparáveis com os que são aplicados às demais pessoas, singulares ou coletivas.¹²²

A jurisprudência que aponta no sentido da inconstitucionalidade da regra contida no art.7.º, n.º3 da LADT, assenta em dois argumentos:

Em primeiro lugar, não obstante, reconhecer que a Constituição não impõe ao legislador um tratamento que abstraia todas as diferenças existentes entre os diversos tipos de sujeitos jurídicos nem da relevância que para os mesmos tem a concessão de proteção jurídica enquanto dimensão do direito de acesso aos tribunais, entendeu o Tribunal não poder fazer-se a consideração dessas diferenças para concessão da proteção jurídica de modo tal que a impeça em absoluto ou de modo desproporcionado. Ora, é justamente isso que sucede na norma posta em crise, já que o legislador, de forma absoluta e liminar, proíbe o acesso à proteção jurídica de toda uma categoria de pessoas jurídicas, sem admitir em caso algum a demonstração da sua situação de insuficiência económica, seja qual for o circunstancialismo envolvente de tais sujeitos¹²³.

Em segundo lugar, a jurisprudência mais recente (Acórdãos n.º 591/2016, 86/2017, 266/2017) convoca a interpretação que o Tribunal de Justiça fez do artigo 47.º, terceiro parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), no seu Ac. de 22 de Dezembro de 2010, no sentido de que tal norma se opõe à exclusão em termos gerais e abstratos do acesso de uma dada categoria de sujeitos de direito, como as pessoas coletivas com fins lucrativos, ao apoio judiciário – para determinar, no quadro da visão sistémica referida pelo Ac. n.º216/2010, a necessidade de estender tal proteção também às áreas não cobertas pelo direito da União Europeia, sob pena de se gerar uma desigualdade arbitrária entre a posição jurídica das pessoas coletivas que litiguem em áreas cobertas ou não cobertas por normas de direito da União Europeia¹²⁴.

¹²¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 242/2018, de 08 de Maio de 2018, ob. cit., p. 2411.

¹²² *Idem*, p. 2415.

¹²³ *Ibidem*, p. 2413.

¹²⁴ Ob. cit., p.2413.

Tanto o Ac. do TC n.º 242/2018, de 08 de Maio de 2018, bem como o Ac. do TC n.º 86/2017, de 16 de Fevereiro, decidiram declarar a inconstitucionalidade (sendo que o primeiro acórdão declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral) da norma do art.7º n.º3 da Lei n.º 34/2004, de 29 de Junho, na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, na parte em que recusa proteção jurídica a pessoas coletivas com fins lucrativos, sem consideração pela concreta situação económica das mesmas, por violação do art.20.º n.º1 da CRP.

Somos da mesma opinião que Francisco da Cunha Matos e Maria Brito¹²⁵ quando referem que incumbe ao Tribunal verificar se os requisitos da concessão de apoio judiciário constituem, no caso concreto, uma limitação do direito de acesso aos tribunais suscetível de prejudicar a essência desse direito, mediante um exercício de razoável proporcionalidade entre os meios utilizados e o objetivo prosseguido. Assim, hodiernamente, admite-se a possibilidade de conceder apoio judiciário às pessoas coletivas com fins lucrativos, impondo-se ao tribunal um juízo casuístico para aferir:

- a) A situação do requerente;
- b) A sua situação de insuficiência económica; e
- c) As circunstâncias do litígio.

Não nos podemos descurar dos casos em que a insuficiência tenha como causa a existência de créditos vencidos e não pagos, e é através dos meios judiciais que esta pessoa coletiva terá a recuperação dos mesmos.

2.6. Insuficiência Económica/ impecuniosidade e insolvência

Alguns comentadores tratam a “impecuniosidade” e a insolvência como sinónimos, aplicando um ou outro termo quando lhes parece adequado¹²⁶. Na verdade, para além do facto óbvio de que qualquer parte com menos rendimentos pode acabar insolvente, as situações de impecuniosidade não têm nada a ver com a insolvência, uma vez que têm um fundo factual distinto e colocam um conjunto diferente de problemas para a arbitragem.¹²⁷

A noção de impecuniosidade é meramente factual que importa distinguir da insolvência que, essa, sim, é um conceito que convoca a aplicação de um muito compreensivo regime jurídico.¹²⁸

¹²⁵ MATOS, Francisco da Cunha, BRITO, Maria Beatriz, ob. cit., pp.46-47.

¹²⁶ POLKINGHORNE, Michael A - *IBA Section on Business Law*, Committee D News, March 2002, pp.25-27.

¹²⁷ Tradução nossa de WAGNER, Gerhard – *Impecunious Parties and Arbitration Agreements*, SchiedsVZ, German Arbitration Journal, 2003, p.207.

¹²⁸ CAMELO, António Sampaio – Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça, in *Revista de Direito Civil* n.º 1 (2016), Almedina, 2016, p.69.

O termo impecuniosidade é um termo bastante amplo, não tendo uma definição legal, pelo menos no ordenamento jurídico português. Para os dicionários de língua portuguesa, é impecunioso aquele que não tem dinheiro ou que tem pouco dinheiro¹²⁹; que não tem riqueza ou fortuna¹³⁰.

Alguns autores, tal como Marcel Carvalho e Robert Hunter, defendem que pode não ser eficaz fornecer uma definição exata de impecuniosidade uma vez que esta definição ou avaliação pode basear-se fortemente nas circunstâncias específicas de cada caso¹³¹. Por exemplo, uma ordem de adiantamento dos custos terá um impacto nas finanças de um requerente individual de uma forma significativamente diferente da qual afetaria uma empresa multinacional. Assim, de certa forma, é necessário ter em atenção que a impecuniosidade não se refere à falta de vontade de pagar, mas sim à falta de capacidade para pagar¹³².

Detlev Kuhner defende que o termo impecuniosidade, aplicado na arbitragem, se refere à impossibilidade de uma parte cobrir os custos da arbitragem¹³³.

Com impecuniosidade pretende-se referir a incapacidade ou impossibilidade de obter dinheiro ou fundos ou insuficiência de meios financeiros para aceder à justiça.¹³⁴

No que toca a definição de insolvência, encontramos este instituto jurídico regulado pelo Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE)¹³⁵.

O termo insolvência tem a sua origem etimológica em “*solvere*” que é pagar, acrescido do prefixo de negação “*in*”, significa a ação ou situação de não pagamento. Assim, insolvência é o estado ou a situação de não pagar. Este termo tem diferentes aceções, mas importam-nos duas.

O sentido mais frequente com que surge a palavra insolvência, incluindo nos dicionários de língua portuguesa, é o de insolvência enquanto sinónimo de situação de insolvência, que consiste na situação do devedor, pessoa singular, empresa (sociedade

¹²⁹ Dicionário Priberam, disponível em <https://dicionario.priberam.org/impecunioso>.

¹³⁰ Infopédia – dicionários Porto Editora, disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/impecunioso>.

¹³¹ Tradução feita de HUNTER, Robert – *Impecuniosity of the parties and its effect on Arbitration – an English perspective* in German Institution of Arbitration.

¹³² CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm – *Impecunious parties in international commercial arbitration*, Kluwer Arbitration, 2020, p.124.

¹³³ KÜHNER, Detlev – *The impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: the example of France and Germany*, in Journal of International Arbitration, 2014, p.807.

¹³⁴ GOUVEIA, Mariana França/ TRIGO, Ana Coimbra – L'affaire Garoubé: Responsabilidade das instituições arbitrais e impecuniosidade das partes, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. XI, 2018, p.92.

¹³⁵ DL n.º 54/2004, de 18 de Março.

unipessoal por quotas, sociedade por quotas e sociedade anónima) ou outra pessoa coletiva que, num determinado momento, se encontra incapaz de cumprir com as suas obrigações¹³⁶.

Podemos também definir insolvência como sendo o processo organizado para realizar e liquidar os bens do devedor para com os credores, na sequência de uma declaração de insolvência por parte de um tribunal¹³⁷.

O processo de insolvência é um conjunto encadeado de atos e formalidades que se inicia com a apresentação à insolvência por parte do devedor ou com o pedido de insolvência requerido pelo credor e que termina com o pagamento aos credores ou com alguma das outras causas de encerramento do processo de insolvência¹³⁸.

A diferença existente entre estes dois conceitos é essencial porque os regimes legais que se aplicam a cada situação são, muito provavelmente, diferentes. A insolvência – na primeira aceção – desencadeará as disposições do CIRE, que geralmente se baseiam no objetivo subjacente de reestruturar a empresa insolvente ou assegurar a sua dissolução ordenada.

O direito português é dos poucos que tem uma norma expressa sobre os efeitos da declaração de insolvência sobre as convenções arbitrais e os processos arbitrais pendentes. O art.87.º do CIRE representa uma novidade, não existindo nenhuma norma sobre a matéria nos dois códigos que antes se encontrava contida a disciplina da falência/insolvência¹³⁹.

O art.87.º é composto de dois números: o n.º1, sobre as convenções arbitrais, e o n.º2, sobre os processos arbitrais pendentes.

O n.º1 do art.87.º determina que a eficácia das convenções arbitrais se suspende sempre que elas respeitem a litígios suscetíveis de influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis. Isto significa que, nos casos em que o resultado do litígio possa influenciar o valor da massa, as partes (insolvente e contraparte) estão impedidas de propor ações arbitrais e são obrigadas a dirimir os seus litígios através do processo de insolvência.

Percebemos que, no ordenamento jurídico português, estas duas situações, impecuniosidade e insolvência, desencadeiam processos diferentes perante uma convenção de arbitragem.

¹³⁶MOUTA, Fátima Pereira – Significado de Insolvência, disponível em: <https://www.advogadosinsolvencia.pt/mapa/significado-de-insolvencia>.

¹³⁷ SACHS, Klaus – *International arbitration and State Sovereignty*, in Revista Brasileira de Arbitragem, (Comité Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB) Vol. IV Issue 13, 2017, p.100.

¹³⁸ MOUTA, Fátima Pereira – ob. cit.

¹³⁹SERRA, Catarina – Arbitragem e insolvência: os efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem (direitos português e internacional) in Revista de direito comercial, 2017, pp.691- 692.

Assim, entendemos que com a declaração de insolvência há uma suspensão da convenção arbitral, diferente do que acontece nos casos de impecuniosidade, onde não sabemos exatamente o que acontece, a jurisprudência e doutrina apontam para soluções diferentes. Vimos, também, que no que diz respeito ao apoio judiciário, como já foi abordado supra, a LADT não concede apoio judiciário a pessoas coletivas com fins lucrativos que se encontrem em situação de impecuniosidade, ou seja, na ótica do legislador o direito à proteção jurídica não é compatível com a natureza das pessoas coletivas com fim lucrativo. Enquanto nos casos de insolvência, ou em processo de recuperação de empresa, estão isentas de custas as sociedades, civis ou comerciais (e os estabelecimentos de responsabilidade limitada), salvo no que respeita às ações que tenham por objeto litígios relativos ao direito do trabalho.¹⁴⁰

Desta forma, não é exato afirmar que uma pessoa coletiva com fins lucrativos cuja situação económica não permite custear as despesas de justiça esteja necessariamente insolvente. Diferentemente, pode uma pessoa coletiva estar em “situação económica difícil, sem apresentar propriamente um passivo muito relevante ou mesmo sequer algum passivo conducente à declaração de insolvência, contudo necessitar da concessão de apoio judiciário para efetivar e executar os seus créditos sobre os seus devedores”¹⁴¹.

2.7. Efeitos da impecuniosidade da parte na instauração da arbitragem

O problema que nos propomos a debater no presente trabalho tem sido alvo de estudos fora do país, por diferentes ordenamentos jurídicos, no âmbito da arbitragem internacional bem como na doméstica.

Dos trabalhos que nos propusemos a estudar para melhor perceber o tema, a abordagem que acreditamos ser a mais simples de perceber é a que divide em teorias a explicação dos efeitos que a impecuniosidade tem na aplicação da convenção arbitral.

As abordagens podem ser divididas em duas largas categorias: solução substantiva e solução jurisdicional.

¹⁴⁰ Cfr. art.4.º, n.º1, alínea u) do Regulamento das Custas Processuais – por força deste normativo, estas entidade não estão obrigadas a efetuar o pagamento da taxa de justiça devida nos processos em que intervenham, sendo que tal isenção se aplica não só ao próprio processo de insolvência ou ao processo especial de revitalização (PER, que substituiu, nos termos dos artigos 17.º -A a 17.p -J do CIRE, o citado processo de recuperação de empresa), mas também às restantes ações em que tais entidades sejam parte (com exceção das ações que tenham por objetivo litígios relativos ao direito do trabalho). Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 242/2018, de 08 de Maio de 2018, ob. cit., p. 2418.

¹⁴¹ Acórdão n.º 279/2009 citado em Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 242/2018, de 08 de Maio de 2018, p. 2415.

As soluções de natureza substantiva são aquelas que resolvem o problema optando ou pela aplicação da convenção arbitral, ou pela não aplicação. Quanto a esta solução, dependendo de saber se os tribunais dão uma resposta positiva ou negativa a essa pergunta, podemos ter ainda duas abordagens. Primeiro, os tribunais que optem pela aplicação da convenção arbitral, apesar da insuficiência de meios económicos, dão mais importância à natureza contratual da arbitragem (autonomia privada). Assim, a menos que as partes apresentem uma defesa que seja aplicável a contratos em geral, tais como inconsciência, fraude, coação, etc., a convenção de arbitragem deverá ser aplicada de acordo com os seus termos.¹⁴²

Por outro lado, os tribunais que não imponham a aplicação da convenção arbitral, dão maior importância, ou concentram-se mais na natureza da convenção de arbitragem como um instrumento de acesso à justiça.

Isto é, quando as partes acordam em levar o litígio a arbitragem, estas simplesmente optam por ter os seus litígios decididos por um tribunal privado ao invés de um tribunal estadual, uma opção que não deve ter nenhuma relação com os seus direitos materiais subjacentes. Consequentemente, se a convenção arbitral servir de obstáculo à reivindicação dos direitos destas, os tribunais não os vão remeter a um tribunal arbitral.¹⁴³

Já as soluções de natureza jurisdicional têm um foco diferente. Ao invés de procurarem dar uma solução ao real problema, os tribunais vislumbram-no como sendo um problema de competência. Assim, determinam, primeiro, se cabe ao juiz ou aos árbitros apreciar os efeitos da impecuniosidade na convenção arbitral. Se a incapacidade de pagar não atingir o limiar de competência-competência aplicada por esse regime jurídico específico, então os tribunais remetem simplesmente as partes para a arbitragem e deixam os árbitros resolverem a questão.¹⁴⁴

2.7.1. Solução substantiva

2.7.1.1. Preservação da Convenção Arbitral

Como foi acima referenciado, esta abordagem dá, substancialmente, mais peso à natureza contratual da convenção arbitral. Defendem que, se as partes escolheram, livremente e de forma consciente, vincularem-se pela convenção arbitral, a vontade destas deve ser respeitada. Assim, a convenção arbitral deve ser aplicada mesmo que uma das partes

¹⁴² Tradução nossa de CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm, ob. cit., p.125.

¹⁴³ *Idem*, p.125.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.125.

não consiga suportar os custos do processo arbitral, exceto nos casos em que existam exceções que se apliquem a qualquer contrato, de forma geral, tal como erro, dolo, coação entre outros.¹⁴⁵

Existem jurisdições que estabeleceram uma forte abordagem baseada no princípio da força vinculativa das convenções arbitrais, e por essa razão estão dispostas a ignorar o facto de que uma das partes não tem os meios económicos para aceder ao tribunal, como é o caso da Inglaterra e do País de Gales.

O Supremo Tribunal inglês, no processo “*Haendler & Naterman GmbH vs. Mr. Janos Paczy*” (Processo Paczy)¹⁴⁶, aplicou uma convenção de arbitragem apesar da incapacidade do queixoso de pagar o adiantamento dos custos solicitados pelo ICC. A fundamentação do Tribunal baseou-se numa direta interpretação legal, concluindo que a exceção “*incapable of being performed*”, argumentada pela parte, se aplica a circunstâncias em que a obrigação “já não podia ser executada, mesmo que ambas as partes estivessem prontas, capazes e dispostas a executá-la”.¹⁴⁷

Atentemos ao facto de que, na secção 9, parágrafo 4, da Lei da Arbitragem Inglesa de 1996, o tribunal pode permitir um pedido de suspensão do processo iniciado em violação de uma convenção de arbitragem, “a menos que esteja convencido de que a convenção de arbitragem seja nula, ineficaz ou inexecutável”. Embora se possa inferir do termo “convencido” que não há nenhuma obrigação para o tribunal de se envolver numa investigação aprofundada sobre a validade do acordo¹⁴⁸. Esta disposição legal é geralmente entendida como uma mera regulação do ónus de prova, em que o tribunal deve decidir se o acordo é eficaz, mas sendo dever da parte, que contesta a validade, provar.¹⁴⁹

O tribunal inglês, na sua decisão, justificou a sua posição elaborando em pormenor o que este considera ser necessário para que uma convenção de arbitragem se torne inexecutável, comparando a convenção de arbitragem a um contrato de compra e venda, referindo:

¹⁴⁵ Tradução nossa de CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm, ob. cit., p.125.

¹⁴⁶ *Paczy vs. Haendler & Naterman GmbH*, o caso dizia respeito à *royalties* alegadamente devidos ao abrigo de um acordo de licença entre um inglês e uma empresa alemã, que continha uma convenção arbitral de acordo com as regras do ICC. Quando o litígio estava numa fase avançada, o licenciador inglês que estava desempregado, e a viver da segurança social, tomou conhecimento que o apoio judiciário estava disponível apenas nos tribunais estaduais, obteve o comprovativo necessário que comprovava a sua situação de insuficiência de meios e recorreu ao Supremo Tribunal para obter a devida reparação, alegando que a convenção arbitral era “incapaz de ser realizada – do inglês *incapable of being performed*”. O tribunal continuou pouco convencido e concedeu uma suspensão a favor dos arguidos, tendo o Tribunal de Recurso confirmado a decisão.

¹⁴⁷ Tradução nossa de CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm, ob. cit., p.126.

¹⁴⁸ Note-se que na LAV a redação que temos é que “[...] a menos que verifique que, **manifestamente**, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável.” (**ênfase nosso**). Já está previsto que o tribunal estadual deverá fazer uma análise *prima facie*.

¹⁴⁹ Tradução nossa de WAGNER, Gerhard – ob. cit., p. 209.

“The incapacity of one party to that agreement to implement his obligations under the agreement does not [...] render the agreement one which is incapable of performance [...] any more than the inability of a purchaser under a contract for purchase of land to find the purchase price when the time comes to complete the sale could be said to render the contract for sale incapable of performance. The agreement only becomes incapable of performance in my view if the circumstances are such that it could no longer be performed, even if both parties were ready, able and willing to perform it. Impecuniosity is not [...] a circumstance of that kind.”¹⁵⁰

Esta abordagem tem sido criticada por equiparar as convenções arbitrais a qualquer outro tipo de previsões contratuais, ignorando o facto de que tais convenções têm efeitos jurisdicionais. Sem contar que a análise feita difere, uma vez que, ao contrário das disposições contratuais ordinárias, os danos não são uma solução adequada em relação à obrigação de arbitrar litígios, tendo em conta a dificuldade de quantificar o prejuízo que as partes sofrem ao terem os seus casos ouvidos em tribunais estaduais.

Contudo, o que é mais relevante no caso *Paczý* e nos casos subsequentes que seguiram esta decisão, é que parece associar, embora não expressamente, a incapacidade de execução à doutrina da frustração, uma defesa contratual de origem anglo-saxónica relativa aos efeitos de superveniência e de circunstâncias imprevistas sobre as obrigações contratuais. Como resultado, uma convenção de arbitragem só seria “inexequível” quando existam circunstâncias externas imprevistas, que não são da culpa de nenhuma das partes, que tornam a sua execução “algo radicalmente diferente” do que as partes assumiram quando convencionaram o acordo.¹⁵¹

2.7.1.2. A convenção arbitral como mecanismo de resolução de litígios

Esta solução dá mais peso à natureza jurisdicional da convenção de arbitragem e à sua finalidade como instrumento para a adjudicação de pedidos/ reivindicações. Assim, e a menos que a parte contrária suporte a totalidade dos custos, a convenção não será aplicada pelo facto de uma das partes ser impecuniosa.

Esta abordagem baseia-se na ideia de que, uma vez que a arbitragem é um método de resolução de litígios, ao escolher a arbitragem as partes estão simplesmente a mudar de um mecanismo de aplicação da lei, para outro.

¹⁵⁰ *Haendler & Natermann GmbH vs. Janos Paczý*, 1 *Lloyd's Law Reports* 302 (Tribunal de Recurso 1980).

¹⁵¹ Tradução nossa de CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm – ob. cit., p. 126.

Por outras palavras, estão a substituir o direito de julgar as reclamações em tribunal, pelo direito de o fazer perante um tribunal arbitral. Assim sendo, a arbitragem não pode servir como um obstáculo à aplicação dos direitos substantivos subjacentes à parte¹⁵².

Portanto, se uma parte não tiver os fundos necessários para que o seu pedido seja ouvido perante um tribunal arbitral, e se pudesse, caso contrário, ter a oportunidade de ser ouvido em tribunal, perante um juiz, então a convenção de arbitragem não pode ser aplicada.¹⁵³

Esta solução que opta pela primazia do direito de acesso à justiça, foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal Alemão em 2000¹⁵⁴, uma decisão que desencadeou um debate internacional sobre o tema da impecuniosidade, embora se tratasse de arbitragem doméstica. O caso é conhecido por “*The Plumber’s Case*”¹⁵⁵. O BGH afasta a convenção de arbitragem usando a justificativa de que esta é inexecutável, nos termos do disposto na secção 1032, parágrafo 1º do ZPO, onde, de acordo com esta disposição, o juiz deve estabelecer positivamente que existe uma convenção de arbitragem válida e vinculativa que rege o litígio em causa, antes de rejeitar o caso, ou seja, não pode negar a sua jurisdição com base na “mera alegação” de que a sua competência foi afastada pela convenção.¹⁵⁶

Analisando este princípio, podemos perceber que ele é comum e recebido entre as jurisdições que basearam a sua lei de arbitragem na Lei Modelo, em específico o artigo 8.º n.º1 da mesma.

Ao abrigo da antiga lei de arbitragem alemã, em vigor até ao final de 1997, o tribunal concedeu um direito de rescisão a cada parte que pretendesse obter o afastamento da

¹⁵² WAGNER, Gerhard – Poor Parties and German Forum: Placing Arbitration under the Sword of Damocles in German Institution of Arbitration (ed), Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?, Peter Lang, 2004, pp.9-12.

¹⁵³ Tradução nossa de CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm – ob. cit., p.127.

¹⁵⁴ *Bundesgerichtshof* (em diante designado por BGH) [Supremo Tribunal Federal], 14 de Setembro de 2000, BGHZ 145, p.116.

¹⁵⁵ O caso incidia sobre um contrato entre um construtor e uma empresa de construção civil, relativo à instalação de sistemas sanitário e de aquecimento num edifício, estando prevista no contrato, uma convenção arbitral. Durante a execução do contrato, a empresa de canalização teve dúvidas consideráveis quanto à capacidade do construtor para pagar o valor acordado para o serviço, e, por isso, exigiu que lhe fossem dadas garantias. O construtor recusou-se a dar as garantias, e por esse motivo, o canalizador sugeriu que se renunciasse à convenção de arbitragem, com o fim de que a questão fosse resolvida por tribunal estadual. O construtor recusou-se e o canalizador absteve-se de intentar uma ação – muito provavelmente por razões de custos. Pouco tempo depois, o construtor recorreu ao foro judicial, processando o canalizador por danos e alegando que parte da obra estava deficiente. Além disso, declarou nula a convenção de arbitragem, uma vez que lhe faltavam meios económicos suficientes para cobrir os custos do processo arbitral. O construtor requereu ao tribunal que indeferisse a ação e o tribunal decidiu a favor do réu. No entanto, o Supremo Tribunal Federal inverteu a decisão com o fundamento de que a convenção de arbitragem era inexecutável, de acordo com a secção 1032, parágrafo 1º do Código de Processo Civil Alemão (ZPO), que nessa parte, corresponde à uma tradução fiel do art.8.º, parágrafo 1º da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional. No fim, o caso foi julgado nos tribunais estaduais, apesar das partes terem acordado que levariam à arbitragem qualquer disputa que surgisse no âmbito do contrato celebrado.

¹⁵⁶ Tradução nossa de WAGNER, Gerhard – ob. cit., p.208

convenção arbitral, quer devido a sua própria impecuniosidade, quer devido ao facto de a outra parte não poder financiar o processo.¹⁵⁷ Como resultado disto, a convenção arbitral não foi posta de parte por simples aplicação da lei, mas sim mediante alegação de uma das partes. Assim, a ideia geral não foi que a incapacidade de financiar o processo arbitral afeta de alguma forma a convenção de arbitragem, mas sim o mecanismo usado para produzir tais efeitos.¹⁵⁸

Como a decisão do BGH afastou uma convenção arbitral válida, era expectável que causasse agitação entre os profissionais de direito. Alguns doutrinários previram que este raciocínio usado tornaria a Alemanha “num lugar menos atraente para as arbitragens internacionais”, embora, ao mesmo tempo, tenha sido admitido ser “improvável que a regra incorporada por esta decisão possa ser considerada como uma atitude isolada da Alemanha”.¹⁵⁹

O argumento central que o BGH avançou, por permitir às partes sem meios e aos seus oponentes de recorrerem aos tribunais públicos, baseou-se nos princípios fundamentais do acesso à justiça e da proteção efetiva dos direitos individuais, pois, se as partes com meios insuficientes para litigar em tribunais arbitrais, fossem considerados impecuniosos nas convenções arbitrais, estes seriam privados não só do seu direito de acesso à um tribunal, mas de acesso aos tribunais, como um todo.¹⁶⁰

Para além dos tribunais alemães, os tribunais Húngaros chegaram à mesma conclusão em 2012. O caso foi apresentado perante o Tribunal de Recurso de Szeged (TRS), envolvia uma parte impecuniosa, cujo pedido foi indeferido pelo tribunal de primeira instância. O TRS anulou a decisão do tribunal de primeira instância com base em quatro (4) razões, (1) a não possibilidade de outros credores participarem no processo; (2) a natureza não-pública da arbitragem; (3) fiscalização limitada das sentenças arbitrais pelo tribunal, e; (4) os custos altos na arbitragem, que deveriam ter sido pagos antecipadamente. O tribunal considerou que a arbitragem, nas circunstâncias impostas, era prejudicial para a parte, incompatível com o objetivo do processo de insolvência, o que impede a prossecução dos direitos da parte. Devido a estas razões, o TRS concluiu que a convenção de arbitragem era

¹⁵⁷ Tradução nossa de WAGNER, Gerhard – ob. cit., p.208.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 208

¹⁵⁹ POLKINGHORNE, Michael A. - *Dealing with an Impecunious Opponent*, IBA Section on Business Law, Committee D News, 2002, pp. 25, 28.

¹⁶⁰ Tradução nossa de WAGNER, Gerhard – ob. cit., p. 208.

insuscetível de ser executada, permitindo que a parte falida recorresse aos tribunais judiciais.¹⁶¹

Não obstante a diferença de facto, ou diferença nos fundamentos jurídicos, os tribunais alemães, austríacos e húngaros tinham uma linha de raciocínio comum, que refletia a sua preocupação com o direito da parte impecuniosa de reivindicar os seus direitos. Enfatizaram este direito e seu significado, deixando para trás o princípio *pacta sunt servanda*.¹⁶²

2.7.2. Solução Jurisdicional

2.7.2.1. Enfoque no princípio da competência-competência dos árbitros

Esta abordagem, geralmente vista nas decisões dos tribunais franceses e por vezes definida como a “abordagem moderna”¹⁶³, tem sido descrita como “dando o máximo efeito aos acordos de arbitragem com controlo *a posteriori*”¹⁶⁴.

O autor Emmanuel Gaillard¹⁶⁵ previu, em 2004, que os tribunais franceses, quando tratassem da questão da impecuniosidade, provavelmente, encaminhariam as partes para a arbitragem e deixá-las-iam resolvê-la perante o tribunal arbitral. Esta posição baseia-se, principalmente, no artigo 1448 do Código de Processo Civil Francês que exige que os juízes submetam o caso à arbitragem, a menos que o acordo seja manifestamente nulo ou inaplicável.

O tribunal de recurso de Paris teve a oportunidade de apreciar um caso de impecuniosidade, em 2013, e confirmou a previsão de Gaillard. No caso *SARL Lola Fleurs vs Société Monceau et autres*, o requerente intentou uma ação nos tribunais estaduais apesar de existir uma convenção arbitral válida e operante, alegando, entre outros fundamentos, a insuficiência de meios económicos para prosseguir com a arbitragem. O tribunal de recurso de Paris decidiu, com base no artigo 1448 do Código de Processo Civil Francês e no princípio da competência-competência, que competia aos árbitros decidir se o acordo era inaplicável devido à impecuniosidade.¹⁶⁶

¹⁶¹ ZIVKOVIC, Patricia – *Impecunious parties in Arbitration: an overview of European National Courts' Practice*, in Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 23, 2016, p. 41, acessado em: <https://ssrn.com/abstract=2884416>

¹⁶² *Idem*, pp.41-42.

¹⁶³ BISHOP, R Doak/ CORIELL, Wade M/ CAMPOS, Marcelo Medina – “The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention” in GAILLARD, Emmanuel/ PIETRO, Domenico Di – *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Camarões, 2008, pp.275-283.

¹⁶⁴ KÜHNER, Detlev – *ob.cit.*, p.809.

¹⁶⁵ GAILLARD, Emmanuel – *Impecuniosity of Parties and its Effect on Arbitration – A French View' in German Institution of Arbitration (ed), Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?*, 2004, pp.73-74.

¹⁶⁶ *Cour d'appel [CA] [Court of Appeal] Paris, 1e ch. Feb. 26, 2013, 3 Revue de L'arbitrage*, 2013, p.749 (Fr).

Esta abordagem é descrita, pelos doutrinários, como uma reafirmação do efeito negativo do princípio da competência-competência com uma reavaliação *a posteriori*.

Caso diferente é quando ambas as partes não têm fundos suficientes para custear a arbitragem. No caso do *Projet SARL Pilote Garoubé vs chambre de Commerce Internationale (ICC)*, o ICC retirou todas as reivindicações quando ambas as partes (Garoubé e o Estado dos Camarões) não pagaram o adiantamento integral das despesas (Garoubé alegadamente devido à sua impecuniosidade). O “*juge d’appui*”¹⁶⁷ ordenou que o ICC restabelecesse ambas as reivindicações, considerando que a recusa de o fazer constituía uma denegação de justiça. O ICC recorreu da decisão, argumentando que o *juge d’appui* excedeu o seu poder, e o *Cour d’Appel* de Paris inverteu a decisão, concluindo que o *juge d’appui* não tem jurisdição sobre o mecanismo de adiantamento das custas da instituição. A decisão foi posteriormente confirmada pelo *Cour de Cassation*.

É relevante notar que nem o *Cour d’Appel* nem o *Cour de Cassation* decidiram definitivamente o caso, mas mencionaram que, se as partes desejassem, deveriam remeter o caso a um juiz comum (*juge de droit commun des contrats*), para apreciar a questão do acesso à arbitragem, e não sobre o mérito da causa.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Termo de origem francesa que se refere ao juiz francês com autoridade para tomar decisões relacionados com uma arbitragem específica. O termo “*appui*” significa apoio. Na essência, o *juge d’appui* tem o papel de agir em nome do Estado para suportar uma arbitragem dentro dos limites da lei. Nas arbitragens internacionais, o papel do *juge d’appui* é desempenhado pelo Presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris (Tribunal civil de primeira instância). O *juge d’appui* provará na prática ser mais importante nas arbitragens *ad hoc*, ou seja, quando as partes não concordaram com uma arbitragem institucional (por referência a regras como as regras do ICC), uma vez que a maioria das funções do *juge d’appui* são geralmente desempenhadas pela instituição administradora. Por exemplo, no caso de existirem dificuldades numa arbitragem *ad hoc*, na constituição do tribunal arbitral, o *juge d’appui* pode determinar o procedimento para a constituição do tribunal arbitral e nomear os árbitros. O *juge d’appui* pode também decidir sobre a validade *prima facie* da convenção arbitral ou sobre a recusa de um árbitro. *Arbitration in France: the 2011 reform*, in Jones Day Commentary, 2011, p. 3. Acreditamos nós que a figura de *juge d’appui* no Sistema francês se equipara, de certa forma, ao juiz do tribunal da Relação em Portugal, pois, nos termos da LAV, este é o tribunal competente para resolver as questões constantes do art.59.º da LAV, embora que no caso do *juge d’appui* este não faça parte de um tribunal em concreto, não respondendo pelos mesmos.

¹⁶⁸ Tradução nossa de CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm, ob. cit., pp. 130-132.

CAPÍTULO III – PACIFICAÇÃO DO PROBLEMA E SOLUÇÃO UNIFORME

O problema que nos propusemos a abordar no presente trabalho parte da premissa de que uma das partes da convenção arbitral se encontra impecuniosa, ou seja, sem os meios económicos suficientes para a prossecução da protecção dos seus direitos nos tribunais arbitrais. Aquando das pesquisas efetuadas, percebemos que os comentadores que se propunham a dar uma resposta ao problema, focavam os seus estudos ou no financiamento da arbitragem, quer pela contraparte, quer por terceiros; ou a alegação da teoria da alteração das circunstâncias e/ou da impossibilidade superveniente; e da exceção de “*incapable of being performed*”.

Trazemos aqui alguns excertos de autores e devidas posições quanto às soluções.

Vejamos, Francisco da Cunha Matos¹⁶⁹ refere que “(...) especialmente relevante e atual, neste contexto, é a tendência verificada em arbitragem internacional de permitir e incentivar formas de *third-party funding* como modo de resolver a tensão conflituante, quando exista, entre o acesso ao direito e a obrigação de litigar em arbitragem.”

José Miguel Júdice¹⁷⁰ diz que existem dois modelos principais de superação (nos casos de insuficiência económica de uma das partes). Sendo o primeiro típico de instituições que se dedicam à arbitragem: a parte que desencadeia o procedimento arbitral tem de (sublinhado nosso) suportar os preparos da parte faltosa, se desejar que o processo prossiga sem que esta pague a sua parte. O autor, quanto a este primeiro modelo traz a ressalva de que esta solução não cobre os custos com o mandatário da parte faltosa, seus peritos e deslocações de testemunhas – valores que não estão inclusos nos preparos – réu impecunioso.

E segundo, a imposição à parte que não é afetada pelo problema que custeie integralmente a arbitragem, incluindo honorários razoáveis de advogado, sendo evidentemente ressarcido no final, nos termos do hipotético decaimento da outra parte e da lei aplicável às custas processuais – em princípio, autor impecunioso.

Joaquim Shearman de Macedo¹⁷¹, quanto ao Ac. 311/08 do TC, “(...) ficou por clarificar em que instituto de direito civil se deverá enquadrar a falta de meios da parte recorrida geradora da situação de facto de denegação de justiça, pese embora, o Tribunal refira, de passagem, que a sentença recorrida utilizou padrões normativos de direito comum, como a inexigibilidade ou a impossibilidade de cumprimento.”

¹⁶⁹ MATOS, Francisco da Cunha, BRITO, Maria Beatriz, ob. cit., p.47.

¹⁷⁰ JÚDICE, José Miguel – Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional, in Revista Internacional de Arbitragem e Mediação, Livraria Almedina, 2009, pp.184-185.

¹⁷¹ MACEDO, Joaquim Shearman – Sobre a qualificação civil da incapacidade suportar os custos do processo Arbitral por uma das partes, in Themis Revista de Direito, Almedina, 2009, p.226.

Assim, no presente capítulo, propomo-nos a fazer uma análise às soluções que têm sido propostas pela jurisprudência e doutrina, começando pelo financiamento da arbitragem.

3.1. Financiamento da arbitragem

Em momentos de crise económica, os litígios contratuais são cada vez mais comuns. Com o maior uso da arbitragem nos contratos empresariais, a tendência é que o número de arbitragens cresça, consequentemente.

No entanto, apesar das inúmeras vantagens, como a especialidade dos árbitros, a confidencialidade, a flexibilidade e a celeridade do processo, quando comparada com o poder judiciário, a arbitragem ainda é um procedimento “caro” para as partes.

Estes custos não se limitam somente aos custos ordinários de uma arbitragem, como as taxas de registo e administração dos procedimentos arbitrais, temos também os honorários dos árbitros, dos advogados e, eventualmente, de assistentes técnicos e peritos, nomeados pelo Tribunal.

Abordaremos, aqui, dois tipos de financiamento, o interno (pelas partes e pela instituição arbitral) e o externo (feita por terceiros, mais conhecida por *third-party funding*, (TPF)).

3.1.1. Financiamento interno da arbitragem

3.1.1.1. Financiamento feito pelas partes litigantes

Vejamos o caso do ICC, em que a responsabilidade sobre o pagamento das custas arbitrais (ou mesmo judiciais) incumbe às partes litigantes, numa proporção de cinquenta por cento para cada polo processual¹⁷² - atendendo que num mesmo polo pode haver mais de uma parte – ainda de maneira proporcional ao montante económico do pleito de cada uma das partes.¹⁷³

Por exemplo, se considerarmos que uma parte requerente apresentou um pedido no valor de 500.000€, e a reconvinte apresentou um pedido contraposto de 5.000€. Diante do facto que a parte requerente deu causa a maior parcela nos cálculos dos custos (visto que estes são calculados de acordo com o valor da ação)¹⁷⁴, nada mais justo que haja uma proporcionalidade no adiantamento inicial das custas arbitrais.

¹⁷² Art.37.º n.º2 do Regulamento do ICC: “(...) A provisão para os custos de arbitragem fixada pela Corte nos termos do artigo 37(2) deverá ser paga pelo requerente e pelo requerido em partes iguais.”;

Art.54.º do Regulamento do AAA: “(...) *shall be borne equally by the parties, unless they agree otherwise*”.

¹⁷³ GABARDO, Rodrigo Araújo – A insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspetiva comparada, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, Dissertação de Pós-Graduação em Direito, p.37.

¹⁷⁴ Art.50.º n.º1 do Regulamento do CAC: “Compete ao tribunal arbitral, ouvidas as partes, definir o valor da arbitragem, tendo em conta o valor correspondente aos pedidos formulados pelas partes (...)”.

No caso em que não haja o pagamento do adiantamento devido por uma das partes, a outra parte será chamada para, caso queira, ou esteja em condições de o fazer, cobrir o valor da contraparte, sob pena de o tribunal declarar a suspensão ou o encerramento do procedimento arbitral.¹⁷⁵

Não se pode olvidar que a responsabilidade pelas custas arbitrais pode estar sujeita a acordo das partes, não sendo incomum as partes concordarem por suportar a metade das custas arbitrais independentemente do sucesso final da demanda.

Nos casos em que uma das partes cobre os custos da parte inadimplente, estará, a nosso ver, de certa forma, a financiar a outra parte, de forma a garantir o seguimento da arbitragem.

A questão do financiamento por uma das partes é frequente acontecer quando a parte que se encontra impecuniosa é a parte requerida, porque a parte requerente tem um legítimo interesse na manutenção do processo arbitral, e por ter os meios necessários, cobrirá a parte inadimplente, claro, com a ressalva de que o valor terá de ser devolvido *a posteriori*.

Situação inversa pode acontecer, o que nos parece meio improvável. Imaginemos que A e B assinam um contrato de prestação de serviços, onde B se comprometeu a realizar uma obra para A, mediante o pagamento de um preço à medida que a obra se vai se realizando. A não tem pago a B, três prestações até ao momento da cobrança, no valor de 1.5 milhões de euros. E B, por diversas situações, incluindo o não pagamento por parte de A, encontra-se sem meios económicos suficientes para começar o processo arbitral para a recuperação dos créditos. Sendo B o credor, e a princípio, requerente, e ao mesmo tempo é a parte que se encontra impecuniosa, não nos parece que A, devedor, e parte que seria requerida, possa financiar um processo contra si, independentemente de qual seja a sua possível “razão”. Há casos em que acontece, sim, mas parece-nos pouco provável, porque se o mesmo não quer, ou não se encontra em condições de efetuar o pagamento, irá este mesmo sujeito financiar um processo contra si?

¹⁷⁵ Art.24.º n.º6 do Regulamento do LCIA: “*In the event that a party fails or refuses to make any payment on account of the Arbitration Costs as directed by the LCIA Court, the LCIA Court **may** direct the other party or parties to effect a further Advance Payment for Costs in an equivalent amount to allow the arbitration to proceed (subject to any order or award on Arbitration Costs).*” (sublinhado nosso para enfatizar o facto de se tratar de uma prerrogativa, e não obrigação como pode parecer.)

Art.36.º n.º3 do Regulamento do ICDR: “Se os depósitos determinados não forem prontamente efetuados em sua totalidade, o Administrador deverá informar as partes para que uma ou mais partes possam efetuar os depósitos pendentes. Se os depósitos não forem efetuados, o tribunal poderá declarar a suspensão ou o encerramento do procedimento arbitral. Se o tribunal arbitral ainda não tiver sido constituído, o Administrador poderá suspender ou declarar encerrado o procedimento.”

3.1.1.2. Financiamento pela Instituição de Arbitragem

As instituições arbitrais desenvolvem, na sua maioria (senão todas), um negócio, a administração de processos arbitrais mediante remuneração.¹⁷⁶ Em todos as instituições arbitrais, encontramos previsões sobre os custos administrativos levados a cabo pela mesma, onde, para que se realize, sob a alçada daquela instituição, qualquer processo arbitral tem de ser mediante o pagamento dos custos.¹⁷⁷

Há um centro arbitral (do nosso conhecimento), que renuncia ao pagamento dessa remuneração, o American Arbitration Association – AAA. Apesar de não ser em todos os processos arbitrais, apenas nos processos de arbitragem de consumo do Estado de Califórnia.

Assim, de acordo com o art.1284.3 do Código de Processo Civil da Califórnia, consumidores com um rendimento mensal bruto, inferior a 300% da “*Federal Poverty Guidelines*”, têm o direito a pedir o afastamento do pagamento das taxas e custos, exceto as referentes aos árbitros. Este artigo aplica-se a todos as convenções arbitrais de consumo sujeitas à Lei de Arbitragem da Califórnia, e para todas as arbitragens de consumo conduzidas no Estado da Califórnia.

No caso em que a parte não for um consumidor do Estado da Califórnia; ou o rendimento mensal bruto não for inferior a 300% da *Federal Poverty Guidelines*, ainda pode aplicar-se para que haja redução ou mesmo o afastamento das taxas administrativas do AAA.¹⁷⁸

A parte requerente deverá comprovar a incapacidade de arcar com as custas arbitrais, através da apresentação de documentos que comprovem tal situação, neles devem incluir todas as receitas e ativos (líquidos e não líquidos) do requerente, após apresentada a documentação, a AAA irá decidir sobre a concessão ou não do benefício.¹⁷⁹

Importa-nos realçar que a iniciativa tida pela AAA não se encontra em outras instituições arbitrais, o que traz a questão do financiamento por terceiros.

¹⁷⁶ É de realçar que temos em Portugal o CNIACC que para além de ter custos reduzidos, há o financiamento público. Art.16.º do Regulamento do CNIACC

¹⁷⁷ GABARDO, Rodrigo Araújo – ob. cit., p. 37.

¹⁷⁸ *American Arbitration Association Affidavit for Waiver of Fees*, acessado em: <https://www.adr.org/sites/default/files/AAA%20Affidavit%20for%20Waiver%20of%20Fees%20Notice%20California%20Consumers.pdf>.

¹⁷⁹ Art.1284.3 do Código de Processo Civil da Califórnia, acessado em: <https://law.justia.com/codes/california/2018/code-ccp/part-3/title-9/chapter-3/section-1284.3/>.

3.1.2. O financiamento externo da arbitragem

3.1.2.1. Financiamento da arbitragem por terceiros – *third-party funding*

Para que se perceba o alcance deste tema, para o trabalho que nos propomos a fazer, acreditamos não ser necessário um estudo aprofundado sobre o *TPF*, por isso, daremos as noções básicas e falaremos das vantagens e desvantagens.

Relativamente ao início da atividade do financiamento de litígios por terceiras entidades, foram encontrados indícios da sua existência na Grécia Antiga, onde surgiram referências à prática da “*sykophanteia*”, ou no direito romano, onde o “*calumniator*” (aquele que inicia uma ação em nome de outrem) era alvo de censura. O fenómeno foi tendo mais visibilidade na Idade Média, à medida em que foram sendo desenvolvidas as teorias anglo-saxónicas da “*champerty and maintenance*”, de acordo com as quais era proibido a sustentação de uma ação por uma pessoa que não tivesse interesse nela (“*maintenance*”) ou por quem, além disso, pretendesse lucrar com essa ação (“*champerty*”)¹⁸⁰.

Porém, na sua configuração moderna, o fenómeno do financiamento de litígios por terceiros é considerado como tendo surgido nos finais dos anos noventa do século XX, desenvolvendo-se como uma forma de financiamento que ultrapassa os constrangimentos legais que se vinham impondo à dita “*champerty and maintenance*”.¹⁸¹

Atualmente, a prática do *TPF* é admitida expressamente em várias jurisdições, como a Austrália, Estados Unidos e Inglaterra e Gales.

A génese do financiamento da arbitragem por terceiros encontra-se na impossibilidade de uma das partes num litígio acorrer a todas as necessidades financeiras para promover e prosseguir uma demanda de que seja titular contra um terceiro. Mas não é só a impecuniosidade que justifica o aparecimento deste modelo de financiamento de litígios, também preocupações de gestão de tesouraria ou de aplicações de recursos financeiros podem tornar mais apetecível o recurso ao financiamento de litígios por terceiros.¹⁸²

É neste contexto que surge o modelo do negócio de financiamento de litígios por terceiros, originariamente surgido e difundido nos Estados Unidos no seio do contencioso judicial (“*litigation funding*”) nos finais do século passado, não só depressa se difundiu noutras jurisdições (Reino Unido, Austrália e Alemanha), como se tornou particularmente popular no domínio da arbitragem, especialmente na arbitragem comercial internacional.¹⁸³

¹⁸⁰ RADIN, Max – *Maintenance by Champerty*, 24 Californian Law Review, 1935, p. 48, apud HENRIQUES, Duarte Gorjão – “Third Party Funding” ou Financiamento de Litígios, in Revista da Ordem dos Advogados, Vol. III/IV, 2015, p. 581.

¹⁸¹ HENRIQUES, Duarte Gorjão – ob. cit., p.582.

¹⁸² *Idem*, pp. 574-575.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 575.

Quanto à definição e delimitação do que seja o *TPF* percebemos que existe na doutrina internacional um *mix* de ideias quanto ao mesmo, onde diferentes conceitos são dados, dependendo do país, ou do sistema jurídico vigente.

Optamos pela definição dada por Duarte Gorjão Henriques¹⁸⁴, que define como sendo uma fórmula segundo a qual uma parte num litígio recorre a uma entidade estranha à relação processual para que esta última lhe financie os custos da ação, avançando esta com o pagamento de preparos, custos, despesas e honorários de advogados e técnicos, contra uma participação nos resultados do processo caso a parte financiada saia vencedora e assumindo o risco de perda desse “investimento” caso o autor ou demandante veja o seu pedido sucumbir.

Importa-nos ver as vantagens e desvantagens do *TPF* na arbitragem.

Quanto às vantagens veremos apenas uma, a que diz respeito ao acesso à justiça.

Para José Miguel Júdice, o *TPF*, pelo menos ao nível da arbitragem, despontou para fazer face à sua complexidade crescente e aos custos cada vez maiores que importa¹⁸⁵. Ou seja, é uma das possibilidades criadas com o intuito de facilitar a alocação de recursos destinados à solução de litígios e à reivindicação de direito. No caso da arbitragem comercial, a qual atrai litígios que amontam a valores de causa relativamente elevados, o fundamento de que o *TPF* concede àqueles que não conseguem dar início ou suportar os encargos de manutenção de um processo em tribunal, um recurso fidedigno que lhes garanta o exercício dos seus direitos, ganha ainda mais força, já que torna a arbitragem acessível a um maior número de entidades que careçam de lhe recorrer.¹⁸⁶

Relativamente às desvantagens, encontramos primeiro o aumento da litigância sem mérito, ou seja, há uma tendência para a litigiosidade, mais específico para a proposição de mais ações às quais faltaré mérito¹⁸⁷.

Defendem os críticos¹⁸⁸ que, com a grande facilidade de captar investimento, investimento este que não terão de reembolsar aos *funders* em caso de decaimento do pedido, as entidades não se preocupam com o risco de perder a causa. Pretensões mais fracas, do

¹⁸⁴ HENRIQUES, Duarte Gorjão – ob. cit., p. 575.

¹⁸⁵ JÚDICE, José Miguel – *Some notes about third-party funding: a work in progress*, pp.56-57

¹⁸⁶ RIGNATI, Valentina – *Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration*, p. 506, acessado em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/19_Financiamento_Arbitragem/Frignati_-_ethical_implications_Arb_International_36_-2016-.pdf

¹⁸⁷ BEISNER, John/MILLER, Jessica/RUBIN, Gary, *Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States*, US Chamber Institute for Legal Reform, Outubro 2009, disponível em: <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdparty litigation financing.pdf>, citado por GONÇALVES, Alexandra Sofia Mendes – *Third Party Funding na Arbitragem Comercial*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018, Dissertação de Mestrado em Direito Forense e Arbitragem, p. 68.

¹⁸⁸ BEISNER, John/MILLER, Jessica/RUBIN, Gary – ob. cit., p. 5

ponto de vista dos fundamentos jurídicos, acabam por ser consideradas, uma vez que os financiados não terão que despende dos seus próprios recursos para manter o litígio, nem suportar os encargos do seu insucesso.¹⁸⁹

A segunda desvantagem é o controlo do processo pelo *funder*. A partir do momento em que o *funder* decide investir numa causa, ainda que não lhe seja cedido qualquer direito de ação pela parte financiada, este passa a ter um interesse direto na sua resolução, uma vez que a retribuição do capital que investe depende do seu sucesso. Portanto, não é inesperado que o *funder* queira exercer algum tipo de controlo sobre a questão do litígio, por forma a garantir que os seus interesses são acautelados.¹⁹⁰

Este exercício de controlo poderá tornar-se excessivo, tomando o *funder* uma posição decisória definitiva ao longo das várias etapas do processo. Poderá, ainda, quando a parte financiada lhe recorre antes da proposição de qualquer ação, querer determinar quem deve representar a parte em juízo¹⁹¹ ou o árbitro que competirá à parte nomear para a constituição do tribunal arbitral.¹⁹²

3.2. Análise do artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque

Alguns autores, como Marcel Carvalho, no seu estudo sobre a impecuniosidade das partes na convenção arbitral, trazem à tona a possibilidade de se encontrar uma solução para este problema ao analisar-se o artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque.

O autor defende que o ponto de partida para se chegar a uma solução uniforme (tendo em vista que não há uma solução uniforme na arbitragem para o problema), é a Convenção de Nova Iorque, o instrumento responsável pela criação do quadro legal sob qual a arbitragem internacional se encontra hodiernamente. Nas palavras de Gary Born¹⁹³, a Convenção de Nova Iorque é tida como “cornerstone” da arbitragem internacional.

O artigo II (3) da Convenção prevê que “*The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed*” (ênfase nosso).

¹⁸⁹ SHAHDADPURI, KHUSHBOO HASHU, Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory, Kluwer Law International, vol. 12, n.º2, 2016, p.86.

¹⁹⁰ Ethics Committee of the Commercial and Federal Litigation Section of the New York State Bar Association, Report on the Ethical Implications of Third-Party Litigation Funding, p.9-10.

¹⁹¹ *Idem*, p.10.

¹⁹² GONÇALVES, Alexandra Sofia Mendes – ob. cit., p.71.

¹⁹³ BORN, Gary - ob. cit., p.103.

Daí surgir a questão: a impecuniosidade da parte litigante, pode ser enquadrada dentro das exceções? Se sim, em qual delas, nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade¹⁹⁴?

Ao olharmos para os trabalhos preparatórios da Convenção¹⁹⁵, estes não demonstram que houve uma discussão sobre o que realmente significa os termos “*null and void, inoperative and incapable of being performed*”¹⁹⁶. A Convenção, originalmente não continha esta previsão, foi redigida por Pieter Sanders quando as sessões para discussão já estavam a ser realizadas¹⁹⁷.

A primeira questão que é colocada é de saber se existem diferenças significativas entre cada uma dessas situações.

Foi sugerido que, para a maior parte dos casos, quaisquer diferenças existentes seriam imateriais, pois o resultado que advém destas seria igual, independentemente da defesa usada¹⁹⁸. O que não nos parece correto.

Se for feita uma melhor avaliação, pode-se perceber que estas três exceções se podem distinguir por uma escala de gravidade dos efeitos decorrentes, sendo a nulidade a mais gravosa – e levando a consequências diretas, e a inexecutabilidade sendo a menos gravosa¹⁹⁹.

Começaremos por analisar as exceções a nível internacional e depois a nível nacional.

A exceção da nulidade aplica-se aos acordos intrinsecamente defeituosos, nos quais o consentimento das partes foi de alguma forma viciado desde o princípio. Esta exceção abrangeria, por exemplo, casos de coação, incapacidade, erro, inconsciência, entre outros. Importa salientar que devido à autonomia da convenção arbitral face ao contrato em que se encontra, tais objeções, anteriormente referidas só se aplicam se aplicáveis à própria

¹⁹⁴ Usaremos os termos contidos na LAV para nos referirmos à null and void (nulidade), inoperative (ineficácia), *incapable of being performed* (inexecutabilidade).

¹⁹⁵ *United Nations Economic and Social Council, United Nations Conference on International Commercial Arbitration: Summary Record of the Ninth Meeting*, at 2, E/CONF.26/SR.9 (26 May 1958).

¹⁹⁶ Se formos a reparar, a Lei Modelo da UNCITRAL, que contém, no seu artigo 8, n.º1 estipulação igual à da Convenção de Nova Iorque, no que toca à essas exceções: “*A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed*”, nos seus trabalhos preparatórios também não inclui uma explicação sobre estes termos. UNCITRAL, *Travaux Préparatoires: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 312th Meeting, XVI Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law (1985), p. 426

¹⁹⁷ SANDERS, Pieter – *The making of the Convention', in Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects*, United Nations, 1999, pp.3-4.

¹⁹⁸ PRYLES, Michael - *'The Kaplan Lecture 2009: When is an Arbitration Agreement Waived?*, 27th Journal of International Arbitration, 2010, pp.105-108.

¹⁹⁹ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. cit., p.133.

convenção, e não ao contrato²⁰⁰, o que ajuda a explicar o porquê deste argumento específico não ser levantado com frequência.

Sem entrarmos na complexa questão de saber se os juízes ou árbitros devem ou não aplicar esta exceção, mas admitindo que a exceção de nulidade aceita situações como coação, fraude, etc., poder-se-ia pensar, por relance, que a situação de impecuniosidade pode ser enquadrada nesta exceção.²⁰¹

A questão da impecuniosidade não é, em si mesma, fundamento para contestar a validade da convenção de arbitragem, pelo contrário, é um passo em direção ao verdadeiro fundamento, que pode ser coação ou outras situações ao abrigo da questão da nulidade. Para além do facto de que a questão da nulidade pressupõe problemas que já existiam no momento em que a convenção de arbitragem foi celebrada²⁰², e por esse facto, não se pode aplicar a impecuniosidade num caso em que esta seja superveniente (que é o caso que estamos a estudar).

No ordenamento jurídico português, a convenção de arbitragem é tida como nula quando está viciada na origem por violar qualquer dos requisitos de validade estabelecidos nos artigos 1.º e 2.º da LAV, em conformidade com o que é estatuído no art.3.º.²⁰³

Relativamente à exceção de ineficácia (*inoperative*), está relacionada com as circunstâncias em que a convenção não é intrinsecamente inválida, mas que se tornou devido às ações subsequentes de uma ou mais partes²⁰⁴. Por exemplo, nos casos em que as partes modificam a convenção *a posteriori*, ou se uma das partes intenta ação (relativa ao contrato) nos tribunais estaduais e a contraparte não se opõe a mesma, afastando assim a convenção arbitral. É defendido também que esta exceção pode ser aplicada em situações de caso julgado, ou seja, em que a ação já foi apreciada por outro tribunal arbitral.²⁰⁵

A exceção da ineficácia, por ser uma exceção que lida especificamente com situações consideradas permanentes, não nos parece que se aplica à impecuniosidade. Por exemplo, a renúncia ou remoção da convenção arbitral através da alteração posterior do contrato, isso irá pôr termo à obrigação de levar a arbitragem os eventuais conflitos, de forma permanente. O que nesse caso, para a “criação” de uma nova obrigação de arbitrar, ambas

²⁰⁰ Art.18.º n.º3 da LAV; cfr GOUVEIA, Mariana França - Curso de Resolução Alternativa de Litígios, cit., p.135.

²⁰¹ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. cit., p.133.

²⁰² BERG, Albert Jan van den – *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Wolters Kluwer, 1981, p.156.

²⁰³ BARROCAS, Manuel Pereira – **Lei da Arbitragem Comentada**, Almedina, Coimbra, 2013, p.49.

²⁰⁴ LAMM, Carolyn B/ SHARPE, Jeremy K – *Inoperative Arbitration Agreements under the New York Convention*, in GAILLARD, Emmanuel/ PIETRO, Domenico Di – ob. cit., pp.297-300.

²⁰⁵ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. cit., p.134

as partes teriam de concordar com uma nova convenção arbitral, que não deve ser confundida com a original. A situação descrita é diferente da impecuniosidade, que a princípio é apenas temporária, porque a parte que agora se encontra impecuniosa, um dia pode encontrar-se numa situação financeira melhor, pelo que a situação de impecuniosidade não se aplica à exceção de ineficácia.²⁰⁶

Manuel Barrocas, sobre a ineficácia da convenção arbitral, diz-nos que não se está propriamente no âmbito da validade. O ato é originariamente válido, mas no decurso do tempo perdeu os seus efeitos, dando o mesmo exemplo que acima trouxemos, sobre a revogação da convenção, ou a mesma ter caducado, ou celebrada a título condicional, etc. diz-nos ainda que é importante o juiz interpretar o teor da convenção de arbitragem e concluir se o seu objeto, ou seja, o litígio, é juridicamente relevante e suscetível de ser resolvido, ou se a convenção de arbitragem é eficaz, designadamente por ser oportuna ou ainda oportuna a resolução do litígio. Sendo certo que a manifesta inexistência de um litígio ou a sua resolução definitiva em momento anterior poderão constituir, entre outros, casos de ineficácia por inutilidade superveniente.²⁰⁷

Relativamente à exceção de inexecutabilidade (*incapable of being performed*), esta é aplicável aos casos em que, embora a convenção arbitral seja válida, esta não pode ser aplicada²⁰⁸ por situações específicas que estavam em vigor na altura em que o requerente pretendia instaurar a ação em tribunal arbitral.²⁰⁹ Esta exceção é aplicada nos casos em que, por exemplo, foi nomeado um árbitro aquando da celebração da convenção arbitral, e quando o árbitro é chamado para a constituição de tribunal arbitral, este recusa participar no processo.

A importante distinção desta exceção é que, a situação a qual torna a convenção arbitral inexecutável, é temporária, assim, o efeito sobre a convenção arbitral só vai durar enquanto a própria situação existir.

Marcel Cardoso traz à análise um caso, “*The Rena K*”²¹⁰, onde o autor apresentou um pedido de suspensão da ação alegando que, se ele eventualmente perdesse no processo, não teria dinheiro para pagar o total dos custos. O Tribunal distinguiu duas situações, as fases iniciais do processo arbitral e a fase pós-sentença, decidindo que a exceção da

²⁰⁶ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. cit., p. 134.

²⁰⁷ BARROCAS, Manuel Pereira – ob. cit., p.50.

²⁰⁸ BERG, Albert Jan van den – ob. cit., p.159.

²⁰⁹ KRÖLL, Stefan – *The “Incapable of Being Performed” Exception in Article II (3) of the New York Convention*, in GAILLARD, Emmanuel/ PIETRO, Domenico Di – ob. cit., p.328.

²¹⁰ Pode ser encontrado em: http://seafarersrights.org/wp-content/uploads/2014/11/NZL_CASE_THE-RENA_2001_ENG.pdf.

inexequibilidade, ao abrigo da Convenção de Nova Iorque (que foi incorporada pela Lei da Arbitragem inglesa de 1975 – em vigor), referia-se apenas à primeira situação – na fase inicial do processo. O tribunal justificou o seu entendimento alegando que a finalidade desta disposição era, precisamente, de permitir que o processo arbitral “seguisse” o seu curso até que uma decisão fosse tomada, assim, a insuficiência de meios económicos para pagar a fase da sentença não podia afetar retroativamente a arbitragem na fase inicial. O caso não lida diretamente com a questão da impossibilidade de pagamento das custas arbitrais, contudo, ilumina quanto a questão de que a impecuniosidade, numa fase inicial do processo, ou pré-processo, pode cair no escopo desta exceção.²¹¹

Sobre a inexequibilidade no ordenamento jurídico português, importa constatar que, quanto aos efeitos, ela pode apresentar semelhanças com a nulidade, dado que a nulidade da convenção de arbitragem determina a sua inexequibilidade. Simplesmente, inexequibilidade no sentido do preceito legal sob comentário, pretende ir além do mero efeito de nulidade e representar uma figura autónoma.²¹²

Será, certamente, inexequível uma convenção de arbitragem que vise, por exemplo, resolver um litígio relativo a bens localizados fora do espaço terrestre, mas certamente que a convenção de arbitragem também seria, neste caso, nula, por objeto impossível.²¹³

A inexequibilidade traduz uma situação de impossibilidade de facto para cumprir a convenção de arbitragem que, todavia, é válida e vinculativa. A situação de inexequibilidade pode resultar de ausência insanável de inteligibilidade em geral ou de impossibilidade fática de execução.²¹⁴

Na tentativa de solucionar o problema aplicando o artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque, Marcel Cardoso, no seu estudo, decidiu analisar se as soluções propostas²¹⁵ - autonomia das partes, acesso à justiça e princípio da competência-competência, eram apoiadas ou possivelmente enquadradas nesta Convenção.

Como mencionado no capítulo anterior, a tensão existente entre as soluções substantivas deve-se a disparidade entre dois princípios: autonomia das partes e garantia de acesso a um fórum próprio para resolução dos litígios. O autor põe a questão em outras palavras, perguntando se se deve dar mais importância à natureza contratual da arbitragem ou a sua natureza instrumental, como meio de resolução de litígios.²¹⁶

²¹¹ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. cit., p.135.

²¹² BARROCAS, Manuel Pereira – ob. cit., p.50.

²¹³ *Idem*, p.50.

²¹⁴ *Ibidem*, p.50.

²¹⁵ Vide subcapítulo 2.7. sobre os efeitos da impecuniosidade.

²¹⁶ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. cit., p.135.

Efetivamente, são-nos trazidas duas opções, em que a primeira versa sobre uma interpretação sistemática da Convenção, em que o artigo II (3) deve ser analisado conjuntamente com o artigo V (1)(a)²¹⁷, que refere que, na falta de uma escolha expressa das partes, a convenção de arbitragem será regida pela *lex arbitri*. Esta solução tem a vantagem de a lei que vai reger a arbitragem quer na fase pré-arbitral quer na fase da sentença, ser a mesma. Mas, neste ponto de vista, a solução irá variar de acordo com a *lex arbitri* do Estado em causa, não trazendo assim uma resposta uniforme.

A outra alternativa seria ter a Convenção como instrumento para uniformização, preferindo uma interpretação autónoma das suas previsões. Assim, o artigo II (3) seria visto como uma regra autónoma sobre jurisdição, com o seu próprio padrão internacional, sem dar atenção a lei escolhida pelas partes ou a *lex arbitri*. Esta solução assemelhar-se-ia à solução jurisdicional (centrada na competência-competência) – adotada por França. No entanto, esta solução tem duas desvantagens, primeiro, sujeita a convenção arbitral a dois regimes diferentes, um na fase pré-arbitral e outro na fase do reconhecimento da sentença. Segundo, continuaria a falhar em dar a resposta ao problema central. Os tribunais recusar-se-iam a apreciar a questão, remetendo as partes a um tribunal arbitral, que poderia nunca vir a ser constituído, precisamente pela falta de fundos.²¹⁸

Numa tentativa de responder de forma uniforme ao problema, tentemos analisar o objeto e a finalidade da Convenção, como exigido pelo art.31 n.º1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Os redatores tinham como objetivo primordial fomentar a arbitragem internacional e criar um regime favorável à execução de sentenças arbitrais. A criação de normas para reconhecimento e aplicação de convenções arbitrais foi visto como um dos pré-requisitos para permitir que as partes chegassem a uma sentença arbitral, motivo pelo qual foi redigida tal previsão. Portanto, a regra predefinida pela Convenção de Nova Iorque, é de aplicar a convenção arbitral, exceto quando uma (ou mais) de entre um número muito limitado de exceções. A utilização de termos amplos como “*null and void, inoperative and incapable of being performed*”, foi com o intuito de permitir a aplicação dos mesmos em Estados diferentes sem que se conduzisse a uma interpretação ampla.²¹⁹

²¹⁷ “Artigo V - 1 — O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova:

a) Da incapacidade das Partes outorgantes da convenção referida no artigo II, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou da invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as Partes a sujeitaram ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença;”

²¹⁸ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. Cit., p.136.

²¹⁹ BERG, Albert Jan van den – ob. cit., p.155.

Acreditamos que deveria ter sido feito o contrário, as exceções deveriam ter sido construídas de forma a que a sua interpretação fosse feita de forma restrita, tendo em conta a política subjacente da Convenção a favor da aplicação da lei.²²⁰

A questão da interpretação em termos amplos, dependendo do Estado que vai aplicar serve para questões de arbitragem doméstica, em que existe uma lei nacional que ajuda a interpretar estas exceções, como é o caso de Portugal, mas tal cenário não se vai verificar em arbitragens internacionais em que as partes evitam os tribunais estaduais.

Assim, a abordagem apropriada seria a que melhor serve os objetivos da Convenção, mas como referido anteriormente, não está claro qual a solução substantiva aplicável, se a que reforça a convenção ou a que reconhece a sua inexecutabilidade.

Por outro lado, se se forçar a aplicação da convenção arbitral sobre uma parte impecuniosa, esta poderá não ter um fórum para ver os seus problemas resolvidos, e isto também prejudicará a arbitragem, na medida em que as partes com condições financeiras poderão usar as convenções arbitrais para tirar proveito das partes impecuniosas, ou mesmo não cumprir com as suas obrigações sabendo que a outra parte não tem meios para aceder à justiça.²²¹

3.2.1. Limitações à solução proposta

Ao propormos a aplicação da exceção da inexecutabilidade torna-se necessário averiguar o que os Tribunais podem ter em mente quando decidam quer pela aplicação da convenção arbitral, quer pelo afastamento da mesma por impecuniosidade.

Primeiro, acreditamos que é importante que o Tribunal perceba se a impecuniosidade da parte é *ex ante* ou *ex post*, ou seja, se a parte já era impecuniosa quando celebrou a convenção arbitral, ou se se tornou.

Se a impecuniosidade já existia aquando da celebração da convenção arbitral, estaremos perante uma situação de invalidade, i.e., se a convenção esteve viciada desde o início. A parte que busca o afastamento da convenção teria de invocar e provar que houve erro, dolo, coação, entre outros. Por isso, embora a impecuniosidade pudesse desempenhar um papel nessas alegações, seria apenas algo acessório para o real motivo que se enquadra na realidade, na exceção de nulidade.²²²

Nos casos em que a parte é impecuniosa no momento da celebração da convenção, o Tribunal deve analisar o histórico das partes e as circunstâncias em que se encontravam

²²⁰ BERG, Albert Jan van den – ob. cit., p.155

²²¹ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. cit., p. 7

²²² *Idem*, p. 7

aquando da preparação ou discussão sobre a cláusula, para saber se a convenção foi injusta. Mas se a parte estava consciente da sua situação financeira, e mesmo assim decidiu celebrar a convenção arbitral, ela assumiu, desde o princípio, o risco de não estar apto financeiramente para recorrer a um tribunal arbitral. Não nos podemos olvidar que a convenção arbitral tem uma natureza dualística – contratual e jurisdicional – e esta solução proposta tenta proteger ao máximo estas naturezas, portanto, a parte sabia da sua condição financeira no início, e não se pode aproveitar dessa mesma situação para no futuro afastar a convenção de arbitragem.²²³

Situação diferente é quando a parte se torna impecuniosa após a celebração da convenção arbitral. Neste caso, não se questiona a validade da convenção arbitral, pelo contrário, a parte já pode alegar a exceção da inexecutabilidade da convenção, como tratado acima. No que diz respeito à alegação e prova, cabe a parte que alega a impecuniosidade, provar.²²⁴

A questão seguinte a ser considerada para decidir se a impecuniosidade torna a convenção de arbitragem inexecutável ao abrigo do artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque, tem duas vertentes:

- (i) Se a parte beneficia de apoio judiciário nos tribunais estaduais, ou seja, se efetivamente poderia defender o seu caso perante um juiz, independentemente da sua situação financeira;
- (ii) Se a parte impecuniosa procurou financiamento para prosseguir pela via arbitral.

Quanto à alínea (i), se a razão de não obrigação de aplicação da convenção arbitral é que, ao fazer isso, far-se-ia com que a parte impecuniosa fosse privada do acesso à justiça, então, é lógico que esta parte deve mostrar que não teria o mesmo problema nos tribunais estaduais. Pois, se a parte não consegue nem aceder aos tribunais estaduais, não faria muito sentido afastar a convenção.²²⁵

Assim, como foi referido no capítulo anterior, é imperioso que a parte prove que ou os tribunais estaduais são mais acessíveis que os arbitrais, ou que nos tribunais estaduais esta beneficiaria de apoio judiciário. Situação completamente diferente é a que acontece na arbitragem de consumo, que é praticamente gratuita.

²²³ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. cit., pp.7-8.

²²⁴ *Idem*, p.8.

²²⁵ *Ibidem* p.8.

A parte (alegadamente) impecuniosa deve mostrar ao Tribunal se tentou procurar mecanismos de financiamento alternativo, tais como o TPF²²⁶. Atentemos que este requisito não é imperioso, valendo apenas a “intenção”, porque o TPF não é fácil de conseguir. Existem valores mínimos para que haja o financiamento, o *funder* precisa analisar o caso e perceber se há chances de ganhar.

De seguida, importa analisar se a parte impecuniosa é o autor ou o réu, uma vez que surgem diferentes questões dependendo da sua posição.

Se o autor é a parte impecuniosa, será necessário fazer análise dos pontos já abordados:

- (i) Saber se a impecuniosidade é *ex ante* ou *ex post* a convenção arbitral;
- (ii) Se a impecuniosidade for *ex ante*, analisar se a parte teria acesso aos tribunais arbitrais, quer por via de apoio judiciário, quer porque os custos são inferiores.

A situação muda quando a parte impecuniosa é o réu, isto porque algumas regras das instituições arbitrais, ou mesmo leis de arbitragem nacionais, permitem que uma das partes substitua a outra no pagamento das custas e taxas processuais. Assim, se o autor tiver fundos suficientes, poderá pagar a parte que diz respeito ao réu. O autor não é obrigado a tal, trata-se de uma prerrogativa.²²⁷

É possível, também, que as partes incluam na convenção uma disposição que obrigue a parte contrária a financiar todo o processo, caso uma delas se torne impecuniosa.²²⁸

Ponto seguinte é saber se a impecuniosidade torna uma convenção automaticamente inaplicável, ou se a parte sem meios financeiros deve expressamente alegar a questão.

Primeiro, não se deve confundir esta situação com a situação de renúncia, ou seja, quando parte de uma convenção de arbitragem intenta uma ação nos tribunais estaduais e a parte contrária não levanta a exceção de preterição de tribunal arbitral, tal atitude é considerada renúncia à obrigação de arbitrar²²⁹.

O que se está a analisar agora é diferente, se a impecuniosidade for considerada como afetando, *ipso iure*, a convenção arbitral, a vontade das partes é irrelevante, e os efeitos de tal decisão irão operar independente e automaticamente.²³⁰

²²⁶ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm – ob. cit., p. 9.

²²⁷ *Idem*, p.9.

²²⁸ *Ibidem*, p.9.

²²⁹ Art. 5.º n.º1 da LAV. – vide GOUVEIA, Mariana França – ob. cit., p.182.

²³⁰ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm - ob. cit., p.10.

Segundo a solução uniforme proposta, tendo em conta que a solução favorável é aquela que combina tanto a ponderação da natureza contratual como a jurisdicional da convenção de arbitragem, na medida do possível, a abordagem correta, a nosso ver, é que a questão da impecuniosidade seja alegada pela parte. É por isso que todas as possibilidades de dar efeito à convenção de arbitragem devem ser consideradas antes de a declarar inexecutável.²³¹

Por último, resta-nos ver se a impecuniosidade afeta a convenção de arbitragem apenas para o caso imediato, ou se estende os seus efeitos a futuras disputas. Assim, se a impecuniosidade é *ex ante*, a questão que se coloca é de validade, e a convenção pode ser declarada nula, onde a impecuniosidade foi apenas um “alerta” para o verdadeiro motivo de não aplicação da convenção. Então, a não ser que as partes assinem uma nova convenção de arbitragem, quaisquer litígios futuros decorrentes do contrato terão de ser apresentados a um tribunal estadual. Contudo, se a impecuniosidade for *ex post*, e a convenção de arbitragem for considerada inexecutável (pela análise acima proposta), os litígios eventuais poderão ser levados aos tribunais arbitrais se a situação financeira da parte mudar.²³²

3.3. Qualificação civil

Como referimos na introdução do presente capítulo, na busca por uma resposta à questão-chave, alguns autores, como Joaquim Shearman Macedo, procuraram a solução dentro do ordenamento jurídico, mais especificamente no âmbito do direito civil.

A jurisprudência nacional hesita na qualificação civil do afastamento da convenção arbitral por insuficiência, variando entre a impossibilidade superveniente de cumprimento e a alteração posterior de circunstâncias.²³³

O Ac. do STJ de 18 de Janeiro de 2000, Processo 99A1015, relatado por Aragão Seia²³⁴, após averiguar a questão da constitucionalidade e concluir em termos semelhantes ao Ac. 311/2008 do TC, aborda o tema civil da qualificação e da impossibilidade, elegendo claramente a opção da impossibilidade de cumprimento. Fazendo referência expressa ao disposto no artigo 790.º, n.º1 do CC, o STJ entende que tratamos antes de uma impossibilidade de pagamento das despesas de constituição e funcionamento do Tribunal Arbitral, ou seja, a impossibilidade de satisfazer uma obrigação acessória da obrigação (ou

²³¹ CARDOSO, Marcel Carvalho Eengholm - ob. cit., p.10.

²³² *Idem*, p.11.

²³³ MACEDO, Joaquim Shearman de – ob. cit., p.243.

²³⁴ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/312408c5e5637f97802569f20059b182?OpenDocument>.

vinculação) principal adveniente da celebração da convenção de arbitragem. O sentido interpretativo extraído pelo STJ da suprarreferida norma, permite que uma parte se exima à vinculação à jurisdição arbitral sempre que e só quando, por facto que não lhe seja imputável, a mesma se veja na impossibilidade de suportar os custos da Arbitragem, ou seja, nos precisos termos e condições predispostos no art.790.º do CC.²³⁵

De seguida temos o Ac. do TRL de 17 de Janeiro de 2006, onde o Tribunal entendeu que a carência superveniente de meios não culposa (no caso, a parte em apreço havia sido declarada falida) consubstancia uma alteração posterior das circunstâncias em que foi contratada a convenção arbitral, a qual possibilita o recurso aos tribunais comuns. O caso tratava de um agravo de uma decisão que havia julgado procedente a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral voluntário.²³⁶

Podemos perceber assim que a aplicação de um ou de outro regime tem sido prática comum nos nossos tribunais, por isso, nos propusemos a analisar ambos regimes.

3.3.1. Impossibilidade superveniente

Encontramos no CC, Livro II, Título I, Secção II, Subsecção I, a impossibilidade do cumprimento, e como referimos supra, em alguns casos os tribunais portugueses “sentem a necessidade” de qualificar civilmente o afastamento da convenção arbitral por causa da impecuniosidade da parte na convenção arbitral, e alguns deles qualificam como sendo impossibilidade superveniente.

Na língua portuguesa, consoante o dicionário, impossibilidade significa a “qualidade ou carácter de impossível”, é “que ou o que não pode ser, existir ou acontecer”²³⁷.

De tal sentido, não destoa a expressão do Direito das Obrigações. Impossível, nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é a prestação que, no curso do desenvolvimento da relação obrigacional, encontra um obstáculo invencível, o qual impede, o devedor, de cumpri-la²³⁸. É, segundo Antunes Varela, a prestação que, inicialmente possível, se torna de realização inviável.²³⁹

²³⁵ MACEDO, Joaquim Shearman de – ob. cit., p.227.

²³⁶ *Idem*, p.228.

²³⁷ HOUAISS, Antônio/ VILLAR, Mauro de Salles – Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.1055.

²³⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de – Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Resolução de acordo com o novo Código Civil, Rio de Janeiro: Aide, 2004, p.96.

²³⁹ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em geral, Vol. II, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2017, p.67.

Vamos, neste subcapítulo, tratar especificamente sobre a impossibilidade superveniente da prestação. O obstáculo que se põe entre a prestação e o seu adimplemento ocorre, pois, após a constituição do vínculo obrigacional²⁴⁰. Isto é, no momento da formação da obrigação, era a prestação possível; portanto, válido o negócio jurídico.^{241 242}

Encontramos no artigo 790.º do CC a disposição sobre a impossibilidade superveniente. Uma impossibilidade que ocorre após a celebração do convénio e que vem extinguir a obrigação que daquele decorria para uma ou ambas as partes.

A impossibilidade superveniente só tem a virtualidade de extinguir a obrigação de devedor quando a sua verificação não lhe seja imputável.²⁴³

Analisemos então se se pode aplicar este instituto jurídico, porque, relativamente à superveniência, nos parece claro que seja aplicável, vejamos então se se trata de impossibilidade nos termos do n.º1 do 790.º, e se sim, se é impossibilidade subjetiva ou objetiva, definitiva ou temporária.

Para a compreensão da classificação entre a impossibilidade objetiva e a subjetiva, trata-se do local da impossibilidade: se no objeto da prestação ou no devedor desta; ou, ainda, se em ambos.²⁴⁴

Objetiva, primeiramente, tem-se como a impossibilidade que atinge o objeto mediato – o conteúdo da prestação – de uma determinada relação jurídica obrigacional. Em que pese embora o devedor ainda possa cumpri-la e o credor ainda possa recebê-la, o objeto, em si, torna-se impossível de ser prestado – por questões naturais e físicas.²⁴⁵

Por sua vez, a subjetiva diz respeito à impossibilidade que atinge o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional – o devedor.²⁴⁶ Ocorre quando o devedor se torna supervenientemente impossibilitado de cumprir a prestação, ainda que possível se encontre o respetivo objeto mediato do vínculo.²⁴⁷

Relativamente a esta primeira classificação, podemos considerar que seria impossibilidade subjetiva, por, obviamente, ser relativa ao devedor, que se encontra

²⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes – Tratado de Direito Civil, Tomo IX: Direito das Obrigações, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2017, p.330.

²⁴¹ CORDEIRO, António Menezes – Direito das Obrigações, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1986, p.169.

²⁴² SILVEIRA, Priscila Borges da/ CACHAPUZ, Maria Cláudia – Reflexões Contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações, in Revista Jurídica Luso-Brasileira n.º 4, Ano 5, 2019, pp. 1423-1427.

²⁴³ MACEDO, Joaquim Shearman de – ob. cit., p.227.

²⁴³ *Idem*, p.237.

²⁴⁴ SILVEIRA, Priscila Borges da/ CACHAPUZ, Maria Cláudia – ob. cit., p.1433.

²⁴⁵ BETTI, Emilio – *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, Trad. José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p.49.

²⁴⁶ VARELA, João de Matos Antunes – ob. cit., p.68.

²⁴⁷ SILVEIRA, Priscila Borges da/ CACHAPUZ, Maria Cláudia – ob. cit., p.1434.

impecunioso e não consegue levar o processo a Tribunal Arbitral. Em abono deste entendimento está a transmissibilidade entre vivos da posição jurídica na convenção de arbitragem designadamente através de cessão da posição contratual (quer esta se apresente como compromisso arbitral quer sob a forma de uma cláusula compromissória), cessão de créditos ou assunção liberatória de dívida. Em qualquer caso, o devedor sempre se poderia fazer substituir por terceiro no pagamento dos custos da arbitragem.²⁴⁸

A impossibilidade pode também ser caracterizada como definitiva ou temporária. Apenas a primeira diz respeito, efetivamente, à doutrina da impossibilidade das prestações. Se temporária, a impossibilidade superveniente de determinada prestação – ainda que no curso do desenvolvimento do vínculo – é possível se pressupor que ainda há como cumprir a obrigação, podendo apenas se pressupor a oportunidade de um congelamento provisório da prestação.²⁴⁹

Definitiva, nessa medida, é a impossibilidade da prestação que não mais se converterá em possível, inclusive para os fins normativos do art.475º, primeira parte, por inutilidade da prestação ao credor.²⁵⁰

Em primeiro lugar, certamente que uma alteração dos meios, ou da fortuna do devedor, é ou deve ser considerada como um facto temporário, desde que não tenha na sua génese facto jurídicos ou naturais dos quais decorra a forte probabilidade do devedor não poder vir a alcançar nova e melhor fortuna. Por exemplo, nos casos de incapacidade física definitiva e absoluta, perante proibição legal do exercício da respetiva atividade profissional ou comercial ou, entre outros, perante a respetiva declaração de insolvência, sem que haja sido submetido ou aprovado qualquer plano de recuperação.

Assim, a mera incapacidade de prover os custos de um processo arbitral, mesmo que o devedor se encontre nas condições legais previstas para a concessão de apoio judiciário, não pode ser considerada um facto definitivo.²⁵¹

Por último, importa averiguar se o facto se tornou efetiva e verdadeiramente impossível, quer física quer legalmente. A este respeito, vale a pena referir que o facto de o cumprimento se ter tornado extraordinariamente oneroso ou excessivamente difícil (a *difficultas praestandi*), não acarreta a extinção da obrigação por impossibilidade. Acresce que esta dificuldade e onerosidade excessiva advêm, em regra, de circunstâncias externas ao devedor, mas relacionadas com a prestação.²⁵²

²⁴⁸ MACEDO, Joaquim Shearman de – ob. cit., p. 237.

²⁴⁹ SILVEIRA, Priscila Borges da/ CACHAPUZ, Maria Cláudia – ob. cit., p.1435.

²⁵⁰ WAYAR, Ernesto C – *Derecho civil: obligaciones*, Vol. 1, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, p.511.

²⁵¹ MACEDO, Joaquim Shearman de – ob. cit., p. 237.

²⁵² *Idem*, p. 238.

Por outro lado, mas mais importante, o facto é assente que a mera falta de liquidez ou até a insolvência do devedor não pode se considerar como impossibilidade da prestação. Entendemos, assim, que não se verifica *in casu* uma impossibilidade que conduza à extinção da vinculação a uma convenção de arbitragem.

3.3.2. Alteração das circunstâncias

O regime legal da resolução ou modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias encontra-se genericamente previsto nos artigos 437º e seguintes do Código Civil.

Do ponto de vista jurídico, uma alteração anormal das circunstâncias corresponde a uma modificação anómala e superveniente do contexto em que as partes decidiram contratar, que torna inexigível à parte afetada pela alteração o cumprimento do contrato, conferindo-lhe o direito de o resolver ou modificar, segundo juízos de equidade²⁵³.

Na doutrina e jurisprudência atuais, fala-se mais em “base do negócio”, apesar da diferença de formulação, esta expressão e “circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar” (ou de negociar) são exatamente o mesmo. Ambas correspondem à expressão alemã *Geschäftsgrundlage*. São aquelas circunstâncias que comumente levaram as partes a contratar, e a contratar de certa forma. Fazem com que o contrato seja o que é, de modo que seria injusto manter as partes vinculadas se essas circunstâncias sofressem uma modificação essencial.²⁵⁴

O art.437º estabelece condições de admissibilidade de modificação ou resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias, os quais podem ser divididos em elementos de cariz positivo e negativo.

Na primeira classificação, inserem-se três, a saber, as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, o facto de terem sofrido uma alteração anormal (excecional/imprevisível) e a exigência de que sejam afetados de forma grave os princípios da boa-fé. Na segunda categoria, exige-se, para a aplicação do preceito, que a alteração não

²⁵³ALBANO, Pedro Carreira – COVID-19, Impacto do Estado de Emergência nos Contratos Cíveis, disponível em: https://www.paresadvogados.com/xms/files/Nota_Informativa__Covid_19__Impacto_do_Estado_de_Emergencia_nos_Contratos_-4976099_1-.PDF.

²⁵⁴ASCENSÃO, José Oliveira de – Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil, pp. 2-3, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>.

esteja coberta pelos riscos próprios do contrato²⁵⁵. Estes elementos enunciados resultam diretamente da leitura do preceito.

Estes requisitos são de aplicação cumulativa.

As circunstâncias que sofreram a alteração anormal ou imprevisível são, necessariamente, aquelas que serviram de base à decisão de contratar, i.e., que constituam a base do negócio, que sejam objetivas e comuns a todos os contraentes.²⁵⁶ A alteração deve dizer respeito ao circunstancialismo que rodeie o contrato, objetivamente tomado como tal, isto é, como encontro de duas vontades.²⁵⁷

O acontecimento em si mesmo considerado pode assumir alguma previsibilidade, mas é necessário que a alteração do contrato seja imprevisível.

O princípio da boa fé, no que respeita à alteração das circunstâncias, apresenta-se não só como uma baliza, mas também como um elemento intrínseco necessário à sua aplicação. Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, como por exemplo, o brasileiro, no direito português a alteração das circunstâncias não se autonomizou do conceito de boa-fé. A boa fé introduz uma exigência de efetivo desequilíbrio nas prestações, ou seja, não basta que as situações sejam anormais ou imprevisíveis, é necessário que assumam um impacto real no equilíbrio das prestações, para além dos desequilíbrios tolerados pelo ordenamento jurídico a que, acima, nos referíamos, ou seja, é necessário que ultrapasse o risco normal do contrato e que desequilibre a estabilidade contratual.²⁵⁸

Convém adequar cada requisito à situação sob análise. Relativamente ao primeiro requisito, na celebração de uma convenção arbitral, máxime se se tratar de uma cláusula compromissória, não repugna a ideia de se considerar como entendimento-pressuposto dos respetivos outorgantes a possibilidade efetiva de obter a tutela jurídica dos seus direitos através do acionamento do tribunal arbitral, assente num juízo relativo à suficiência de meios financeiros para o efeito. Por esta razão, propendemos para considerar que a disponibilidade de meios para desencadear a arbitragem faz parte integrante da base objetiva²⁵⁹ causal do negócio jurídico autónomo que constitui a convenção de arbitragem.²⁶⁰

²⁵⁵ LIMA, Pires/ VARELA, Antunes - Código Civil Anotado, Vol. I, 4ª ed. Revista e atualizada, Coimbra, p.413, citado por LUÍS, Sandra dos Reis – A alteração anormal das circunstâncias: o artigo 437º do Código Civil e a situação pandémica: reflexos contratuais, in *Julgar* online, 2020, pp.4-5.

²⁵⁶ *Idem*, p.5.

²⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil, IX Vol., Coimbra, 2014, p.321.

²⁵⁸ LUÍS, Sandra dos Reis – ob. cit., p. 6.

²⁵⁹ “relativamente ao primeiro pressuposto, dele resulta que apenas são relevantes as alterações de circunstâncias efetivamente existentes à data da celebração do contrato, e que tenham sido causais em relação à sua celebração pelas partes (a determinada “base do negócio objetiva”); cfr. LEITÃO, Manuel Teles de Menezes – Direito das Obrigações, Vol. II, 2ª ed., Almedina, p. 129.

²⁶⁰ MACEDO, Joaquim Shearman – ob. cit., p.239.

O segundo requisito é que as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tenham sofrido uma alteração anormal (excecional/ imprevisível).

A lei exige que se trate de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, não pela parte lesada, mas objetivamente imprevisíveis.²⁶¹

Oliveira Ascensão²⁶² dá dois exemplos: a) quem investe na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações, mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária; b) se se aposta na vitória de uma equipa de futebol num jogo, arrisca-se perder, mas se a derrota for devida à morte de toda a equipa principal num desastre de avião, que força o clube a jogar com as segundas linhas, há uma alteração anormal das circunstâncias. Assim, a base do negócio deve ser rompida por eventos objetivamente imponderáveis.

A alteração (das circunstâncias) deve ser anormal. Isto não significa subjetivamente imprevisível (a lei brasileira fala de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”). Significa apenas que as circunstâncias em que as partes se basearam, em que fizeram assentar a celebração do negócio, sofreram uma modificação que o curso anterior da realidade não deixava prever: os terramotos e as doenças pandémicas fazem parte da História da Humanidade, mas a sua ocorrência, quando devastadora, não deixa de ser anormal.²⁶³

No que toca ao caso em análise, primeiro, a anormalidade da alteração, deve, em nosso entender, ser compaginado com a exigência quase uniforme da jurisprudência nacional (também presente na jurisprudência alemã e inglesa) da mudança da fortuna ser de tal ordem que coloque a parte de uma convenção de arbitragem em condições de poder requerer apoio judiciário caso o litígio devesse ser apreciado nos tribunais comuns. Ou seja, a parte da convenção deve sofrer uma alteração de fortuna que escape ao curso ordinário ou à série natural dos acontecimentos, de tal ordem que se veja subsequentemente em situação de insuficiência económica²⁶⁴.

Segundo, encontramos-nos, pelos menos, nos últimos 16 meses numa situação atípica, onde o mundo foi afetado por uma pandemia, a COVID-19, e que do ponto de vista jurídico, consiste num caso de força maior ou, numa expressão anglo-saxónica, um *Act of*

²⁶¹ MELLO, Alberto de Sá e – Modificação ou Resolução do Contrato por alteração das Circunstâncias no contexto da pandemia COVID-19, disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/01/28/modificacao-ou-resolucao-do-contrato-por-alteracao-das-circunstancias-no-contexto-da-pandemia-covid-19/>.

²⁶² ASCENSÃO, José Oliveira de – Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil, Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, p. 14.

²⁶³ MELLO, Alberto de Sá e – ob. cit.

²⁶⁴ MACEDO, Joaquim Shearman – ob. cit., p. 240.

God, na medida em que se trata de um evento natural imprevisível no momento em que os contratos financeiros foram celebrados e de efeitos inevitáveis aquando da sua ocorrência.²⁶⁵

Tem sido entendido que crises pandémicas como a atual, que não conhecem limites geográficos e que afetam globalmente os parâmetros da coexistência social configuram uma grande alteração das circunstâncias. Embora ainda haja algumas incertezas sobre a dimensão dos efeitos reais da crise, há hoje dados que demonstram a forma inesperada e generalizada com que a pandemia se propagou e concomitantemente a respetiva crise, que escapa ao poder de atuação individual dos vários agentes económicos e que obrigou ao confinamento das pessoas e à paralisação de grande parte da economia mundial, sendo evidente a recessão económica que vai muito para além da recessão provocada pela crise de 2008. Já para não falar no número dramático de vítimas mortais que tem sido publicamente anunciado. Há consenso quanto à gravidade da situação atual e quanto à modificação da estrutura de convivência social.²⁶⁶

O terceiro requisito é que, da alteração tem de ter resultado um desequilíbrio no programa contratual em detrimento de uma das partes ou, até, a inviabilidade para esta de obter a completa satisfação do interesse que o contrato era apto a proporcionar-lhe. Esta afetação do programa contratual desenhado tem de revestir uma gravidade que se traduza na violação da boa fé na exigência do cumprimento do convencionado; ou seja, ponto é que aquela exigência represente uma forma de abuso de direito por significativa à boa fé.²⁶⁷

A lesão da parte em cuja esfera se verificou a superveniente incapacidade económica traduz-se no sacrifício do seu direito fundamental ao acesso ao Direito e aos Tribunais, ilustrado no conflito de direitos a que alude o TC no Ac. 311/2008. A inexigibilidade da observância da obrigação (nos termos em que a mesma se encontra predisposta) à luz dos princípios da boa fé decorre, por maioria de razão desse mesmo passo, e também por maioria de razão, essa lesão em potência provoca um evidente desequilíbrio contratual.²⁶⁸

Importa agora analisar o requisito em que a alteração não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Este requisito reclama uma interpretação cuidada do contrato e uma análise detalhada do seu contexto e base negocial.

A maior parte dos contratos (mais frequente e evidente, mas não necessária nem privativamente, nos contratos de execução duradoura) comporta uma álea que as partes

²⁶⁵ BARONA, Francisco – Alteração das circunstâncias: a Covid-19 e o impacto nos contratos financeiros, in <http://www.vidaeconomica.pt/vida-judiciaria-0/alteracao-das-circunstancias-covid-19-e-o-impacto-nos-contratos-financieiros>

²⁶⁶ BARONA, Francisco – ob. cit.

²⁶⁷ PRATA, Ana, Código Civil Anotado, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2017, p.559.

²⁶⁸ MACEDO, Joaquim Shearman – ob. cit., p.240.

conhecem e aceitaram aquando da sua conclusão. Se a alteração se inscrever nessa margem de risco que faz parte do contrato, como é bom de ver, ela é irrelevante para a sua manutenção. Por outro lado, os contratos aleatórios não estão necessariamente excluídos do âmbito de aplicação deste preceito; basta que a alteração tenha ocorrido fora do núcleo aleatório que caracteriza o contrato.²⁶⁹

Perfilhamos da opinião de Joaquim Shearman Macedo que defende que a insuficiência económica de uma das partes, enquanto circunstância relativa ao incumprimento, não faz parte dos riscos próprios resultantes da convenção de arbitragem, ligados às vicissitudes da constituição, funcionamento, atividade do tribunal arbitral, ao risco da 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 arbitragem multipartes, entre muitos outros relacionados com a prática arbitral e que facilmente saltarão à memória de todos.²⁷⁰

Assim, entendemos que optar por este regime é a melhor escolha dentre as duas qualificações, pois, enquadra-se de forma mais completa e adequada a superveniência de uma situação económica que impossibilite uma parte de suportar a constituição e funcionamento de um tribunal arbitral. Constatamos ainda que o recurso ao instituto da alteração das circunstâncias revela uma ulterior virtualidade relacionada com a possibilidade da contraparte optar pela modificação dos termos da convenção, reposicionando as partes em termos de equilíbrio contratual.²⁷¹

²⁶⁹ PRATA, Ana – ob. cit., p.559.

²⁷⁰ MACEDO, Joaquim Shearman – ob. cit., p.241.

²⁷¹ *Idem*, p.241.

CONCLUSÃO

A arbitragem é um meio de resolução alternativa de litígios, entre duas ou mais partes, efetuadas por uma ou mais pessoas que detêm poderes para decidir, reconhecidos por lei, mas atribuídos por meio de uma convenção arbitral.

A convenção arbitral é o instrumento que dá o consentimento às partes para submeter à arbitragem eventuais litígios conexos que surjam quer relacionados a um contrato, ou não.

Este instrumento, quando válido, produz efeitos legais importantes para a esfera jurídica das partes, onde por um lado, o efeito positivo inclui a obrigação de participar e cooperar em boa-fé nas arbitragens de litígios referidos na convenção arbitral, enquanto o efeito negativo inclui a obrigação de não obstruir a resolução dos litígios sujeitos a arbitragem, ou de procurar a resolução dos litígios abrangidos pela convenção em tribunais estaduais ou outros foros legais que não a arbitragem.

A arbitragem é um meio privado de resolução de litígios, ela depende da disponibilidade de meios financeiros das partes para acontecer. Daí surgir a questão: se uma das partes da convenção arbitral, aquando da necessidade de instauração de uma ação arbitral para a prossecução da proteção dos seus direitos, encontrar-se sem meios económicos suficientes para arcar com os custos da arbitragem, fica esta sem um meio de tutela dos seus direitos?

Porquanto, seguindo a lógica do que é uma arbitragem e dos seus efeitos, as partes que convencionam levar os litígios à arbitragem, e que na convenção não façam a ressalva de casos de impecuniosidade, ficam, aparentemente, vinculadas apenas ao tribunal arbitral, ou seja, o efeito negativo da convenção proíbe-as de levar a ação aos tribunais estaduais, o que, para uns, parece lógico, porque se as partes convencionaram a arbitragem, devem manter-se na arbitragem; mas para outros, como é o nosso caso, não nos parecia correto, pelo menos a princípio, que se tivesse afastado o direito de acesso à justiça de forma absoluta pela convenção.

Questionamo-nos, assim, se era possível que uma parte, vinculada a uma convenção arbitral, poderia socorrer-se dos tribunais judiciais, invocando que não tem meios suficientes para custear a arbitragem. Esta questão tem sido objeto de grande discussão no nosso País, sem que, todavia, se possa dizer que se tenha chegado a um consenso satisfatório. A jurisprudência que tem vindo a ser produzida limita-se a responder a situações concretas, marcadas no tempo, não se podendo dizer que exista uma resposta clara.

Quando se fala da superveniente insuficiência económica de uma das partes, quer a nível doutrinal como jurisprudencial, traz-se à tona uma aparente situação conflituante de princípios jurídico-constitucionais, o direito de acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva, regulado pelo art.20.º CRP, e o exercício da autonomia privada ou liberdade negocial como expressão da autodeterminação, arts.26.º e 61.º CRP.

Percebemos, ao longo do trabalho, que há autores que dão mais prevalência para um dos princípios em detrimento do outro. Vimos também que esta questão é apenas debatida no nosso ordenamento jurídico, tendo sido debatida a nível internacional também, onde, algumas teorias explicam o porquê da escolha de um em detrimento do outro.

A teoria substantiva subdivide-se em duas abordagens, uma que defende a natureza contratual da convenção arbitral, optando pela preservação desta, isto é, a convenção arbitral deve ser aplicada mesmo que uma das partes não consiga suportar os custos do processo arbitral. A outra abordagem vê a natureza da convenção arbitral como sendo jurisdicional, ou seja, a arbitragem como um meio de resolução de litígios, não podendo esta servir de obstáculo à aplicação de direitos substantivos subjacentes às partes.

A jurisprudência nacional não segue uma única linha de raciocínio, ou seja, encontramos Acórdãos que defendem ou a manutenção da convenção arbitral, ou o afastamento da mesma.

Na busca por uma solução uniforme, podemos verificar que a solução pode passar por diversos caminhos, que nos propusemos a estudar, uma vez que, pela falta de uniformidade na apreciação e julgamento da matéria, se torna necessário encontrar um “círculo protegido” a que as pessoas possam recorrer quando se encontram impecuniosas numa convenção arbitral.

Esta questão ganhou maior relevo porque nos encontramos numa situação atípica, onde o mundo, em especial o nosso país, se encontra em situações económicas difíceis. Quem vendia, ou não vende mais ou vende menos, quem comprava não tem condições para comprar o mesmo, ou para comprar num todo, e por esse motivo, já se está a verificar, ou irá se verificar ainda, situações em que as partes não têm condições financeiras para custear processos arbitrais.

Na busca por soluções ao problema do nosso trabalho, encontramos em alguns autores ideias sobre financiamento da arbitragem, seja pela contraparte, seja por terceiros. Quando nos propusemos a estudar esta questão, estas soluções pareciam-nos exceções à regra, já que, tendo em conta que a contraparte não é obrigada a cobrir os custos da parte impecuniosa, nos parece lógico que só iria cobrir se tivesse um interesse direto em ver o

problema resolvido, isto é, não nos parece que o requerido ou réu num processo esteja aberto a financiar um processo contra si. Situação diferente é quando a parte impecuniosa é o réu, e pelo facto de o autor ter um interesse direto em ver o processo a seguir os seus passos subsequentes, vai, quando possível, custear a outra parte.

Relativamente ao *third-party funding*, não nos parece ser uma solução garantida, tendo em conta que existem requisitos para que seja concedido um financiamento. Por um lado, os *funders* só terão retorno do dinheiro investido caso a parte ganhe, assim, eles têm de fazer uma análise ao caso e averiguar se há chances de ganhar, sendo que a taxa mínima de sucesso para que financiem um processo é de 60%, por outro lado, há valores mínimos para o financiamento, sendo que estes valores mínimos são avultados. Deste modo, parece-nos que esta solução se aplica a pequenos casos, considerados “sortudos”, deixando de lado muitos outros casos.

Na senda da procura por solução “uniforme”, tenta-se a qualificação civil, ou seja, a superveniente insuficiência económica de uma das partes da convenção qualifica-se como impossibilidade ou como alteração das circunstâncias? Alguns tribunais têm optado por uma das qualificações e outros por outra.

Ao tentarmos enquadrar a questão na impossibilidade superveniente, compreendemos que esta se poderia inserir na impossibilidade subjetiva por dizer respeito ao sujeito passivo da relação jurídica (não necessariamente, porque não estamos a falar da obrigação principal, mas sim da convenção, podendo ser tanto o requerido como o requerente). Somos da opinião que se trataria de uma impossibilidade temporária, porque o sujeito que, no momento se encontra impecunioso, pode não mais se encontrar no futuro.

Relativamente a esta solução, acreditamos que a mera incapacidade de prover os custos de um processo arbitral, mesmo que o “devedor” se encontre nas condições previstas de concessão de apoio judiciário, não pode ser considerada um facto definitivo.

A outra possível qualificação civil é a alteração das circunstâncias, art.437.º CC, que corresponde a uma modificação anómala e superveniente do contexto em que as partes decidiram contratar. Sentimo-nos inclinados sobre esta qualificação por enquadrar nela, tanto a impecuniosidade como situação anómala, bem como a COVID-19. Dado que, apesar de pandemias serem consideradas cíclicas, os efeitos que estas têm na sociedade não são previsíveis, tornando-se assim numa situação anormal.

Por último, esta solução tem sido desenvolvida a nível da arbitragem internacional, mas que, na nossa opinião, também se pode aplicar a arbitragens domésticas portuguesas. Aplica-se o artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque, e temos a mesma disposição legal na

LAV, art.5.º n.º1. Esta solução assenta na invocação da exceção de *incapable of being performed* (inexequibilidade), defendendo que é aplicável aos casos em que, embora a convenção arbitral seja válida, esta não pode ser aplicada por situações específicas que estavam em vigor na altura em que o requerente pretendia instaurar a ação em tribunal.

Acreditamos nós que a solução para a questão reside no respeito pelos valores constitucionais acima expostos, ou seja, a solução tem de os conciliar sem que, no entanto, ponha em causa o direito de acesso à justiça. Podendo recorrer-se quer ao art.5.º n.º1 da LAV, quer ao artigo II(3) da Convenção, desde que o Tribunal competente, no caso em concreto, analise, primeiramente se a impecuniosidade é ou não superveniente; seguidamente, se a parte ou beneficia de apoio judiciário nos tribunais estaduais ou se as custas nestes é inferior aos tribunais arbitrais; e por último, se a parte impecuniosa é requerente ou requerida, pois, se for a requerida tenta-se que o requerente financie a arbitragem, para que, sempre que possível, se possa manter a convenção arbitral, não forçando a sua aplicação a casos em que limite o direito de acesso à justiça.

BIBLIOGRAFIA

Doutrina:

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de – Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, Resolução de acordo com o novo Código Civil, Rio de Janeiro. Aide, 2004;
- ALBANO, Pedro Carreira – COVID-19, Impacto do Estado de Emergência nos Contratos Civis, disponível em: https://www.paresadvogados.com/xms/files/Nota_Informativa_Covid_19_Impacto_do_Estado_de_Emergencia_nos_Contratos_-4976099_1-.PDF;
- ASCENSÃO, José Oliveira de – Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil, Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>;
- BARONA, Francisco – Alteração das circunstâncias: a Covid-19 e o impacto nos contratos financeiros, disponível em: <http://www.vidaeconomica.pt/vida-judiciaria-0/alteracao-das-circunstancias-covid-19-e-o-impacto-nos-contratos-financeiros>;
- BARROCAS, Manuel Pereira – Lei da Arbitragem Comentada, Almedina, Coimbra, 2013;
- BARROCAS, Manuel Pereira – Manual de Arbitragem, Coimbra, Almedina, 2010;
- BEISNER, John/MILLER, Jessica/RUBIN, Gary, *Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States*, US Chamber Institute for Legal Reform, Outubro 2009, disponível em: <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdparty litigation financing.pdf>;

- BERG, Albert Jan van den – *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Wolters Kluwer, 1981;
- BETTI, Emilio – *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, Trad. José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969;
- BISHOP, R Doak/ CORIELL, Wade M/ CAMPOS, Marcelo Medina – “*The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*”;
- BORN, Gary - *International Commercial Arbitration*. 3rd Edition, Kluwer Law International, 2021;
- CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. Revista e reimpressa, Coimbra, Coimbra Editora;
- CAMELO, António Sampaio
 - A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral *in* Revista da Ordem dos Advogados, 2013;
 - Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça, *in* Revista de Direito Civil n.º 1 (2016), Almedina, 2016;
- CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm – *Impecunious parties in international commercial arbitration*, Kluwer Arbitration, 2020;
- CORDEIRO, António Menezes – *Direito das Obrigações*, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1986;
- CORDEIRO, António Menezes
 - *Tratado da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1953;

- Tratado de Direito Civil, Tomo IX: Direito das Obrigações, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2017;
- *Ethics Committee of the Commercial and Federal Litigation Section of the New York State Bar Association, Report on the Ethical Implications of Third-Party Litigation Funding*;
- FREITAS, José Lebre de
 - Código de Processo Civil Anotado. Vol. 2, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2017;
 - Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem, Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Vol. II, Coimbra;
- GABARDO, Rodrigo Araújo – A insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspetiva comparada, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, Dissertação de Pós-Graduação em Direito;
- GAILLARD, Emmanuel – *Impecuniosity of Parties and its Effect on Arbitration – A French View' in German Institution of Arbitration (ed), Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?*, 2004;
- GAILLARD, Emmanuel/ PIETRO, Domenico Di – *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Camarões, 2008;
- GARTH, Bryant G./ CAPPELETTI, Mauro - *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, Articles by Maurer Faculty, 1978;
- GONÇALVES, Alexandra Sofia Mendes – *Third Party Funding na Arbitragem Comercial*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018, Dissertação de Mestrado em Direito Forense e Arbitragem;

- GOUVEIA, Mariana França - Curso de Resolução Alternativa de Litígios. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2014;
- GOUVEIA, Mariana França/ TRIGO, Ana Coimbra – L'affaire Garoubé: Responsabilidade das instituições arbitrais e impecuniosidade das partes, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. XI, 2018;
- HEITZMAN, Pierre R. – *Arbitration in France: the 2011 reform*, in Jones Day Commentary, 2011;
- HENRIQUES, Duarte Gorjão – “Third Party Funding” ou Financiamento de Litígios, in Revista da Ordem dos Advogados, Vol. III/IV, 2015;
- HOUAISS, Antônio/ VILLAR, Mauro de Salles - Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1ªEd., Rio de Janeiro, 2009;
- HUNTER, Robert – *Impecuniosity of the parties and its effect on Arbitration – an English perspective* in German Institution of Arbitration;
- JÚDICE, José Miguel
 - Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional, in Revista Internacional de Arbitragem e Mediação, Livraria Almedina, 2009;
 - *Some notes about third-party funding: a work in progress*, Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. XI, nº1, 2018;
- KÜHNER, Detlev – *The impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: the example of France and Germany*, in Journal of International Arbitration, 2014;
- LEITÃO, Manuel Teles de Menezes – Direito das Obrigações, Vol. II, 2ª ed., Almedina;

- LIMA, Pires/ VARELA, Antunes – Código Civil Anotado, Vol. I, 4ª ed. Revista e atualizada;
- LUÍS, Sandra dos Reis - A alteração anormal das circunstâncias: o artigo 437º do Código Civil e a situação pandémica: reflexos contratuais, in *Julgar online*, 2020;
- MACEDO, Joaquim Shearman de – Sobre a qualificação civil da incapacidade de suportar os custos do processo arbitral por uma das partes, in *Themis, Revista de Direito*, IX.16, 2009;
- MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio – Algumas notas sobre a determinação e fixação dos custos da arbitragem, incluindo os honorários dos Juízes-Árbitros, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VI, Coimbra, 2013;
- MATOS, Francisco da Cunha, BRITO, Maria Beatriz – A superveniente insuficiência económica das partes como alegado fundamento de inoponibilidade da convenção de arbitragem (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Abril de 2016) in *PLMJ Arbitration Review* No 1;
- MELLO, Alberto de Sá e, Modificação ou Resolução do Contrato por alteração das Circunstâncias no contexto da pandemia COVID-19, disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/01/28/modificacao-ou-resolucao-do-contrato-por-alteracao-das-circunstancias-no-contexto-da-pandemia-covid-19/>;
- MENDES, Armindo Ribeiro – A Nova Lei da Arbitragem Voluntária e as Formas de Impugnação das Decisões Arbitrais (algumas notas) *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas – Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013;
- MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012;
- MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª Ed., revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

- MONTEIRO, António Pedro Pinto – Quando a arbitragem deixa de ser a justiça dos ricos, Advocatus, 2017;
- MONTEIRO, António Pedro Pinto/ SILVA, Artur Flamínio da/ MIRANTE, Daniela – Manual de Arbitragem. Coimbra, Almedina, 2019;
- MOUTA, Fátima Pereira – Significado de Insolvência, disponível em: <https://www.advogadosinsolvencia.pt/mapa/significado-de-insolvencia>;
- NETO, Abílio – Novo Código de Processo Civil Anotado. 2ª ed. Revista e ampliada, Lisboa, Ediforum, 2014;
- PINHEIRO, Luís de Lima – Arbitragem Transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem. Coimbra, Almedina, 2005;
- PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria Geral de Direito Civil, 4ª Ed., por MONTEIRO, António Pinto/ PINTO, Paulo Mota, Coimbra, Coimbra Editora, 2005;
- POLKINGHORNE, Michael A, *IBA Section on Business Law*, Committee D News, Março, 2002;
- POLKINGHORNE, Michael A. - *Dealing with an Impecunious Opponent*, IBA Section on Business Law, Committee D News, 2002;
- PRATA, Ana, Código Civil Anotado, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2017;
- PRYLES, Michael - *'The Kaplan Lecture 2009: When is an Arbitration Agreement Waived?'*, Journal of International Arbitration, 2010;
- RADIN, Max – *Maintenance by Champerty*, 24 Californian Law Review, 1935;

- REDFERN, Alan/ HUNTER, Martin - *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6th Edition, Oxford University Press, 2015;
- REIS, João Luís Lopes dos - A exceção da preterição do tribunal arbitral (Voluntário), *in* Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1998 (ano 58.º n.º 3;
- RIGNATI, Valentina – *Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration*;
- SACHS, Klaus – *International arbitration and State Sovereignty*, in Revista Brasileira de Arbitragem, (Comité Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB) Vol. IV Issue 13, 2017;
- SANDERS, Pieter – *The making of the Convention'*, in *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects*, United Nations, 1999;
- SERRA, Catarina – Arbitragem e insolvência: os efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem (direitos português e internacional) in Revista de direito comercial, 2017;
- SHAHDADPURI, Khushboo Hashu - *Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory*, Kluwer Law International, vol. 12, n.º2, 2016;
- SILVEIRA, Priscila Borges da/ CACHAPUZ, Maria Cláudia – Reflexões Contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações, in Revista Jurídica Luso-Brasileira n.º 4, Ano 5, 2019;
- UNCITRAL, *Travaux Préparatoires: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 312th Meeting, XVI Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law* (1985);
- *United Nations Economics and Social Council, United Nations Conference on International Commercial Arbitration: Summary Record of the Ninth Meeting*;

- VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em geral, Vol. II, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2017;
- VICENTE, Dário Moura, [et al.] – Lei da Arbitragem Voluntária Anotada. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2015;
- VIEIRA DE ANDRADE - Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed., Coimbra, 2007;
- WAGNER, Gerhard – *Impecunious Parties and Arbitration Agreements*, SchiedsVZ, German Arbitration Journal, 2003;
- WAGNER, Gerhard – *Poor Parties and German Forum: Placing Arbitration under the Sword of Damocles in German Institution of Arbitration (ed), Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?*, Peter Lang, 2004;
- WAYAR, Ernesto C – *Derecho civil: obligaciones*, Vol. 1, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990;
- ZIVKOVIC, Patricia – *Impecunious parties in Arbitration: an overview of European National Courts' Practice*, in Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 23, 2016, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2884416>.

Legislação:

a) Nacional:

- Código Civil;
- Código de Processo Civil;
- Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro – Lei da Arbitragem Voluntária;
- DL n.º 54/2004, de 18 de Março - Código de Insolvência e Recuperação de Crédito;
- Lei n.º 34/2004 de 29 de Julho – Lei do Acesso ao Direito e aos Tribunais;

b) Internacional:

- Código de Processo Civil da Califórnia;
- Código de Processo Civil Alemão;
- Código de Processo Civil Francês.

Diplomas Internacionais:

- Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados;
- Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de Junho de 1958 – Convenção de Nova Iorque;
- Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, 1985.

Jurisprudência:

a) **Nacional**²⁷²²⁷³:

- Acórdão da Relação de Coimbra de 19 de Dezembro de 2012 (Relator Albertina Pedroso), processo n.º477/11.8TBACN.C1;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Abril de 2016 (Relatora Ana Paula Boularot), Processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 242/2018, de 08 de Maio de 2018, Processo n.º 598/17;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 30 de Maio de 2008 (Relator Joaquim de Sousa Ribeiro), Processo n.º 753/07;

b) Estrangeira:

- *Haendler & Natermann GmbH vs. Janos Paczy*, 1 *Lloyd's Law Reports* 302 (Tribunal de Recurso 1980);
- *Paczy vs. Haendler & Naterman GmbH*;
- *Projét SARL Pilote Garoubé vs chambre de Commerce Internationale (ICC*
- *SARL Lola Fleurs vs Société Monceau et autre*;

²⁷² A presente lista de jurisprudência inclui Acórdãos do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal de Justiça e das diversas Relações.

²⁷³ A citação dos acórdãos é feita da seguinte forma: n.º do acórdão, data, relator e n.º do processo.

Regulamentos de Instituições de Arbitragem:

- Regulamento do AAA;
- Regulamento do CAC;
- Regulamento do ICC;
- Regulamento do LCIA;
- Regulamento do ICDR.

Índice

Introdução	1
Capítulo I – Arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios	3
1.2. A convenção arbitral e seus efeitos	5
1.3. O princípio da competência-competência	10
1.4. Exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral	17
Capítulo II – O direito de acesso à justiça e a liberdade negocial como valores constitucionais conflituantes.	20
2.1. Direito de acesso à justiça	20
2.2. Exercício da autonomia privada ou liberdade negocial como expressão da autodeterminação	22
2.3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de abril de 2016	25
2.4. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/08, de 31 de Maio de 2008	28
2.5. Valores constitucionais conflituantes	31
2.6. Insuficiência Económica/ impecuniosidade e insolvência	37
2.7. Efeitos da impecuniosidade da parte na instauração da arbitragem	40
2.7.1. Solução substantiva	41
2.7.1.1. Preservação da Convenção Arbitral	41
2.7.1.2. A convenção arbitral como mecanismo de resolução de litígios	43
2.7.2. Solução Jurisdicional	46
2.7.2.1. Enfoque no princípio da competência-competência dos árbitros	46
Capítulo III – Pacificação do problema e solução uniforme	49
3.1. Financiamento da arbitragem	50
3.1.1. Financiamento interno da arbitragem	50
3.1.1.1. Financiamento feito pelas partes litigantes	50
3.1.1.2. Financiamento pela Instituição de Arbitragem	52
3.1.2. O financiamento externo da arbitragem	53
3.1.2.1. Financiamento da arbitragem por terceiros – <i>third-party funding</i>	53
3.2. Análise do artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque	55
3.2.1. Limitações à solução proposta	61
3.3. Qualificação civil	64
3.3.1. Impossibilidade superveniente	65
3.3.2. Alteração das circunstâncias	68
Conclusão	73
Bibliografia	77