



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A validade da cláusula compromissória do caso
Petrobras à luz do ordenamento jurídico
português e brasileiro**

Sara Regina de Pádua Andrade

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A validade da cláusula compromissória do
caso Petrobras à luz do ordenamento jurídico
português e brasileiro**

Sara Regina de Pádua Andrade

Orientador: António Agostinho Guedes

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

EPÍGRAFE

*“A VIDA É ASSIM: ESQUENTA
E ESFRIA, APERTA E DAÍ
AFROUXA, SOSSEGA E DEPOIS
DESINQUIETA. O QUE ELA
QUER DA GENTE É
CORAGEM.”*

- GUIMARÃES ROSA

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por me incentivarem e tornarem possível enfrentar este desafio.

Agradeço ao Francisco, meu companheiro de vida, por ter me feito mais forte, confiante e mais feliz ao concretizá-lo.

Agradeço a estes e aos meus irmãos, primos, tios, amigos e familiares que tornar esta caminhada mais leve e que contribuíram de diferentes formas para a sua realização.

Por fim, agradeço ao Professor Doutor António Agostinho Guedes, orientador e Professor, pela disponibilidade permanente, pela paciência inesgotável e por ser meu guia e conselheiro nesta e em outras lutas profissionais e pessoais.

RESUMO

PALAVRAS-CHAVE: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA – PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA – CLÁUSULAS PATOLÓGICAS – ARBITRAGEM SOCIETÁRIA – ARTIGO 58.º DOS ESTATUTOS DA PETROBRAS – INVALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.

O presente trabalho visa dar respostas a duas questões. A primeira é saber se a partir de uma análise crítica do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil n.º 151.130 – SP (2017/00433173-8) (Ac. STJ) é possível propor uma conclusão diversa da proferida pelo voto vencedor do referido acórdão acerca da validade da cláusula compromissória prevista no Artigo 58.º dos Estatutos da Petrobras (Artigo 58.º). A segunda questão prende-se em saber se o Artigo 58.º, à luz do ordenamento jurídico português, produziria efeitos se estivesse previsto nos estatutos de uma sociedade de economia “mista”¹ portuguesa. Para dar respostas a estas questões utilizaremos o seguinte referencial teórico: maioritariamente o Ac. do STJ, sobretudo o relatório da ministra Nancy Adrighi, na análise do ordenamento jurídico brasileiro; essencialmente as doutrinas de A. M. Cordeiro, M. A. Barrocas e P. Maia, para analisar o ordenamento jurídico português. Confrontaremos as referidas bases teóricas com os entendimentos proferidos por outros autores, bem como com a legislação consolidada nos respetivos ordenamentos. A partir do estado da arte identificado em cada país, serão elucidadas semelhanças e divergências destes sistemas quanto às questões dos efeitos das cláusulas compromissórias, a problemática da arbitrabilidade do litígio e da arbitragem societária. Realizada essa análise, será proposta uma interpretação acerca da validade do Artigo 58.º, tanto à luz do ordenamento jurídico-brasileiro como quanto do ordenamento jurídico português. Em conclusão preliminar, compreende-se possível propor uma decisão em sentido diverso ao maioritário no âmbito do Ac. STJ e, à luz do ordenamento jurídico português, inclina-se pela validade do Artigo 58.º do Estatuto da Petrobras.

1 O Inciso III, art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200/67 conceitua a sociedade de economia mista nos seguintes termos: “*Sociedade de economia mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta*”.

ABSTRACT

KEYWORDS: COMMITMENT CLAUSE - COMPETENCE PRINCIPLE - PATHOLOGICAL CLAUSES - CORPORATE ARBITRATION - ARTICLE 58.º OF PETROBRAS' STATUTES - INVALIDITY OF THE COMMITMENT CLAUSE.

This paper aims to provide answers to two questions. The first is whether a critical analysis of the Brazilian Superior Court of Justice ruling no. 151.130 - SP (2017/00433173-8) (Ac. STJ) allows us to propose a different conclusion from the one reached by the winning vote in that ruling on the validity of the arbitration clause set forth in Article 58.º of Petrobras' Articles of Association (Article 58.º). The second question is whether Article 58.º, in the light of the Portuguese legal system, would be effective if it were provided for in the articles of association of a Portuguese "mixed"² economy company. In order to answer these questions, we will use the following theoretical framework: mostly the Ac. STJ, especially the report of Minister Nancy Adrighi, in the analysis of the Brazilian legal system; essentially the doctrines of A. M. Cordeiro, M. A. Barrocas and P. Maia, to analyse the Portuguese legal system. We will confront the referred theoretical bases with the understandings pronounced by other authors, as well as with the consolidated legislation in the respective legal systems. Based on the state of the art identified in each country, we will elucidate similarities and divergences of these systems regarding the issues of the effects of the arbitration clauses, the problem of the arbitrability of the dispute and corporate arbitration. After this analysis, an interpretation of the validity of Article 58.º will be proposed, both considering the Brazilian legal system and the Portuguese legal system. In preliminary conclusion, it is understood that it is possible to propose a decision in a different sense than the majority in the STJ's Ac. and, in light of the Portuguese legal system, it is inclined to the validity of Article 58.º of the Petrobras By-Laws.

2 Item III, Article 5 of Decree-Law 200/67 defines mixed economy company in the following terms: "*Mixed economy company - the entity endowed with legal personality of private law, created by law for the exploitation of economic activity, in the form of a joint stock company, whose shares with voting rights belong in their majority to the Union or to an entity of the indirect Administration*".

ÍNDICE

EPÍGRAFE	4
AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	6
ABSTRACT.....	7
ÍNDICE.....	8
ÍNDICE DE SIGLAS	10
INTRODUÇÃO	12
1 DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FATOS	16
2 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	18
2.1 Definição.....	18
2.2 Efeitos da convenção de arbitragem	20
2.3 A competência do tribunal arbitral para apreciar a sua própria competência (princípio competência-competência) e o afastamento da jurisdição estatal	22
2.4 O entendimento do STJ brasileiro e seus fundamentos	24
3 EXCEÇÕES A PRODUÇÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E A MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA.....	25
3.1 Exceções	25
3.2 As cláusulas patológicas segundo o Ac. STJ	28
3.3 A vinculação do Estado à convenção de arbitragem (arbitrabilidade subjetiva).....	30
3.3.1 A arbitrabilidade subjetiva	30
3.3.2 A União como parte na convenção à luz do ordenamento jurídico português	32
3.3.3 O entendimento do STJ sobre a questão da arbitrabilidade subjetiva	33
3.4 A disponibilidade do direitos em litígio (arbitrabilidade objetiva).....	34
3.4.1 A arbitrabilidade objetiva	34
3.4.2 O entendimento do STJ brasileiro sobre a questão da arbitrabilidade objetiva	36
3.5 Arbitragem societária à luz do ordenamento jurídico português	38

4	A VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DO CASO PETROBRAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS E BRASILEIRO	41
4.1	À luz do ordenamento jurídico brasileiro, o Artigo 58.º deve produzir efeitos?	42
4.2	À luz do ordenamento jurídico português, o Artigo 58.º produziria efeitos se estivesse inserido nos estatutos de uma sociedade mista portuguesa?	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
6	BIBLIOGRAFIA	49
7	WEBSITE	52
8	PRINCIPAL LEGISLAÇÃO DE APOIO	53
9	DECISÕES JUDICIAIS CITADAS	54

ÍNDICE DE SIGLAS

AC. RC-PT – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

AC. RG-PT – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

AC. RL-PT – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

AC. RP-PT – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

AC. STJ – ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL (STJ), N.º 151.130 – SP (2017/00433173-8)

AC. STJ-PT – ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL

APA – ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM

ART. – ARTIGO(S)

CAM-BOVESP – CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO

CC – CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS (DECRETO-LEI N.º 47344)

CLT – CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

CPC – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS (LEI N.º 41/2013)

CPTA – CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS (LEI N.º 15/2002)

LAB – LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA (LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.)

LAV – LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA (LEI N.º 63/2011)

MS – MATO GROSSO DO SUL

P. – PÁGINA

PETROBRAS – PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.

PPP – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

REF. – REFERÊNCIA

RIA – REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

RJAS – REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM SOCIETÁRIA (PROJETO)

ROA – REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS (PORTUGAL)

SP – SÃO PAULO

SS. – SEGUINTE

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL

TRF – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

UNCITRAL – COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um fenómeno socioeconómico que, de alguma forma, pode ser considerado imposta aos legisladores de todo o mundo como meio de viabilizar e acompanhar o desenvolvimento económico em escala global³. A globalização dos mercados financeiros e comerciais catalisou a necessidade de um meio de resolução de litígios que desse resposta à carência desse novo modelo de trocas. O mercado passou, portanto, a exigir especialidade, celeridade, sigilo, flexibilidade quanto às regras aplicadas e um processo “*taylor made*”⁴. Todas essas características foram encontradas na arbitragem e, por isso, esta tornou-se um instrumento indispensável⁵ ao bom funcionamento do mercadejo. Sendo assim, esta tese será dedicada à análise de um dos aspetos que acreditamos ser fundamental à arbitragem: a convenção de arbitragem⁶. A arbitragem se concretiza através destas convenções e, por isso, muitas das problemáticas discutidas no âmbito deste ramo passam pela análise cuidada deste negócio. Para além do exposto, a opção por este enquadramento temático deve-se ao fato de, sabida da estreita relação comercial e cultural entre Brasil e Portugal, entendermos que traçar semelhanças e diferenças a respeito desta matéria contribuirá para um maior êxito das convenções arbitrais luso-brasileiras.

Com este propósito, realizaremos um estudo das convenções de arbitragem assente no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, n.º 151.130 – SP (2017/00433173-8), na medida em que concretizarmos os seguintes objetivos principais: o primeiro é saber se, alicerçados em uma análise crítica do Ac. STJ, é possível chegarmos a uma conclusão diversa da proferida pelo voto vencedor. O segundo é saber se, à luz do ordenamento jurídico português, o Artigo 58.º do Estatuto da Petrobras (Artigo 58.º) seria válido se estivesse inserido nas cláusulas estatutárias de uma empresa “*mista*” portuguesa. Para isso, buscaremos delimitar o conceito de cláusula compromissória, dos requisitos exigidos para a validade destas, dos

3 Sobre a conceção moderna de arbitrabilidade: Barrocas, M. P. (2011). *Manual de Arbitragem* (1ª Edição). Coimbra: Edições Almedina, p. 104.

4 Segundo o dicionário de Cambridge a expressão “*taylor made*” significa “Specially made for a particular purpose”. É este o sentido que *empregamos* no presente manuscrito.

5 Barrocas, M. P. (2011), p. 46 - 47.

6 Partilha desta mesma opinião. L. Pinheiro na obra Pinheiro, L. d. Artigos Doutrinários de Novembro de 2004, Ano 64, Vol. I/II. Revista da ordem dos Advogados. “*Convenção de arbitragem (aspetos internos e transnacionais)*”, p. 1.

contornos da arbitrabilidade objetiva e subjetiva e nos posicionarmos acerca da aceitação ou não da arbitragem societária no ordenamento jurídico brasileiro e português.

Utilizaremos como referencial teórico do ordenamento jurídico brasileiro o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, n.º 151.130 – SP (2017/00433173-8) (doravante Ac. STJ), sobretudo o relatório da ministra N. Adrighi, que, a partir de um conflito positivo de competências entre a Câmara de Comércio CAM-BOVESPA, o Juízo Federal da 13.^a Vara e o TRF 3.^a Região, aborda a questão da validade da cláusula compromissória. A opção por esta decisão prende-se com o fato de, face à complexidade do caso em julgamento, ser exigido aos decisores uma análise transversal ao direito da arbitragem. Isto é, por levantar a questão da invalidade *prima facie* da cláusula compromissória, ao decidir os ministros relatores do Ac. STJ, N. Adrighi, M. A. Bellizze e L. F. Salomão tiveram de, por um lado, regressar aos pilares fundamentais da arbitragem e definir contornos do âmbito de aplicação e alcance desta figura; por outro, foi preciso dar respostas a questões que ainda se encontram em desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da arbitragem societária e da questão do Estado como parte numa convenção de arbitragem. Para analisarmos o ordenamento jurídico português, por sua vez, utilizaremos essencialmente as doutrinas de A. M. Cordeiro, M. A. Barrocas e P. Maia.

Confrontaremos as referidas bases teóricas com o entendimento proferido por outros autores, bem como com a consagração legal consolidada nos respetivos ordenamentos, vislumbrando a satisfação das hipóteses que apresentaremos nesta tese. A primeira hipótese é que o voto vencido proferido pela ministra N. Adrighi é mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro presente e futuro. Como segunda hipótese entendemos que o Artigo 58.º, uma vez inserido em uma empresa “mista” portuguesa seria considerado válido à luz do ordenamento jurídico português.

Para testar as referidas hipóteses, a metodologia utilizada nesta tese terá como obra de referência “*(Re)pensando a pesquisa jurídica*”, das autoras M. B. S. Gustin, M. T. F. Dias e C. S. Nicácio, Almedina, 2020. A linha de pensamento teórico metodológica que utilizaremos será a crítico-metodológica, na interpretação do direito como uma “rede complexa de linguagens e de significados”. Esta opção prende-se com o fato de nos parecer fundamental estabelecer uma estreita comunicação entre o direito e aspetos políticos, sociais e económicos para se identificar a interpretação de normas e conceitos mais coerentes com o sistema jurídico como um todo. A partir da linha supramencionada, a vertente teórica-metodológica que seguiremos será a

jurídico-dogmática uma vez que, ao longo desta tese buscaremos compreender, individualmente, as relações normativas internas do ordenamento jurídico brasileiro e português com vista a, por exemplo, propor interpretações normativas que preencham eventuais lacunas identificadas em cada um destes ordenamentos.

Para além da análise teórica e abstrata supramencionada, esta pesquisa também ambiciona propor uma solução eficaz para as questões colocadas em causa. Pretendemos propor uma decisão judicial alternativa a do voto vencedor no Ac. STJ e identificar possíveis interpretações normativas que possam preencher as lacunas que acreditamos existir no ordenamento jurídico português. Para este efeito nos valeremos de um processo de raciocínio indutivo-dedutivo. O raciocínio indutivo será utilizado sobretudo quando estiver em causa a análise do Ac. STJ, uma vez que partiremos de um caso concreto para investigar de forma mais ampla os contornos dogmáticos, normativos e jurisprudenciais da problemática da validade das cláusulas compromissórias, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Feita esta análise indutiva, será aplicado um raciocínio dedutivo sobre o enquadramento alcançado pela referida análise com vista a confirmar a decisão proferida no Ac. STJ ou identificar outra possível solução para o caso decidido. Para escrutinar o ordenamento jurídico português, por sua vez, utilizaremos predominantemente, o raciocínio dedutivo. Partiremos de normas, princípios gerais e interpretações da doutrina para definir convenções de arbitragem, seus efeitos, os contornos do princípio competência-competência, o Artigo 58.º será subsumido a estes e por fim, responder aos objetivos do presente trabalho.

Para concretizar este raciocínio, utilizar-se-á sobretudo o gênero de pesquisa teórico propostos pelo autor Pedro Demo⁷. Esse gênero pode ser identificado na revisão de teorias, conceitos e referências teórica-doutrinárias, nomeadamente quando se verificar a definição de cláusulas compromissórias, cláusulas patológicas, os efeitos destas, bem como, ao analisarmos os contornos da interpretação de normas. Dentro do gênero teórico, seguindo a classificação de Witker e Olalla⁸, faremos uma pesquisa jurídico-descritivo, jurídico-comparativo, jurídico-compreensivo, jurídico-prospetivo e jurídico-exploratório. A primeira será utilizada, por exemplo, para delimitar os contornos do problema da validade das cláusulas compromissórias, através da definição de conceitos básicos essenciais para se identificar e interpretar uma

7 Demo, P. (1995), “*Metodologia científica em ciências sociais*”. 3ed. São Paulo: Atlas, p. 293.

8 Velásquez, J. W., & Olalla, G. P. (1991), “*Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*”. Madrid: Civitas, D.L., p. 148.

cláusula compromissória. O género jurídico-comparativo se revelará quando se identificar similitudes e diferenças no ordenamento jurídico brasileiro e no português, bem como quando se analisar individualmente cada sistema jurídico e comparar-se diferentes fontes de direito dentro de um mesmo sistema com vista, por exemplo, à integração de lacunas. Esta comparação tem fundamental relevância na elaboração da nossa segunda hipótese visto que o fato de a jurisprudência brasileira trazer soluções ainda não consolidadas no ordenamento jurídico português nos levantar a possibilidade de, através da analogia, propor a solução já consolidada no primeiro país ao segundo. Também será realizada uma pesquisa jurídico-compreensivo, uma vez que faremos a decomposição da convenção de arbitragem nos seus requisitos de arbitrabilidade subjetiva, objetiva e a análise da arbitrabilidade societária, para encontrar a solução para o problema da validade do Artigo 58.º. Uma vez que a arbitrabilidade societária ainda não foi consolidada no ordenamento jurídico português, fará parte deste trabalho uma pesquisa jurídico-prospetiva com vista a refletir as possíveis soluções entre as quais o legislador possa optar, tendo em consideração o projeto de lei do Regime Jurídico da Arbitragem Societária (RJAS). Por fim, utilizaremos a análise jurídico-propositiva, pois ao longo do trabalho, iremos questionar normas, conceitos e institutos jurídicos e propor para uma solução para a primeira hipótese deste trabalho, bem como propor uma possível interpretação normativa que preencha a lacuna em que se encontra a segunda hipótese.

Este trabalho utilizará tanto fontes diretas como, predominantemente, fontes indiretas. Como fonte direta analisaremos a cláusula compromissória dos estatutos da Petrobras (Artigo 58.º). Como fonte indireta, para analisar o ordenamento jurídico brasileiro, investigaremos maioritariamente o Ac. do STJ, sobretudo o relatório da ministra N. Adrighi que será utilizado também como integrante do marco teórico do presente trabalho, normas do ordenamento jurídico brasileiras e referenciais doutrinários deste mesmo país que nos possam auxiliar a compreender aspetos relevantes para interpretação do referido acórdão. Para analisar a segunda hipótese, apesar de nos socorrermos em grande medida de fontes secundárias diretas, como normas e princípios, dedicar-se-á especialmente às fontes secundárias indiretas, sobretudo à doutrina referida no marco teórico deste trabalho, uma vez que se trata de uma análise em abstrato de uma realidade futura. Portanto, nos apoiaremos nesta para enquadrar a temática das convenções de arbitragem à luz do ordenamento jurídico português e, a partir deste, elucidar vieses interpretativos de normas já existentes que possam preencher as lacunas do sistema jurídico de Portugal, nomeadamente quanto à arbitragem societária.

Dispondo da metodologia apresentada, o presente trabalho utilizar-se-á a referida decisão como ponto de partida para a análise de aspetos fundamentais da validade de uma cláusula compromissória, nomeadamente arbitrabilidade objetiva e arbitrabilidade subjetiva, o entendimento da jurisprudência sobre o alcance do Princípio competência-competência e a problemática da arbitragem societária. Em confronto com essa amostragem da experiência brasileira, será exposta as posições doutrinárias indicadas sobre os pontos controvertidos na lide em questão.

Com vista a atingir os objetivos deste trabalho e experimentar as hipóteses do mesmo, dividiremos a apresentação desta tese em três momentos. Num primeiro momento definiremos cláusulas compromissórias e buscaremos delimitar os efeitos positivos e negativos destas cláusulas. Além disso, considerando a interligação destes com o princípio da competência-competência, neste momento nos dedicaremos a analisar o âmbito, aplicação e limites deste princípio. No segundo momento analisaremos situações excepcionais, ou seja, os casos em que a cláusula compromissória não produz seus efeitos. Ainda neste momento analisaremos alguns aspetos da arbitragem societária relevantes para apurarmos a validade do Artigo 58.º. Por fim, no terceiro momento, nos dedicaremos a responder as duas questões apresentadas como objetivo deste trabalho: (i) A partir de uma análise crítico-metodológica do Ac. STJ chegar-se-á a mesma conclusão proferida pelo voto vencedor? (ii) Em Portugal, o Artigo 58.º produziria efeitos se estivesse previsto nos estatutos de uma empresa mista portuguesa?

Como dito anteriormente, o interesse por esta problemática deve-se ao nosso entendimento que o êxito de um procedimento arbitral para um litígio futuro reside na sua origem, ou seja, na cláusula compromissória. Sendo esta um negócio jurídico em que as partes dispõem de ampla liberdade contratual, é preciso garantir a perfeita compreensão da vontade de cada um dos contraentes. Com vista a acautelar o sucesso das convenções arbitrais acordadas entre Brasil e Portugal, dedicaremos esse trabalho a confrontar estas duas realidades. Acreditamos que a certeza e segurança quanto à validade de uma cláusula compromissória, aumentará a confiança jurídica das partes, evitando, *in fine*, a frustração dos contraentes com o estabelecimento de convenções inválidas.

1 DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FATOS

Utilizaremos como referencial factual a descrição sumária dos fatos apresentados pelo Senhor ministro L. F. Salomão, na página 48 e seguintes do Ac. STJ.

American International Group Retirement Plan e outros sócios minoritários da empresa Petrobras S.A. instauraram um pedido de resolução do conflito de competência no Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ), processo n.º 151.130 – SP (2017/00433173-8), indicando como suscitados a Câmara de Arbitragem do Mercado - CAM-BOVESPA, o Juízo Federal da 13.ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo e o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. O fato que deu origem ao referido conflito foi a instauração de procedimento arbitral, pelas Requerentes, em face da Petrobras S.A. e da União (ref. Procedimento Arbitral n.º 75/2016 – CAM-BOVESPA) com base na cláusula compromissória prevista no Artigo 58.º do Estatuto Social da Petrobras. A União requereu sua exclusão do procedimento arbitral. O pedido de exclusão foi indeferido pelo Presidente da Câmara de Arbitragem, em 5/10/2016, em deliberação inicial da matéria (fls. 728/743). Em 7/12/2016, a União moveu ação perante o Juízo Federal suscitado, com pedido de antecipação de tutela (ref. Processo n.º 0025090-62.2016.4.03.6100), pretendendo à declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue a participar do procedimento arbitral instaurado pela CAM-BOVESPA, bem como à nulidade do procedimento. O Juízo Federal suscitado deferiu o referido pedido. As suscitantes interpuseram um agravo de instrumento no TRF 3.ª Região (Ref. AI n.º 0023155-51.2016.4.03.0000), que manteve a decisão da instância anterior. O mérito do agravo de instrumento encontra-se pendente de julgamento, conforme andamento processual obtido na origem (fls. 721/725).

No STJ, as requerentes pedem minimamente a declaração da competência da Câmara de Arbitragem do Comércio – CAM-BOVESPA para decidir quanto à obrigatoriedade da participação da União no procedimento arbitral e também ao sobrestamento da ação declaratória em trâmite no Juízo Federal suscitado, bem como do respectivo agravo de instrumento perante o TRF 3.ª Região. Contudo o pedido liminar foi inicialmente indeferido pela eminente, ministra N. Adrigi (fls. 663/666). Em 8/5/2018, a douta ministra N. Adrigi, em juízo de reconsideração, deferiu ambos os pedidos supramencionados (fls. 905/911). Diante da referida decisão, a União interpôs agravo interno (fls. 930/948).

Em sentença arbitral parcial, proferida em 22/4/2019, o Tribunal arbitral decidiu pela legitimidade passiva da União, justificado pela aplicação da cláusula compromissória contida no Estatuto Social da Petrobras (Artigo 58.º) à União (fls. 1068/1086 e 1119/1156). Iniciado o julgamento que deu origem ao Acórdão que ora nos ocupamos, a ministra N. Adrigi conheceu do conflito para declarar a competência do Tribunal Arbitral, sob o fundamento da precedência

lógico-temporal da cláusula arbitral, considerando prejudicado o julgamento do agravo interno interposto pela União. O ministro L. F. Salomão pediu vista dos autos e se pronunciou em sentido contrário ao da referida ministra, com o fundamento na exigência da legalidade estrita para se vincular a união. Este último, acompanhado de mais onze ministros compuseram o voto vencedor⁹.

2 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

2.1 DEFINIÇÃO

A Lei-modelo da UNICITRAL (doravante Lei-Modelo) e a Convenção de Nova Iorque¹⁰ são *soft law* de direito internacional¹¹ que consolidaram o entendimento comum a boa parte dos ordenamentos jurídicos sobre as boas práticas em matéria de arbitragem¹². Sendo assim, partiremos da previsão da Lei-Modelo para definir convenção de arbitragem. O n.º 1 do art. 7.º desta lei prevê que “*Convenção de arbitragem é 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 de arbitragem pode adotar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de um acordo autônomo.*”.

Acolhido este entendimento no ordenamento jurídico português, A. M. Cordeiro, define convenção de arbitragem como sendo “*(...)um negócio jurídico pelo qual as partes estabelecem o recurso a árbitros, para compor o litígio, potencial ou atual, entre eles. (...)*”. O autor esclarece ainda a diferença entre as modalidades desse negócio: “*(...) (é) um acordo pelo qual as partes remetem a composição de eventuais litígios futuros (cláusula compromissória) ou*

9 Relativamente a precedência lógico-temporal da cláusula arbitral, encontra-se consagrado na jurisprudência portuguesa, no Ac. STJ-PT 21/06/2016, entendimento semelhante ao manifestado pela ministra N. Adrighi.

10 Convenção de Nova Iorque (Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais), 10 de Junho de 1958.

11 Para o desenvolvimento mais aprofundado do papel da “*soft law*” no direito arbitral internacional: Redfren and Hunter, “*International Arbitration*”, Sixth Edition, p. 67.

12 A flexibilidade na configuração dos processos arbitrais deve-se ao facto de o compromisso arbitral consistir num negócio jurídico e, portanto, permitir às partes gozarem de todas as liberdades inerentes a este, nomeadamente a de configurá-lo dentro dos limites da liberdade contratual. Contudo, isso não impede que sejam estabelecidos *standards* internacionais que facilitem o estabelecimento desses acordos entre os diferentes ordenamentos jurídicos.

*presente (compromisso), para árbitros. (...)”*¹³. A. P. Monteiro¹⁴, acrescenta que esse acordo (...) *consubstancia a expressão da vontade das partes em, por um lado, subtrair o seu litígio à esfera dos tribunais estaduais e, por outro lado, atribuir competência a árbitros para a decisão do mesmo. (...)”*. M. P. Barrocas¹⁵, ao abordar esse tema, chama a atenção para característica distintiva deste acordo face aos demais meios de resolução de litígio: “(...) *Por esse ato de vontade, as partes determinam que os litígios entre si, emergentes de uma certa relação jurídica, contratual ou extracontratual, (...) serão resolvidas por um terceiro através de uma decisão que formará caso julgado*¹⁶ *e é suscetível de ser executada (...)*”¹⁷.

A convenção de arbitragem para além de consolidar a vontade das partes quanto à produção dos efeitos negativos e positivos inerentes a contratualização desta, também tem o importante papel de definir qual será o seu próprio objeto. Sendo assim, caberá a esse acordo delimitar o escopo de jurisdição do tribunal arbitral. Segundo M. F. Gouveia, a convenção arbitral seria como um foco de luz, que ilumina a jurisdição do tribunal arbitral, isto é, aquilo que estiver coberto pela luz será da jurisdição desse tribunal e aquilo que estiver na escuridão permanece sob jurisdição do tribunal estatal¹⁸.

13 Cordeiro, A. M. (2015). “*Tratado da Arbitragem*”. Coimbra: Edições Almedina, p. 90 e ss. Partilha desse mesmo entendimento: Monteiro, A. P., Silva, A. F., & Mirante, D. (2019), “*Manual de Arbitragem*”, Coimbra: Edições Almedina, p. 126. Quanto aos requisitos da convenção de arbitragem, podemos citar a seguinte jurisprudência: Ac. STJ-PT 3/10/91.

14 Monteiro, A. P. (2019), p. 126.

15 Barrocas, M. P. (2011), p. 143.

16 Quanto a possibilidade de formar caso julgado devemos ter em atenção que não se aplica a todos os casos. O legislador, no n.º 7 do art. 42.º da LAV, só considera a sentença arbitral com força de caso julgado nos casos em que a “*A sentença arbitral que não caiba recurso e que já não é suscetível de alteração no termo do artigo 45.º da LAV (...)*”. Para maior desenvolvimento sobre o caso julgado de decisões arbitrais domésticas: Cordeiro, A. M. (2015), p. 407.

17 Sobre a natureza e os efeitos da convenção de arbitragem, podemos citar a seguinte jurisprudência: Ac. STJ-PT 10/4/86; Ac. STJ-PT 29/5/91.

18 Gouveia, M. F. (2014). Em “*Curso de Resolução Alternativa de Litígios*”, Coimbra: Edições Almedina, p. 126.

2.2 EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem produz um efeito positivo e um efeito negativo¹⁹. O primeiro “*corresponde à atribuição de competência aos árbitros*”²⁰; o segundo “*consiste na exclusão da jurisdição dos tribunais estaduais para julgar os litígios abrangidos pela convenção por força e como efeito da celebração desta*”²¹. Ao se vincularem a uma cláusula compromissória, por exemplo, inelutavelmente surgirá na esfera jurídica de cada uma das partes, por força do princípio *pacta sunt servanda*²², um direito potestativo²³ de instaurar um procedimento arbitral e uma sujeição reflexa a esse direito, ou seja, ficará sujeito a que o litígio objeto da referida convenção seja resolvido por arbitragem. Assim, ao celebrarem este acordo, as partes renunciam ao seu direito de verem as controvérsias por ele abrangidas²⁴ decididas pelos tribunais comuns²⁵.

É de se notar que em Portugal²⁶⁻²⁷, no n.º 1 do art. 5.º da LAV²⁸⁻²⁹, prevê-se que “*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 (...)*”. Em harmonia com a lei de arbitragem está a alínea b) do art. 96.º do CPC que determina a incompetência absoluta do juiz estadual³⁰ para conhecer o mérito do caso nessas circunstâncias.

19 Neste sentido pronuncia-se a jurisprudência no Ac. STJ-PT 31/1/91.

20 Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020), “*Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*. Volume 1, Coimbra: Edições Almedina, p. 68-69. Sobre a competência dos árbitros: Ac. STJ-PT 15/10/96; Ac. STJ-PT 21/10/03.

21 Barrocas, M. P. (2011), p. 168.

22 Barrocas, M. P. (2011), p. 165.

23 Considera que o direito de ação arbitral tem natureza potestativa a jurisprudência consagrada no Ac. STJ-PT 11/11/03.

24 Para maior desenvolvimento: Barrocas, M. P. (2011), p. 156.

25 Monteiro, A. P. (2019), p. 186.

26 Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020), p. 69.

27 Remissão para a alínea a) do artigo 577.º do CPC, Portugal.

28 Devemos chamar a atenção para o facto de a parte final desse artigo prever exceções a essa regra. Monteiro, A. P. (2019), p. 186

29 Regulamentação do Efeito negativo em outras normas: Convenção de Nova Iorque, II/3; Lei Modelo da UNCITRAL, 1985 (Com as alterações adotadas em 2006), art. 8.º; Parágrafo 1032 da ZPO alemão e 1448.º do CPC francês.

30 Remissão para o art. 96.º do CPC, Portugal.

Nesse mesmo ordenamento jurídico, nos casos em que se instaura no tribunal estatal um litígio objeto de uma convenção de arbitragem, esta última não produz efeitos automáticos, ou seja, não afasta imediatamente a competência do tribunal comum. Para que os efeitos deste negócio se produzam é preciso que, diante do tribunal estatal, se verifiquem os seguintes requisitos: (i) a parte demandada invoque a existência de uma convenção de arbitragem³¹; (ii) faça prova da existência desta convenção; (iii) respeite o prazo previsto para o efeito³²; e (iv) o compromisso arbitral suscitado não seja manifestamente nulo³³, ineficaz ou inexecutável³⁴.

Ao não exercer o seu direito potestativo de ver seu pleito decidido por um tribunal arbitral, dentro do prazo permitido para o fazer, podemos interpretar que o réu renunciou a esse direito ou que houve revogação³⁵, tácita ou expressa, da convenção estabelecida entre as partes³⁶ (n^{os} 2 e 3 do art. 4.º da LAV). É de se interpretar que a renúncia terá lugar nos casos em que o direito a arbitragem decorre de uma cláusula compromissória³⁷. Essa interpretação fundamenta-se no fato de que, ainda que nenhuma das partes queiram invocar em um determinado caso concreto a existência da cláusula compromissória, a cláusula compromissória deve continuar a produzir efeitos para os demais casos abrangidos pelo seu objeto. A revogação, por sua vez, ainda que admitida livremente, tendo em atenção o limite temporal estipulado por lei (até a prolação da decisão arbitral), parece ser a consequência jurídica prevista no ordenamento jurídico português

31 Assim é, pois, a convenção de arbitragem não é de conhecimento oficioso. O facto de não ser de conhecimento oficioso faz com que o princípio competência-competência não seja integralmente assegurado na ordem jurídica portuguesa na medida em que a produção dos seus efeitos depende da convocação da existência da convenção de arbitragem por pelo menos uma das partes. Barrocas, M. P. (2011), p. 166.

32 Remissão *Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) - Lei n.º 63/2011*, 14 de Dezembro, n.º 1 do artigo 5.º. Para maior desenvolvimento: Cordeiro, A. M. (2015), p.120.

33 Para maior desenvolvimento: Pires, C. M. & Dias, R. P. (2020). No Ac. RL-PT 22/9/15 e Ac. RL-PT 22/2/18 a jurisprudência portuguesa se pronuncia sobre as cláusulas manifestamente nulas e seus efeitos.

34 Entendemos que o compromisso arbitral é, em regra, um negócio jurídico, apesar de reconhecermos desvios. Defende esse mesmo entendimento Cordeiro, A. M. (2015), p. 93.

35 Segundo A. M Cordeiro, “*A revogação tácita pode resultar de as partes, mau grado a existência de uma convenção de arbitragem, irem disputar-se para um tribunal do Estado, sem a invocarem.*”. O autor esclarece ainda que a exigência de forma escrita, nestes casos, poderia se verificar com a apresentação das peças processuais apresentadas pelo tribunal. Cordeiro, A. M. (2015), p. 115 e ss.

36 Para maior desenvolvimento Barrocas, M. P. (2011), p. 166.

37 Nos importa destacar que as cláusulas compromissórias previstas nos estatutos sociais têm, por regra, uma formulação abstrata com vista a se aplicar a mais de um litígio. Diferente destas são os compromissos arbitrais que, por regra, dizem respeito a um litígio pontual e concreto.

para os casos em que há um compromisso arbitral e este não é invocado pelas partes. Assim entende-se que o compromisso arbitral tem como objeto um litígio presente. Por isso, ao não suscitarem a preterição do tribunal estatal, estão a revogar o seu direito de socorrer ao tribunal arbitral, já que este não é válido para litígios futuros. Por fim, há de se destacar a previsão do n.º 1 do art. 5.º da LAV. Nestes artigos está prevista a caducidade dos compromissos arbitrais por não invocação tempestiva da exceção de preterição do tribunal arbitral³⁸.

Do exposto, conclui-se que o efeito negativo da convenção de arbitragem tem a função de proteger este negócio³⁹. Contudo, uma vez que esta proteção pode comprimir o princípio da autonomia da vontade⁴⁰, o legislador previu a exceção da preterição do tribunal arbitral⁴¹, com vista a identificar uma hierarquia entre esses dois interesses, salvaguardando a autonomia da vontade em detrimento da proteção do contrato nos casos em que as partes estiverem de acordo em desvincular-se do mesmo.

2.3 A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL PARA APRECIAR A SUA PRÓPRIA COMPETÊNCIA (PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA) E O AFASTAMENTO DA JURISDIÇÃO ESTATAL

O Princípio competência-competência⁴² encontra-se consagrado na doutrina alemã, e internacionalmente, com a seguinte formulação: “*o poder dos tribunais arbitrais decidirem sobre a sua própria competência, com força vinculativa geral*”⁴³. Apesar de não se confundir com o efeito negativo mencionado no ponto anterior, este princípio também é responsável por proteger a jurisdição do tribunal arbitral impedindo que esta seja recusada liminarmente pelo juiz estatal⁴⁴. Portanto, a legitimidade funcional do princípio competência-competência traduz-

38 Quanto a prescrição e caducidade do compromisso arbitral, remetemos para no caso do n.º 3 do art. 327.º CC e do art. 332.º do CC respetivamente.

39 Monteiro, A. P. (2019), p. 185.

40 N.º 2 do art. 4.º da LAV.. Monteiro, A. P. (2019), p. 185.

41 N.º 1 do art. 5.º, da LAV.

42 Conhecido internacionalmente pela sua nomenclatura em alemão “*kompetenz-kompetenz*”. Na jurisprudência portuguesa, entre outros, os acórdãos Ac. RL-PT 7/11/02, Ac. RL-PT 18/05/04, Ac. RL-PT 21/04/05, Ac. STJ-PT 26/4/16, Ac. RG-PT 30/01/14 e Ac. STJ-PT 03/20/18 abordam o tema do princípio da competência-competência.

43 Cordeiro, A. M. (2015), p. 195, ref. 801. Os acórdãos Ac. STJ-PT 15/10/96 e Ac. STJ-PT 21/10/03 abordam a questão da competência do tribunal arbitral.

44 Quanto a competência residual do tribunal estadual é possível encontrar maiores desenvolvimentos no Ac. RL-PT 21/04/05.

se em evitar o esvaziamento da eficácia prática da convenção de arbitragem, a qual poderia ser colocada em causa caso se se permitissem objeções jurisdicionais analisadas pelos tribunais estaduais⁴⁵. Assim como o princípio da autonomia da convenção de arbitragem⁴⁶, o Princípio competência-competência visa conferir máxima efetividade à convenção de arbitragem⁴⁷.

Este princípio compreende uma vertente positiva e outra negativa. A primeira consagra a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência, bem como quanto a existência, a validade e a extensão de uma convenção de arbitragem⁴⁸. Já a vertente negativa consagra a regra da “*prioridade em favor dos árbitros*”, isto é, atribui a preferência dos árbitros em relação aos juízes estatais para decidir o caso⁴⁹. Por força do Princípio competência-competência, no ordenamento jurídico português, em linha com o disposto na Convenção de Nova Iorque, o tribunal estadual que seja chamado a decidir um litígio objeto de uma convenção de arbitragem deve absolver o réu da instância, exceto quando exista motivo manifesto para não o fazer⁵⁰.

A jurisprudência portuguesa tem consolidado a seguinte interpretação do Princípio competência-competência: “*Face ao princípio consagrado no art. 18.º, n.º 1, da LAV, 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 judiciais⁵¹ só devem rejeitar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, deduzida por uma das partes, determinando o prosseguimento do processo perante a jurisdição estadual, quando seja manifesto e incontroverso que a convenção/cláusula compromissória invocada é inválida,*

45 Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020), p. 74.

46 *O Ac. RL-PT 27/11/03* aborda a questão do princípio da autonomia da convenção de arbitragem.

47 Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020), p. 74.

48 Chamamos atenção para a questão do paradoxo inerente a essa questão segundo o entendimento de Cordeiro, A. M. (2015), p. 193 e ss. A vertente positiva reconhece a competência deste tribunal para decidir sobre essa matéria ainda que estejamos diante de uma cláusula inválida. Sobre o efeito positivo da convenção de arbitragem, *Ac. STJ-PT 26/4/16*.

49 Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020), p. 74, cit. Gaillard, E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitragem internacional*, p. 18.

50 Para maior desenvolvimento: Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020), p. 74.

51 No presente texto, por razões de adaptação linguística aos termos usados no Brasil e em Portugal, devemos entender tribunais judiciais e tribunais estaduais como sinónimos.

ineficaz ou inexecutável ou que o litígio, de forma ostensiva, se não situa no respetivo âmbito de aplicação.”⁵².

Diferente aplicação do Princípio da competência-competência encontra-se consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, concretamente no parágrafo único do art. 8.º da Lei de Arbitragem Brasileira (LAB)⁵³, com a seguinte redação: “*Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória*”. Feita a remissão desse artigo para art. 20.º, 32.º, n.º 1, e 33.º da mesma lei depreende-se que no Brasil não há integral transposição do n.º 3 do art. II da Convenção de Nova Iorque⁵⁴, uma vez que não admite exceções à primazia temporal do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência. No entanto, apesar de consolidado em abstrato este entendimento, há desvios da sua aplicação no caso concreto. O acórdão do STJ, objeto de análise deste trabalho, é um exemplo deste desvio uma vez que neste foi decidido pela não competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência, bem como para decidir a validade e existência do Artigo 58.º⁵⁵.

2.4 O ENTENDIMENTO DO STJ BRASILEIRO E SEUS FUNDAMENTOS

Para analisar o entendimento consagrado no ordenamento jurídico brasileiro acerca da aplicação do princípio competência-competência, partir-se-á do relatório da ministra N. Adrighi, voto vencido, proferido no Ac. do STJ. Segundo esta “*(...) a aplicação do princípio competência-competência no âmbito das arbitragens, para que não seja inoportuna ou indevida a interferência do Poder Judiciário, deve-se respeitar a precedência temporal da decisão arbitral e, somente após realizar o adequado controle pela via judicial*”. Defende a ministra que apenas esse entendimento se mostra coerente com “*uma política de respeito à vontade das partes, que optaram pela arbitragem na solução dos seus conflitos*” e configura uma “*garantia de acesso à jurisdição arbitral*”. Além disso, a ministra N. Adrighi sustenta que

52 Consolidada este entendimento a seguinte jurisprudência: Ac. STJ-PT 20/3/18. Sobre a exceção dilatória da preterição do tribunal arbitral os acórdãos Ac. RP-PT 23/3/04 e Ac. RC-PT 05/02/2013.

53 Lei Federal n.º 9.307/1996, alterado pela Lei n.º 13.129/2015.

54 Felipe V.; cit. Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020), p. 75.

55 Outra particularidade do ordenamento jurídico brasileiro é a aceitação de processos concorrenciais entre o tribunal arbitral e o tribunal judicial. Para maior desenvolvimento, Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020), p 75 e ss.

interpretação diversa ofenderia o poder e a autonomia das decisões dos árbitros e configuraria uma obstrução do procedimento arbitral⁵⁶.

Relativamente ao alcance da cláusula compromissória e do Princípio competência-competência, a ministra defende que *“a fixação do alcance da cláusula compromissória está incluída no princípio competência-competência, devendo ser conferida preferência lógico-temporal ao tribunal arbitral para a interpretação quanto aos legítimos limites do compromisso arbitral.”*. No art. 8.º da Lei brasileira de arbitragem (LAB), o legislador prevê que *“A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”*. Do exposto, é de se concluir que o posicionamento da ministra N. Adrighi sobre a relação do princípio competência-competência e a produção dos efeitos das cláusulas compromissórias é coerente com o espírito do direito brasileiro. Além disso, do apresentado também é possível inferir que, a semelhança do ordenamento jurídico português, verifica-se a intenção do legislador brasileiro em blindar as cláusulas compromissórias do eventual esvaziamento que poderia se verificar caso fosse possível uma intervenção precoce do juízo estadual. Dito isto, será analisado em seguida os casos em que as convenções de arbitragem não produzem seus efeitos e as razões que justificam essas exceções.

3 EXCEÇÕES A PRODUÇÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E A MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

3.1 EXCEÇÕES

Conforme mencionado no ponto 2.2 deste texto em Portugal, quando estamos diante da situação em que se instaura no tribunal judicial um litígio objeto de convenção de arbitragem, esta não produz automaticamente os seus efeitos. Para afastar a competência do tribunal judicial é preciso que se preencham os já mencionados pressupostos. Caso isso não ocorra, o tribunal

56 Nesse sentido esta a doutrina de Cahali, F. J., (2011), *“Curso de arbitragem”*, São Paulo: RT, p. 231.

estatal será o tribunal competente para dirimir o litígio em causa, ainda que este seja objeto de uma convenção de arbitragem⁵⁷.

Para além dessa hipótese, de acordo com a parte final do n.º 1 do art. 5.º da LAV, o tribunal arbitral também pode perder a sua competência em casos de “manifesta” nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade da convenção de arbitragem⁵⁸. A. M. Cordeiro entende que a figura da “nulidade manifesta” é particular do direito da arbitragem e goza de estreita aplicabilidade⁵⁹. Para que se reconheça este instituto, o autor defende que é preciso que a nulidade “(...) *seja constatável independentemente da produção complementar de prova.*” pois “(...) *se há dúvidas, a nulidade (ou outra invalidade) já não é manifesta.*”⁶⁰.

Nos casos de invalidade manifesta, ainda que haja requerimento do réu para absolvição desse da instância, o juiz judicial não deve fazê-lo. Entende-se que “(...) *são apreciáveis ex officio as situações (i) de inarbitrabilidade em face do 1.º da LAV; (2) de nulidade não-sanável da convenção de arbitragem (...); reconduzimos à nulidade não-sanável a situações ditas de inexistência.*”⁶¹. Para além desta hipótese, a intervenção do poder estatal está limitada ao controle *a posteriori* através da ação de anulação ou de oposição à execução da sentença arbitral⁶². A anulação de sentença arbitral esta prevista art. 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea i), nos seguintes termos: “3 – *A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: a) A parte que faz o pedido demonstrar que: i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afetada por uma incapacidade; ou que essa convenção não é válida nos*

57 N.º 1 do art. 5.º da LAV. Na jurisprudência portuguesa, foi decidido pela incompetência do tribunal arbitral nos seguintes acórdãos: Ac. STJ-PT 6/1/77 (falta de arbitrabilidade objetiva); Ac. RL-PT. 9/11/00 e Ac. RL-PT. 24/11/05 (alargamento do objeto para além do previsto na convenção de arbitragem.); Ac. RL-PT 11/1/11 (objetos indisponíveis.). No Ac. RL-PT. 7/11/02, por sua vez, a jurisprudência decide pela incompetência do tribunal e a aplicação do princípio competência-competência nestes casos.

58 Para melhor desenvolvimento: Cordeiro, A. M. (2015), p. 109-112, onde se encontra o autor desenvolve o entendimento da Doutrina portuguesa sobre o alcance das invalidades.

59 Cordeiro, A. M. (2015), p. 111.

60 Cordeiro, A. M. (2015), p. 121. Em sentido semelhante ao defendido pela doutrina citada, decide o Ac. RG-PT 30/01/14, sobre os requisitos da “*nulidade manifesta*”.

61 Cordeiro, A. M. (2015), p. 205.

62 N.º 4 do art. 39.º; art. 46.º e art. 48.º da LAV.

*termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da presente lei.”*⁶³.

A lei brasileira, por sua vez, não admite “(...) exceções à prerrogativa do tribunal arbitral para decidir com primazia temporal, sobre a sua própria jurisdição.”⁶⁴. Segundo F. V. Sperandio “(...) não cabe ao poder judiciário examinar, sequer superficialmente, impugnações à convenção de arbitragem.”⁶⁵. Contudo, as cortes superiores do Brasil têm admitido uma única exceção a prerrogativa do tribunal arbitral nos casos em que se verificam cláusula *prima facie* “patológica”⁶⁶. Apesar de haver alguma flutuação na definição deste conceito, ele tem sido frequentemente empregado na classificação dos casos de cláusulas compromissórias inválidas ou defeituosas. Para este efeito, entende-se por defeituosos os acordos que suscitam “(...) dúvidas interpretativas, por ambiguidade, incoerência ou imperfeição, muitas vezes colocando em causa a própria vontade das partes em arbitrar.”⁶⁷.

A problemática das cláusulas defeituosas é comum a todos os ordenamentos jurídicos e tem encontrado diferentes soluções. Há ordenamentos jurídicos, como o português, que, nestes casos, optam por atribuir a competência ao próprio tribunal arbitral para utilizar técnicas de interpretação e, eventualmente, integração da cláusula com vista a fixar o sentido pretendido pelas partes. Noutros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, parece vigorar o princípio da “(...) salvação da convenção arbitral (...)”⁶⁸, ainda que seja com o auxílio do tribunal estatal por meio de uma figura próxima da “*execução específica da cláusula compromissória*” (artigo 7.º da LAB).

De acordo com o marco teórico estipulado no presente trabalho as “Cláusulas Patológicas” são o único grupo de casos em que se admite, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a compressão do princípio competência-competência. Sendo assim, investigaremos, a partir da decisão do STJ, sobretudo a partir do relatório da ministra N. Adrigli, qual foi a definição de

63 Para aprofundar a interpretação desta norma: Barrocas, M. P. (2011), p. 167.

64 Sperandio, F. V. (2018). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil: Revista dos Tribunais, p. 86.

65 Sperandio, F. V. (2018).

66 Como veremos a seguir na análise do Ac. STJ.

67 Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020), p. 67; Cordeiro, A. M. (2015), p. 205.

68 Sperandio, F. V. (2018), p. 110.

cláusulas patológicas acolhida pelo tribunal brasileiro e a confrontaremos com entendimento sobre esta consagrado na doutrina portuguesa.

3.2 AS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS SEGUNDO O AC. STJ

A ministra N. Adrighi considera cláusulas patológicas aquelas que padecem de manifesta ilegalidade⁶⁹. Segundo ela, dado o alto grau de vício *prima facie* identificado nestas cláusulas, as mesmas perdem a força vinculante⁷⁰. Sendo assim, a semelhança do ordenamento jurídico português, a verificação de uma cláusula patológica implicaria uma compressão do princípio competência-competência. Contudo, a ministra chama atenção para o fato de, assim como no ordenamento jurídico luso, este ser um conceito de aplicação estreita e, portanto, aplicável apenas nas hipóteses “*verdadeiramente patológicas*”. A ministra N. Adrighi enfatiza o fato de que “*(...) a atuação judicial prévia à decisão do Tribunal Arbitral deve estar fundamentada em uma ilegalidade “patológica”, grave o suficiente para excetuar o princípio da competência-competência.*”. Posto isso, N. Adrighi entende que para se concluir pela patologia de uma cláusula é necessário um “exame patológico” partindo do seguinte raciocínio:*(...) É certo que para submeter determinado litígio à arbitragem é necessário que elas sejam arbitráveis pelo aspeto objetivo e subjetivo e, logo, deve haver arbitrabilidade subjetiva e a objetiva. Assim, a arbitrabilidade subjetiva diz respeito à possibilidade de determinada pessoa ser parte em arbitragens. A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, diz respeito à matéria a ser arbitrada que, segundo o art. 1.º da Lei 9.307/96 deve versar sobre “direitos patrimoniais disponíveis”. Dessa forma, a partir dos argumentos trazidos aos autos, devem ser realizados dois “exames patológicos”: (i) o primeiro relacionado ao aspeto subjetivo, quer dizer, a manifestação da União é válida; (ii) o litígio versa sobre direito patrimonial disponível, isto é, há arbitrabilidade objetiva?”*⁷¹.

Para além das cláusulas patológicas, o ministro M. A. Bellizze, voto vencedor no Ac. STJ, socorre-se da doutrina de Arnaldo Wald para acrescentar outras situações em que é defensável “*(...) a inaplicabilidade, pelo menos à modulação do princípio competência-competência*

69 O ministro M. A. Bellizze, p. 38 do Ac. STJ se pronuncia nesse mesmo sentido.

70 Ac. STJ, p. 19 e ss. Nestas páginas a ministra N. Adrighi cita jurisprudência neste sentido.

71 Ac. STJ, p. 20 e ss.

(...)72”. São eles : a) por falta de termo de compromisso, ou por considerar que a cláusula compromissória, embora referindo-se a determinada entidade especializada, estava sujeita à decisão judicial para nomear árbitros; b) por entendimento de descaber arbitragem, em geral tratando-se de contratos administrativos ou de negócios jurídicos firmados por empresas públicas e sociedade de economia mista, de operações de consumo ou de contratos de adesão; c) por considerar que a cláusula compromissória é facultativa quando há referência à competência dos tribunais estatais como sendo competentes73.

Do exposto, podemos identificar estreitos pontos de contactos entre as “cláusulas patológicas” mencionadas Ac. do STJ e a figura das cláusulas manifestamente nulas encontradas no ordenamento jurídico luso. Ambas têm em comum o fato de serem assim classificadas, essencialmente, por gozarem de vícios relativos aos requisitos de arbitrabilidade. Além disso, em ambos os casos, a consequência jurídica destas cláusulas é a limitação da produção dos seus efeitos, em especial a não aplicação do princípio competência-competência.

Uma vez que é objetivo do presente trabalho analisar a validade da cláusula compromissória prevista no Artigo 58.º, nos importa aprofundar o estudo nos casos em que esta não produz seus efeitos. Sendo assim, nos próximos pontos passaremos a analisar a questão da vinculação das partes à convenção de arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), em especial quando for parte o Estado, e da disponibilidade do direito em litígio (arbitrabilidade objetiva), com especial enfoque para a questão da arbitragem societária. Para esse efeito faremos um enquadramento geral desta temática à luz do ordenamento jurídico português e, em seguida, confrontaremos com a visão brasileira sobre o tema, retirada do relatório apresentado pela ministra N. Adrighi no Ac. do STJ.

72 Remissão para seguinte decisão judicial: Maíra de Melo Vieira. Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no R Esp 1.082.498/MT. In Arnoldo Wald (Coord.). Revista de arbitragem e mediação. v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005, p. 374.

73 Wald, A. (2004), “*Os meios judiciais de controle de sentença arbitral*”, Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. I; n.º 1.

3.3 A VINCULAÇÃO DO ESTADO À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM (ARBITRABILIDADE SUBJETIVA)

3.3.1 *A arbitrabilidade subjetiva*

Em termos gerais, A. S. Caramelo⁷⁴ descreve a arbitrabilidade da seguinte forma: “(...) *Diz-se arbitrabilidade a qualidade, própria de um litígio, atual ou possível no futuro, de poder ser dirimido com recurso a árbitros (...)*”⁷⁵. Segundo Redfern e Hunter “*O conceito de arbitrabilidade, propriamente dito, respeita às limitações de ordem pública (public policy) impostas à arbitragem como método de resolução de litígios. Cada estado pode decidir, em conformidade com a sua política económica e social, que matérias podem ser resolvidas por arbitragem e as que não podem. (...)*”⁷⁶.

No que se refere a arbitrabilidade subjetiva, em específico, encontramos na doutrina diferentes definições para esta figura, apesar de ser pacífico o entendimento de que este requisito delimita “(...) *quem é ou pode em tese ser atingido pela eficácia de determinada convenção de arbitragem.*”⁷⁷. A. M. Cordeiro qualifica esta como sendo o fator que “(...) *exprime a relação existente entre as partes e o litígio e que lhe confere legitimidade para se comprometerem com árbitros. (...)*”⁷⁸. A partir deste entendimento, o autor enfatiza ainda que é requisito para arbitrabilidade subjetiva que o litígio objeto da convenção de arbitragem lhes digam respeito, sob pena de colocar em causa a legitimidade processual dos contraentes. Como fundamento deste argumento A. M. Cordeiro sustenta que a referida legitimidade emana do fato de as partes contraentes da convenção de arbitragem serem elas próprias titulares dos direitos ou das pretensões objeto deste acordo⁷⁹.

74 Caramelo, S. A. (2006), ROA, reflexões de jure condendo, “*A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*”, p. 1233-1265.

75 Vai ao encontro com esta definição a doutrina brasileira de Franzoni, D. (2017), “*Notas sobre a arbitrabilidade dos litígios societários no Direito brasileiro*”, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, p. 7.

76 Redfern, & Hunter. (s.d.). International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell. 2.º edição, p. 137; Barrocas, M. P. (2011), p. 100.

77 Franzoni, D. (2017), p. 8.

78 Cordeiro, A. M. (2015), p. 94.

79 Cordeiro, A. M. (2015), p. 95.

Quanto a classificação jurídica do conceito de arbitrabilidade subjetiva M. P. Barrocas, defende que “*O que se tem denominado por arbitrabilidade subjetiva é para nós matéria da capacidade do estado e de outros entes públicos e não de arbitrabilidade.*”⁸⁰. Ao partir deste pressuposto, o autor diferencia a arbitrabilidade subjetiva face aos particulares e face aos entes públicos. Quanto aos primeiros, M. P. Barrocas entende que “*Todos os sujeitos jurídicos privados, individuais ou coletivos, têm, em princípio, capacidade de gozo para ser parte de uma convenção de arbitragem. A questão coloca-se, portanto, sobretudo, no campo do estado e dos entes públicos em geral (...).*”⁸¹. Relativamente ao segundo, o autor defende que “*(...) muitas das matérias consideradas em geral de não arbitrabilidade subjetiva não deixam de ser, em tese, arbitráveis. Simplesmente, os entes públicos em questão ou não dispõem de capacidade legal para resolver os litígios em arbitragem ou têm-na, mas carecem, como condição de procedibilidade, da autorização legal exigida*”⁸². Apesar da reflexão proposta por M. P. Barrocas quanto a existência concreta da arbitrabilidade subjetiva, enquanto instituto diverso da capacidade jurídica, é relativamente pacífico o reconhecimento desta figura na doutrina portuguesa e internacional. Apesar de não se confundir com a capacidade jurídica, à luz do referencial teórico proposto por este trabalho, bem como para autores como J. M. Vitorino⁸³ e A. P. de Oliveira⁸⁴, a arbitrabilidade subjetiva tem sido classificada como requisito de capacidade das partes. No entanto, nos parece possível propor um diferente enquadramento para este conceito.

Ao analisarmos a letra da lei do n.º 5 do Art. 1.º da LAV não é possível depreender uma classificação inquestionável da figura da arbitrabilidade subjetiva. Contudo, partindo da definição de arbitrabilidade subjetiva proposta anteriormente e da análise cautelosa da definição de capacidade jurídica, acreditamos que a arbitrabilidade subjetiva pode ser antes tomada como uma admissibilidade legal. Afastamos o enquadramento deste requisito como matéria de capacidade jurídica com fundamento no art. 180.º do CC⁸⁵. Da interpretação desta norma é

80 Barrocas, M. P. (2011), p. 99 -100.

81 Barrocas, M. P. (2011), p. 105.

82 Barrocas, M. P. (2011), p. 99 -100.

83 Vitorino, J. M. (2017), “*Contributo para a construção de um critério de arbitrabilidade na arbitragem de Direito Administrativo*”, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, p. 129.

84 Vitorino, J. M. (2017), p. 129, rodapé 11.

85 Fernandes, L. C., & Proença, J. B. (2014). “*Comentário ao Código Civil*”, Lisboa: Universidade Católica Editora, comentado por A. A. Guedes.

possível concluir que as partes de uma convenção de arbitragem, por serem pessoas dotadas de personalidade jurídica⁸⁶, serão sempre dotados de capacidade jurídica e, portanto, titulares de um círculo mais ou menos amplo de relações jurídicas⁸⁷. Sendo assim, qualquer impedimento destas de celebrar uma convenção de arbitragem será, antes, uma proibição legislativa, não obstante da capacidade das partes, nomeadamente por motivos políticos, sociais e económicos. Por isso, propomos que a arbitrabilidade subjetiva seja classificada como matéria de licitude, ainda que através da não proibição de determinado sujeito, seja ele público ou privado, se vincular a uma convenção de arbitragem.

3.3.2 *A União como parte na convenção à luz do ordenamento jurídico português*

Como foi proposto anteriormente, acreditamos que a arbitrabilidade subjetiva é uma questão de admissibilidade legal. Ora, sendo assim, este requisito apenas não se verificará se o legislador expressamente proibir determinada pessoa de celebrar uma convenção de arbitragem. Por conseguinte, nos casos em que são partes da convenção de arbitragem particulares, é relativamente pacífico na doutrina e na jurisprudência que “(...) *todos os sujeitos jurídicos privados, individuais ou coletivos, têm, em princípio, capacidade de gozo para ser parte de uma convenção de arbitragem.*”⁸⁸. Contudo, nos casos em que pelo menos uma das partes deste negócio jurídico é o Estado, ou outra pessoa coletiva pública, a discussão permanece vivida e não há um entendimento inequívoco quanto aos contornos da arbitrabilidade subjetiva aplicada a estas pessoas.

M. P. Barrocas se posiciona quanto a esta temática da seguinte forma: “(...) *no campo do estado e dos entes públicos em geral, em princípio, dada a sua natureza jurídica e, sobretudo, as suas atribuições, públicas, não estão autorizados legalmente a celebrar convenções de arbitragem, a não ser que as normas jurídicas do seu estatuto ou lei geral limitadamente autorizem o contrário. (...).*”. Entretanto, atualmente, no n.º 5 do art. 1.º da LAV o legislador pode(?) autorizar o Estado a celebrar convenções arbitrais nos seguintes termos: “*O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto*

86 No ordenamento jurídico português, por força do art. 5.º do CSC todas as sociedades comerciais gozam de personalidade jurídica a partir inscrição definitiva no registo civil.

87 Pinto, C. A. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora, p. 318.

88 Barrocas, M. P. (2011), p. 105.

litígios de direito privado.” A partir desta norma, é de se interpretar que o Estado, quando atuar nas vestes de um particular, a semelhança deste, dispõe de ampla arbitrabilidade subjetiva.

3.3.3 O entendimento do STJ sobre a questão da arbitrabilidade subjetiva

Delineado os contornos da arbitrabilidade subjetiva à luz da doutrina portuguesa, passaremos a analisar a decisão do STJ, com vista a identificar qual foi a interpretação consagrada no ordenamento jurídico brasileiro acerca deste mesmo tema. Posto isto, à semelhança do que foi realizado à luz do ordenamento jurídico português, passaremos a analisar, sucintamente, a arbitrabilidade subjetiva no caso específico de envolver um ente público, em especial a União.

A ministra N. Adrighi entende que “(...) *O aspecto subjetivo da arbitrabilidade subjetiva refere-se à capacidade da pessoa para se submeter ao juízo arbitral. Assim, qualquer pessoa, para participar de uma arbitragem, deve ser plenamente capaz de assumir direitos e obrigações. (...) ‘o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direitos’*⁸⁹. (...) *‘Nessa qualidade, o Estado também possui capacidade de firmar direitos e obrigações e, conseqüentemente, de se submeter ao juízo arbitral.’*⁹⁰⁻⁹¹ *‘(...) o ordenamento confere ao Estado uma capacidade genérica para comprometer-se e contratar, o que é inferido de sua personalidade jurídica de direito público.’*⁹² (...). *Dessa forma, não há qualquer óbice para o Estado utilizar a arbitragem para solucionar conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Ao contrário, negar acesso à administração pública à arbitragem equivaleria a negar vigência ao art. 1º da Lei 9.307/93.’*⁹³.”

O ministro L. F. Salomão, voto vencedor, e o ministro M. A. Bellizze proferem em seus relatórios interpretação distinta da supramencionada acerca da arbitrabilidade subjetiva do Estado. Ambos, ainda que sem negar a possibilidade do Estado como parte num processo

89 Mello, C. A. (2008). *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, p. 65.

90 Ribeiro, D. A. (2013). *Arbitragem e Poder Público*, ano 2, nº 3, p. 157 -188. No mesmo sentido Oliveira, G. J. (2005). *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, São Paulo Malheiros, In: SUNDFELD (Coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 588

91 Ribeiro, D. A. (2013), p. 157 -188,

92 Oliveira, G. J. (2005). p. 588.

93 Chamamos a atenção para o facto de não concordarmos com a classificação da arbitragem subjetiva como sendo matéria de capacidade jurídica. Contudo, em momento posterior aprofundaremos essa problemática.

arbitral, defendem que, para esse efeito, é preciso que se verifiquem requisitos mais exigentes para se apurar a arbitrabilidade subjetiva quando esteja em causa a Administração Pública. O ministro L. F. Salomão entende que “(...) *em se tratando da Administração Pública, a própria manifestação de vontade do ente está condicionada ao princípio da legalidade, mediante interpretação restritiva, nos termos da cláusula ‘compromissória’.*”.

A divergência entre os ministros reside, em grande medida, no desentendimento destes quanto a justa interpretação da própria cláusula compromissória, bem como da norma jurídica aplicada ao caso e a sua aplicação no tempo. Se por um lado a ministra N. Adrighi defende uma interpretação teleológica e atualista das normas, bem como do próprio Artigo 58.º, os demais ministros, propõe antes uma interpretação restritiva destas. Essa ausência de um entendimento comum entre os ministros evidencia a nebulosidade que rodeia a temática da arbitrabilidade subjetiva envolvendo a Administração Pública.

Apesar da interpretação proposta pela ministra N. Adrighi não ter sido a interpretação aceita pela maioria no Ac. SJT, há fortes motivos para a apoiar. Em um mundo globalizado, em que as empresas estatais atuam frequentemente nos mesmos moldes que os demais operadores de mercado, nos parece ser uma desvantagem concorrencial não admitir que o Estado disponha das mesmas ferramentas jurídicas do que seus concorrentes. Sendo assim, dada a eficiência, celeridade e especialidade da arbitrabilidade subjetiva, vislumbramos esse instrumento como essencial para a resolução de litígios em negócios internacionais e nacionais, parecendo contrário ao interesse público limitar a arbitrabilidade subjetiva do Estado.

3.4 A DISPONIBILIDADE DO DIREITOS EM LITÍGIO (ARBITRABILIDADE OBJETIVA)

3.4.1 A arbitrabilidade objetiva

A arbitrabilidade objetiva “(...) *retrata as características próprias da matéria em discussão e que habilitam à sua discussão por árbitros*⁹⁴(...)”. Segundo A. M. Cordeiro⁹⁵, há, essencialmente, dois requisitos⁹⁶, para se apurar a arbitrabilidade objetiva: patrimonialidade e

94 Cordeiro, A. M. (2015), p. 94.

95 Cordeiro, A. M. (2015), p. 94.

96 Também se discute a existência do requisito de ordem pública em alguns ordenamentos jurídicos, mas que não é pacificamente aceite no ordenamento jurídico português. Para maior desenvolvimento do tema, Cordeiro, A. M. (2015), p. 95 e 443 e ss.

transacionalidade⁹⁷⁻⁹⁸. Para este efeito, considera-se um interesse patrimonial aquele cujo objeto possa ser conversível em dinheiro e que a lei não proíba a sua monetização. Interesse transacionável, por sua vez⁹⁹, é aquele cuja “(...) *matéria subjacente ao mesmo disser respeito a uma matéria livremente renunciável pelas partes (...)*.”¹⁰⁰. Entendemos que a melhor interpretação para o n.º 2 do art. 1.º da LAV é de que estes requisitos não são cumulativos, uma vez que se admite a arbitrabilidade não-patrimonial que, desde que transacionável e não proibidos por lei, podem ser resolvidos por arbitragem.¹⁰¹.

Na doutrina brasileira, em linha com o exposto, encontramos a seguinte definição: “*A arbitrabilidade objetiva diz respeito ao objeto da convenção de arbitragem e da própria arbitragem, funcionando como um filtro aos litígios e matérias que podem ser submetidas a arbitragem.*”¹⁰². A arbitrabilidade objetiva, chamada de “*arbitrabilidade propriamente dita*” por M. P. Barrocas, diferentemente da arbitrabilidade subjetiva, não é regulada pelo regime geral dos negócios jurídicos. Segundo o autor, “*A suscetibilidade, ou não, de um litígio ser submetido a arbitragem é uma questão que depende do critério adotado por cada lei nacional, no sentido de entender que, dada a natureza do litígio, em termos gerais, apenas os tribunais judiciais podem julgá-lo ou, ao invés, também os tribunais arbitrais o podem fazer.*”. Constatase uma evolução legislativa no sentido de expandir o conjunto de matérias arbitrais.

Segundo C. A. F. Cadilha, juiz conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça jubilado, em decorrência deste movimento “(...) *coloca com maior acuidade a questão de saber se existem*

97 Para maior desenvolvimento da evolução desse requisito no ordenamento jurídico português: Barrocas, M. P. (2011), p. 98. e Vitorino, J. M. (2017), p. 138.

Note-se que este requisito é retirado do n.º 2 do art. 1.º da LAV, que ampliou o escopo dos objetos arbitráveis para além dos abrangidos pelo requisito da patrimonialidade.

Também chamamos a atenção para o facto deste não ser um entendimento unânime na doutrina portuguesa. A. S. Caramelo, por exemplo, defende interpretação diversa, na obra Caramelo, A. S. (2006). ROA - reflexões *de jure condendo*. *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*, p. 1233-1265. Citado na nota de rodapé 38 do livro anteriormente citado.

98 Há na doutrina quem fale sobre o requisito renunciabilidade.

99 Esse requisito encontra-se consagrado, com sentido semelhante, no artigo 1249.º do CC, apesar de ser menos amplo do que o consolidado na lei de arbitragem.

100 Vitorino, J. M. (2017), p. 129.

101 Cordeiro, A. M. (2015), p. 95. Também chamamos a atenção a questão da ordem pública que desenvolvida nesta mesma obra, p. 95 e 443 e ss.

102 Franzoni, D. (2017), p. 9.

limites expressos ou implícitos à constituição de tribunais arbitrais que possam resultar de uma reserva de jurisdição estadual que permita delimitar uma garantia de tutela jurisdicional exclusivamente pública subtraída a qualquer outra alternativa.”. O referido juiz acredita que a resposta a esta questão passa por uma leitura conjunta da LAV, CPTA e ETAF, bem como do n.º 3 do art. 212.º da CRP, que trata da competência dos tribunais administrativos. Após equacionar as referidas normas, C. A. F. Cadilha conclui que “*Não pode afirmar-se, em termos gerais, a existência de uma reserva de jurisdição estadual em direito administrativo fora dos casos em que seja a constituição a remeter para uma autoridade judicial a resolução de um litígio jurídico-administrativo.*”¹⁰³.

Do exposto, acreditamos que a menos que haja norma expressa a proibir a arbitrabilidade de determinada matéria, o ordenamento jurídico português aceita amplamente a arbitrabilidade de qualquer litígio, ainda que se trate de matéria de direito público. Além disso, é de chamar a atenção para o caso de formulações genéricas. Nestes casos, concordamos com o entendimento de M. P. Barrocas ao defender que “*(...) caso estas atribuam competência aos tribunais estaduais para conhecer de certas questões não significa que os tribunais arbitrais não possam ser competentes (...).*”¹⁰⁴.

3.4.2 O entendimento do STJ brasileiro sobre a questão da arbitrabilidade objetiva

A ministra N. Adrighi define arbitrabilidade objetiva como aquela que “*(...) diz respeito ao objeto, à matéria a ser arbitrada que, segundo o art. 1.º da Lei 9.307/1996 deve corresponder a ‘direitos patrimoniais disponíveis’ (...)*”. Desta definição identificamos, a semelhança do ordenamento jurídico português, dois requisitos para se apurar arbitrabilidade objetiva no caso concreto: a disponibilidade e o carácter patrimonial da controvérsia. Para este efeito, a ministra defende que “*(...) a concepção de indisponibilidade que interessa para determinar-se a arbitrabilidade da matéria é aquela relacionada à necessidade de intervenção jurisdicional (...)*¹⁰⁵”. Relativo a patrimonialidade, prevista neste mesmo artigo da lei brasileira, a ministra acredita referir-se “*(...) ao carácter patrimonial da controvérsia a ser submetida ao Tribunal Arbitral. Assim, não apenas o objeto do interesse deve possuir valor económico, mas*

103 Cadilha, C. A. (2017), p. 96-124; Vitorino, J. M. (2017), p. 124.

104 Barrocas, M. P. (2011), p. 105.

105 Talamini, E. (2005). “*Arbitragem e parceria público-privado (PPP); Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*”. São Paulo: RT.

também seu inadimplemento deve poder ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo económico.”.

Delimitado os contornos dos conceitos suprarreferidos, em relação ao requisito da indisponibilidade, a ministra N. Adrighi passa a esclarecer as nuances da problemática da indisponibilidade do interesse público que foi suscitada na controvérsia sob análise. A ministra defende que *“O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao ‘interesse público’. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que, indisponível, é o interesse público, e não o interesse da administração.”*. Por fim, a ministra reforça este entendimento com a citação de Arnold Wald e André Serrão que defendem que: *“O acesso à segurança jurídica, à celeridade e a especialização técnica de um tribunal arbitral podem constituir um interesse público primário, cuja indisponibilidade, ao contrário de proibir sua utilização, estaria a exigir que a Administração Pública viesse a valer-se da arbitragem¹⁰⁶”*.

Da justificativa apresentada pelo ministro M. A. Bellizze, pode-se confirmar a intenção deste de tutelar o referido interesse secundário na medida em que este justifica a não arbitrabilidade do litígio com base no fato de esta decisão *“(…) repercutir, negativamente, na esfera jurídica desta (União).”¹⁰⁷*. Contudo, esta não parece ser a interpretação mais coerente com o sistema jurídico brasileiro. Defender o esvaziamento do princípio competência-competência com base neste fundamento faz com que o acordo estabelecido entre as partes produza efeitos análogos aos efeitos produzidos por uma obrigação natural, na medida em que as partes só devem cumpri-la se assim o entenderem. Consolidar esta interpretação poderá repercutir negativamente na imagem do Brasil como operador económico, visto que o resultado negativo de um negócio jurídico é um risco natural do comércio e, definir a arbitrabilidade do litígio com base neste risco, gerará precariedade e insegurança no tráfego negocial.

106 Wald, A., & Serrão, A. (2008). Revista de Arbitragem e Mediação, p. 20.

107 Trecho retirado da manifestação de M. A. Bellizze no Ac. STJ.

3.5 ARBITRAGEM SOCIETÁRIA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

De acordo com a definição proposta por P. Maia, a arbitragem societária deve se entendida como aquela que versa sobre os litígios societários¹⁰⁸ e somente estes ¹⁰⁹. Há ordenamentos jurídicos, nomeadamente o Brasil, que já definiram e consolidaram opções legislativas sobre este tema com vista a dar respostas a algumas das questões que envolvem esta área do direito (por exemplo, o art. 136.º da Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976). Contudo, outros ordenamentos, como o português, dada a complexidade das questões que rodeiam esse ramo da arbitragem, continuam a discutir as nuances que envolvem a elaboração de um Regime Jurídico da Arbitragem Societária (RJAS)¹¹⁰. Uma vez que um dos objetivos do presente trabalho é dar resposta a questão da validade do Artigo 58.º dos Estatutos da Petrobras no contexto empresarial português, passaremos a analisar alguns dos pontos relevantes para se apurar a solução para esta problemática.

Em Portugal, por não haver leis específicas sobre esta matéria, socorrer-nos das normas gerais¹¹¹. À luz deste ordenamento jurídico, considerando que a generalidade dos litígios de direito societário são de cariz patrimonial e de acordo com a atual redação da LAV, nos parece que nada obsta que estes sejam objeto de convenções de arbitragem¹¹². Contudo, a natureza jurídica da arbitragem societária remete-nos para uma problemática acessória da primeira: a

108 Sobre a arbitrabilidade de litígios societários encontramos, nomeadamente, a seguinte consagração jurisprudencial: Ac. STJ-PT. 12/3/63; Ac. RL-PT18/5/77; Ac. RL-PT 15/04/86.

109 Para este efeito, Dr. Pedro Maia define litígios societários como sendo aqueles que “(...) a sociedade e/ou seus sócios (elemento subjetivo) sejam partes e versem sobre aspetos da relação societária (elemento objetivo)”. Maia, P. (2017), “Arbitragem societária: presente e prospectiva”, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, p. 43 e ss.

110 Este regime é resultado de um estudo feito por Pedro Maia, Paulo de Tarso Domingues, Miguel Pinto Cardoso, Ana Perestrelo de Oliveira e Rui Pereira Dias e publicado no dia 06/05/2016, com vista “à consagração de um quadro jurídico incentivador da arbitragem societária no nosso país”, conforme foi descrito por Pedro Siza Vieira, no “Relatório de Gestão do Exercício de 2015” da Direção da APA, na “Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 9” (2016), p. 154.

111 “(...) Estado de direito é um Estado, ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e delimitada pelo direito.” Canotilho, J. J. (1999). *Estado de Direito*. Lisboa: Grandiva, p. 4.

112 Para se aprofundar na evolução legislativa relativamente ao critério da arbitrabilidade objetiva, Maia, P. (2017), p. 48 e ss.

questão de saber se o ordenamento jurídico luso permite que uma convenção de arbitragem vincule as partes através da sua estipulação nos estatutos da empresa.

Buscando responder a questão acima, devemos ter presente que as convenções de arbitragem são, segundo o nosso entendimento, um negócio jurídico. Para vincular-se a este, salvo nos casos de arbitragem obrigatória, é preciso que as partes manifestem a sua vontade nesta direção. Quando estas são estipuladas em acordos parassociais¹¹³, com alguma facilidade se verifica a manifestação expressa das partes contraentes deste acordo. Contudo, frequentemente as cláusulas de arbitragem societária estão previstas nos estatutos sociais.

Para que se possa inserir uma cláusula compromissória nos estatutos sociais já existentes, a depender do tipo de sociedade (n.º 2 do art. 85.º CSC) e do que estiver previsto nos estatutos, bastaria a aprovação da assembleia geral por maioria qualificada dos votos (art. 265.º CSC) o que também está previsto no n.º 2 do art. 2.º Regime Jurídico da Arbitragem Societária (RJAS). Se assim é, devemos concluir que, em abstrato, há a possibilidade de sócios se vincularem a uma convenção de arbitragem ainda que tenham manifestado a sua vontade em sentido contrário. No entanto, apesar de concordarmos com a solução proposta no anteprojeto legislativo, sobretudo pelo fato de, a depender do número de acionistas, poderia ser inconveniente requerer a unanimidade entre estes para se aprovar a inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos sociais, acreditamos que o legislador deve prever ainda uma segunda cláusula que permita aos sócios que não concordem com a cláusula compromissória “(...) *retirarem-se da companhia.*”¹¹⁴.

Para concluirmos pela possibilidade de inserir uma cláusula compromissória nos estatutos sociais, resta-nos ainda verificar se o conteúdo de uma cláusula compromissória é legalmente admissível e se é materialmente estatutário.

113 É de se destacar que os acordos parassociais vinculam apenas as partes contraentes. Já os estatutos sociais, para além de vincular os sócios atuais, também vinculará futuro sócios. Para melhor desenvolvimento das desvantagens de se estipular um acordo parassocial para se estipular uma convenção de arbitragem no âmbito da arbitragem societária, nomeadamente em decorrência do Princípio da concentração do processo, ver: Maia, P. (2017), p .55 e ss.

114 Esta foi a solução adota pelo legislador brasileiro no art. 136.º-A da Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Apesar dos inconvenientes, a nível do negócio, que esta solução trará, esta parece ser a solução mais harmónica com o espírito do ordenamento jurídico português.

Os art. 9.º, 199.º e 272.º do CSC versam sobre o conteúdo obrigatório dos contratos nos diferentes tipos societários e não fazem qualquer menção a cláusulas compromissórias. Todavia, uma vez que estes artigos se referem apenas ao conteúdo mínimo exigido para os referidos contratos devemos nos nortear pelo princípio da “*autonomia estatutária*”¹¹⁵. o qual sugere que, quando não for possível extrair qualquer impedimento quanto a previsão das cláusulas compromissórias nos estatutos sociais, devemos concluir pela sua admissibilidade. No entanto, ainda que não restem dúvidas de que da letra da lei não há nenhuma consequência para a inserção destas cláusulas nos estatutos, resta ainda saber se as cláusulas compromissórias são “*materialmente*” conteúdo estatutário, o que, em nosso entendimento, são materialmente detentoras de conteúdo estatutário visto que assentam no âmbito das relações estatutárias e versam sobre litígios societários. Quanto a esta última questão, devido ao fato de estas versarem sobre litígios societários, assentam-se no âmbito das relações estatutárias e, portanto, é do nosso entendimento que sejam materialmente detentoras de conteúdo estatutário¹¹⁶.

Por fim, interpretamos que as cláusulas compromissórias previstas nos estatutos sociais preenchem os requisitos da convenção de arbitragem previstos no art. 2.º da LAV, uma vez que os estatutos sociais são, segundo nosso entendimento, contratos e, portanto, verifica-se a natureza de “convenção” que se exige para que seja uma cláusula compromissória válida nos termos do referido artigo¹¹⁷. Uma vez inserida nos estatutos, a estas cláusulas se aplicará o regime jurídico da pessoa coletiva¹¹⁸, ou seja, vinculará os sócios no âmbito da relação societária e a própria sociedade¹¹⁹.

115 Maia, P. (2017), ref. 33, p. 54.

116 Nesse sentido, Maia, P. (2017), p 54 e ss.

117 Partilham este entendimento o Carlos Ferreira de Almeida, “*Convenção de Arbitragem: Conteúdo e efeitos*”, in “*I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*”, Almedina, Coimbra, 2008, p. 83 e Gouveia, M. F. (2014) p.107. Contudo, há autores que classificam os estatutos como “*actos coletivos*” ou “*negócio jurídico unilateral*”, nomeadamente José Lebre de Freitas, “*Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem*”, in Estudos em Homenagem à Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Vol. II, 2002, p. 97 e ss. Contudo, ainda que se defenda este segundo posicionamento, nos parece que dispendo de uma interpretação teleológica da norma podemos sempre aplicar a estes casos o art. 2.º da LAV.

118 Maia, P. (2017), p. 59 e ss.

119 Relativamente a este ponto, coloca-se a questão de saber se os membros dos órgãos sociais estão sujeitos a cláusula compromissória prevista nos estatutos. Acreditamos que sim, pois ao contratualizar com a sociedade esta, naturalmente, aceita seu estatuto. Há opiniões divergentes. Para melhor desenvolvimento, Maia, P. (2017), p. 61 e ss.

Do exposto, podemos concluir que, antes mesmo da aprovação do anteprojeto do RJAS, acreditamos ser do melhor entendimento a interpretação de que é permitido, à luz do ordenamento jurídico português, a inserção de cláusulas compromissórias de arbitragem societária nos estatutos sociais. Feito este enquadramento jurídico e interpretativo, no ponto a seguir buscaremos resolver o caso hipotético mencionado no início deste capítulo.

4 A VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DO CASO PETROBRAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Uma vez apresentado o enquadramento teórico de alguns dos aspetos fundamentais das convenções de arbitragem, passaremos a confrontar o referencial teórico proposto neste trabalho com consagração legal consolidada no ordenamento brasileiro e português, vislumbrando a satisfação dos objetivos já apresentados. Para isso, retomemos as hipóteses propostas no presente trabalho: a primeira é de que o voto vencido proferido pela ministra N. Adrighi é mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro presente e futuro; A segunda hipótese é a de que o Artigo 58.º, uma vez inserido em uma empresa “mista” portuguesa seria considerado válido à luz do ordenamento jurídico português.

Em vista de testarmos as referidas hipóteses e concluirmos os objetivos desta tese, transcrevermos o Artigo 58.º do Estatuto da Petrobras na íntegra, bem como o parágrafo único que o acompanha, para que possamos analisá-lo:

“Art. 58. Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como as demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.

Parágrafo único. As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem a orientações de seus negócios, nos termos do artigo 238 da Lei nº 6.404, de 1976, são

considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no caput deste artigo.”.

4.1 À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, O ARTIGO 58.º DEVE PRODUZIR EFEITOS?

Para testarmos a primeira hipótese, partiremos do exposto no ponto 3.1 do presente trabalho. De acordo com o apresentado no referido ponto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro as convenções de arbitragem apenas deixam de produzir seus efeitos quando se esta diante de uma cláusula *prima facie* “patológica”. Para que uma cláusula compromissória padeça desse vício, deve verificar-se a falta de arbitrabilidade subjetiva (desenvolvida no ponto 3.3) e/ou a falta de arbitrabilidade objetiva (desenvolvida no ponto 3.4). Assim, passaremos a analisar o preenchimento dos requisitos supramencionados, para que possamos concluir pela produção ou não dos efeitos do Artigo 58.º à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Relativamente a arbitrabilidade subjetiva, são partes nessa convenção de arbitragem “(...) *a companhia, seus acionistas, os administradores, e conselheiros fiscais*”. O art. 1.º da Lei n.º 9.307/96 (Lei de arbitragem brasileira – LAB) prevê que “*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Ora, sendo presumível que todas as pessoas mencionadas na cláusula sob análise são capazes, é do nosso entendimento que, no caso em concreto, se verifica o requisito da arbitrabilidade subjetiva. Contudo, o fato de entre os acionistas estar a União, ente público, poderia levantar-se a questão de se saber se aplicar-se-á a esta o regime geral dos negócios jurídicos ou se, ao contrário, esta gozaria de um regime especial, nomeadamente a exigência de norma expressa que a autorize celebrar este tipo de contrato. Essa problemática foi solucionada pelo legislador em 2015 com a alteração da LAB pela Lei n.º 13.129 a qual a inclui o seguinte parágrafo: §1.º da LAB “*A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*”. Diante disso, concluímos que, no atual estágio legislativo brasileiro, não restam dúvidas sobre a arbitrabilidade subjetiva da cláusula em questão.

Ainda assim, apesar da autorização expressa da participação da administração pública em processos arbitrais, persiste a dúvida quanto à aplicação de um regime especial à União. Na fundamentação do voto proferido pelo ministro L. F. Salomão, voto vencedor do acórdão sob análise, entende-se que sim. Entretanto, não nos parece ser esta a melhor interpretação.

Entendemos que o tratamento especial da União se justifica apenas quando este for essencial à prossecução do interesse público¹²⁰ o que não se enquadra nesse caso concreto e é contrário a esse mesmo interesse público, pelo que, portanto, à União deve-se aplicar o regime geral dos negócios jurídicos (ponto 3.4.3)¹²¹.

Relativamente à arbitrabilidade objetiva, o Artigo 58.º prevê como objeto “(...) *disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei n.º 6.404, de 1976.*”, ou seja, simplificada, está previsto que os litígios societários¹²² devem ser resolvidos por arbitragem. Apesar da aceitação da arbitragem societária ter sido um tema extremamente controvertido entre os arbitralistas brasileiros, o legislador ao inserir o art. 136.º-A na lei das sociedades por ações, autorizou expressamente este tipo de contrato. Para além do argumento da literal, concordamos com a corrente da doutrina que defende que devido a “*efetividade e eficiência*” deste meio alternativo de resolução de litígios, não se valer do mesmo implicaria, em determinados casos, em incumprimento dos “*deveres de diligência do administrador*”¹²³.

Acerca do objeto do Artigo 58.º, chamamos a atenção para os seguintes artigos abrangidos por este: o art. 238.º prevê que “*A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (art. 116.º e 117.º), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.*”. Nos termos do referido art. 116.º a União preenche os requisitos de acionista controlador e, portanto, deve, nos termos do também referido art. 117.º, “(...) *responder pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.*”. Sendo assim, uma vez que o litígio em apreço envolve um conflito positivo de competência de uma lide que tem como objeto uma ação indemnizatória entre os sócios minoritários contra o sócio maioritário (União) e a companhia, interpretamos que o presente litígio pertence ao escopo da arbitrabilidade objetiva estipulado na cláusula compromissória prevista nos estatutos da Petrobras. Não obstante, apesar

120 Art. 266.º da CRP, princípio da prossecução do interesse público. Para maior desenvolvimento do tema: Amaral, D. F. (2011), “*Curso de Direito Administrativo*”, Vol. II, Coimbra: Almedina, p. 41 e ss.

121 Encontramos este mesmo entendimento na jurisprudência portuguesa no Ac. RL-PT 22/9/15.

122 Remetemos para definição de litígios societários apresentados pelo Maia, P. (2017), p. 43-44.

123 Martins, P. B. (2017), “*A cláusula compromissória. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*”, p. 33.

do Artigo 58.º ter como objeto os conflitos subsumíveis a Lei das sociedades anónimas, no parágrafo único dessa mesma cláusula prevê-se uma exceção: “*As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem a orientações de seus negócios, nos termos do artigo 238.º da Lei nº 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no caput deste artigo.*”. Partilhamos o entendimento de P. A. B. Machado de que a escolha da arbitragem como meio de resolução de litígio é uma deliberação de cunho meramente processual, e não material¹²⁴ e o litígio sob análise não preenche a exceção e está abrangido pelo Artigo 58.º.

Finalmente, do exposto concluímos que o Artigo 58.º preenche os requisitos de arbitrabilidade subjetiva e a arbitrabilidade objetiva e, portanto, não padece dos vícios constantes de uma cláusula patológica. Entendemos que o Artigo 58.º deve ser considerado válido e produzir plenamente todos os seus efeitos¹²⁵. Neste contexto, deverá reconhecer-se ao tribunal arbitral competência para dirimir o litígio em causa (efeito positivo), para apreciar a sua própria competência (plena manifestação do princípio competência-competência) e, por fim, deverá negar-se a competência do tribunal estatal (efeito negativo).

4.2 À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS, O ARTIGO 58.º PRODUZIRIA EFEITOS SE ESTIVESSE INSERIDO NOS ESTATUTOS DE UMA SOCIEDADE MISTA PORTUGUESA?

Por fim, com vista a testar a segunda hipótese apresenta neste trabalho, retomamos o exposto no ponto 3 deste mesmo. Conforme analisamos, uma vez que não há norma expressa a regular a validade de cláusulas compromissórias inseridas nos estatutos sociais, socorremo-nos a doutrina e aos métodos de integração de lacuna para interpretar a validade ou não de uma convenção de arbitragem. Da investigação realizada concluímos que à luz do ordenamento jurídico português, a convenção de arbitragem só deixa de produzir efeitos em duas situações: quando se instaura um litígio objeto de convenção arbitragem no tribunal estadual e a outra parte não invoca a preterição do tribunal arbitral ou quando a cláusula compromissória é “manifestamente” nula, ineficaz ou inexistente. Em concreto, o conflito de competência sob análise tem como objeto um litígio que foi instaurado no tribunal arbitral, o que nos leva

124 Martins, P. B. (2017), p. 36. Na jurisprudência portuguesa também se encontra decisões neste sentido, nomeadamente o Ac. RL-PT 13/02/07.

125 Remetemos para o ponto 2.2 do presente trabalho.

liminarmente afastar a aplicação do primeiro grupo de casos. Relativamente ao segundo grupo de casos, a doutrina portuguesa, como vimos, os tem enquadrado como situações de “nulidade manifesta”, que por sua vez se verificam face a inarbitrabilidade do litígio por violação do art. 1.º da LAV.

O referido artigo prevê os requisitos de arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva. Relativamente a primeira, o legislador prevê genericamente a arbitrabilidade subjetiva das “partes”, “*desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária*”. Além disso, considerando que em regra aplica-se regimes especiais a administração pública, no n.º 5 do art. 1.º o legislador esclarece que o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público estão autorizados a celebrar convenções de arbitragem. Assim, à luz do ordenamento jurídico português, não parece haver qualquer impedimento “*a companhia, seus acionistas, os administradores, e conselheiros fiscais*” de serem partes na convenção arbitral sob análise, o que nos leva a concluir pela verificação do requisito da arbitrabilidade subjetiva no caso concreto.

Quanto a arbitrabilidade objetiva, ainda no n.º 1 do art. 1.º, o legislador prevê como arbitrável “*(...) qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial (...)*”. Para além deste critério, no n.º 2 do mesmo artigo, o legislador estende o objeto arbitrável para os “*(...) litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido*”. Uma vez que o conflito de competência sob análise emerge de uma ação de indemnização e, portanto, patrimonial, nos parece ser de interpretar que à luz do ordenamento jurídico português também se verifica a arbitrabilidade objetiva do litígio.

Da mesma forma não se verifica os requisitos para se classificar a Cláusula compromissória sob análise como sendo “*manifestamente nula*”, o que nos remete a interpretação que esta deve produzir plenamente os seus efeitos. Ou seja, deve-se reconhecer ao tribunal arbitral competência para dirimir o litígio em causa (efeito positivo), bem como apreciar a sua própria competência (plena manifestação do princípio competência-competência) e, além disso, deve-se negar a competência do tribunal estatal (efeito negativo).

A arbitragem societária, assim como no ordenamento jurídico brasileiro, também é uma matéria muito controvertida e que requer intervenções legislativas bem ponderadas. Apesar de ainda não haver uma legislação consolidada acerca deste tema, podemos concluir, através da

interpretação das normas já existentes, que o Artigo 58.º seria considerado válido caso estivesse inserida nos estatutos de uma empresa “mista” portuguesa.

Por fim, como mencionamos no ponto 3.5 do presente trabalho, dada a complexidade que envolve as arbitragens societária, há um projeto de lei, elaborado por um grupo de membros da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA), que propõe um regime jurídico especial para estas arbitragens, o chamado Regime Jurídico da Arbitragem Societárias (RJAS). A aprovação do RJAS eliminará quaisquer dúvidas quanto a admissão no ordenamento jurídico português de arbitragem societárias, bem como da contratualização destas cláusulas através dos estatutos sociais. O regime proposto delimitará os contornos deste tipo de arbitragem de forma a compaginá-la com outros princípios previstos no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente o princípio maioritário e o princípio da autónoma¹²⁶.

Ainda que este não seja, no momento presente, aplicável ao nosso caso concreto, passamos a destacar alguns aspetos relevantes do RJAS para a solução do nosso caso. No n.º 2 art. 1.º da RJAS está consagrado a arbitrabilidade do litígio nos seguintes termos: “*Podem ser submetidos a arbitragem, nos termos do presente diploma: (...) b) Os litígios entre uma Sociedade ou os seus sócios e os titulares de órgãos sociais, nessa qualidade, incluindo também os casos previstos no art. 77.º do Código das Sociedades Comerciais;(...)*”. A partir desta norma, interpretamos que o caso em apreço preenche este requisito visto que esta em causa um litígio envolvendo seus sócios nessa qualidade (arbitrabilidade subjetiva) e que tem como objeto uma ação indemnizatória entre estes (arbitrabilidade objetiva). É de se referir que nos termos no n.º 6 do mesmo artigo, interpretamos que não há motivos para excluir a União como sócio para efeito desta cláusula uma vez que este possui a seguinte redação: “*Para os efeitos do presente diploma, é equiparado a sócio quem, nos termos da lei, esteja autorizado a exercer os direitos sociais.*”. Relativamente aos elementos que a cláusula compromissória deve observar, está previsto no n.º 1 do art. 2.º do referido regime que “*A cláusula compromissória deve constar dos estatutos da Sociedade e deve referir expressamente o âmbito dos litígios por ela abrangidos e indicar o centro de arbitragem institucionalizada competente.*”. Uma vez que o Artigo 58.º está previstas nos Estatutos da Petrobras, delimita o seu âmbito de aplicação aos litígios que envolvam a “*a aplicação das disposições contidas na Lei n.º 6.404, de 1976*” e indica como centro de arbitragem a “*Câmara de Arbitragem do Mercado*”, conseguimos

126 R Dias, R. P. (2017), “Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário”, Coimbra: Almedina, p. 74-95.

identificar todos os elementos exigidos por essa norma, e, à luz do novo regime, também interpretamos que a cláusula compromissória sob análise é válida.

Seja pela via interpretativa, seja por meio da aplicação das normas propostas pelo projeto de lei do RJAS, concluímos que o Artigo 58.º, à luz do ordenamento jurídico português, deve produzir plenamente os seus efeitos. Neste contexto, a semelhança do que inferimos da subsunção da cláusula compromissória sob análise as normas do ordenamento jurídico brasileiro, entendemos que o juiz deverá reconhecer-se ao tribunal arbitral competência para dirimir o litígio em causa (efeito positivo), para apreciar a sua própria competência (plena manifestação do princípio competência-competência) e, por fim, deverá negar-se a competência do tribunal estatal (efeito negativo).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando iniciamos o presente trabalho, optámos por analisar as convenções de arbitragem de uma perspectiva luso-brasileira, com vista contribuir para o maior êxito das convenções arbitrais estabelecida entre estes países. Para isso, nos pareceu fundamental investigar, à luz de ambos os ordenamentos jurídicos, alguns aspetos relacionados com a validade de uma convenção de arbitragem. Com este propósito, nos dedicamos a cumprir dois objetivos: analisar certos requisitos de validade substancial de uma cláusula compromissória à luz do ordenamento jurídico brasileiro e à luz do ordenamento jurídico português.

Ao testarmos nossas hipóteses, concluímos que ambas se confirmaram. O voto vencido proferido pela ministra N. Adrighi é passível de ser interpretado como mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro, e que nos parece possível defender a produção dos efeitos do Artigo 58º, decisão diversa da proferida pelo voto vencedor. Também verificámos que o Artigo 58º, uma vez inserido em uma empresa “mista” portuguesa deverá ser considerado válido à luz do ordenamento jurídico português.

Ao concretizarmos estes objetivos, nos foi possível refletir sobre alguns requisitos de validade das convenções de arbitragem nos dois países, seu alcance e efeitos. Com isto, acreditamos facilitar a realização de negócios conformes em ambos os ordenamentos jurídicos em causa. O facto de em Portugal ainda não haver grande desenvolvimento legislativo e jurisprudencial sobre arbitragem societária, nos desafiou. Assim, esperamos que esta tese possa ser um contributo doutrinal para este caminho que vem sendo traçado nesta matéria.

Uma análise mais profunda do ordenamento jurídico brasileiro pode ser realizada em futuras pesquisas, com mais tempo para sua concretização.

6 BIBLIOGRAFIA

- Amaral, D. F. (2011). *Curso de Direito Administrativo*. Vol.II. Coimbra. Almedina.
- Ascensão, J. d. (2000). *Direito Civil Teoria Geral, Introdução as Pessoas os Bens*. Vol. I, 2º Edição, Coimbra, Almedina.
- Barrocas, M. P. (2011). *Manual de Arbitragem*. 1ª Edição, Coimbra, Edições Almedina.
- Cadilha, C. A. (2017). *Reserva de jurisdição estadual e limitess à arbitragem administrativa*. Nº. 10, Lisboa, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, APA.
- Cahali, F. J. (2011). *Curso de arbitragem*. São Paulo, RT.
- Canotilho, J. J. (1999). *Estado de Direito*. Lisboa, Grandiva.
- Caramelo, A. S. (2006). *Reflexões de jure condendo: A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*. ROA , Vol. II , Ano 66.
- Código de Processo Civil (CPC). Lei n.º 41/2013, Portugal.
- Convenção de Nova Iorque (Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais), 10 de Junho de 1958.
- Cordeiro, A. M. (2015). *Tratado da Arbitragem*. Coimbra, Edições Almedina.
- Demo, P. (1995). *Metodologia científica em ciências sociais*. 3ª Edição ,São Paulo, Atlas.
- Dias, R. P. (2017). *Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário*. Coimbra, Almedina.
- Fernandes, L. C., & Proença, J. B. (2014). *Comentário ao Código Civil* . Lisboa, Universidade Católica Editora.
- Franzoni, D. (2017). *Notas sobre a arbitrabilidade dos litígios societários no Direito brasileiro*. Nº. 10, Lisboa, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, APA.
- Gaillard, E. (2008). *Aspects philosophiques du droit de l'arbitragem internacional*. França, Editora Brill - Nijhoff
- Gouveia, M. F. (2014). Em *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. Coimbra, Edições Almedina.

- Guedes, A. A. (2020). A importância do texto da lei na interpretação de normas jurídicas. *Direito em Dia*.
- Justo, S. (2015). *Introdução ao Estudo do Direito*. 7.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora.
- Lei da Arbitragem Voluntária (LAV). Lei n.º 63/2011 (14 de Dezembro), Portugal.
- Lei das Sociedades Anónimas. Lei n.º 6.404 (15 de Dezembro de 1976), Brasil.
- Lei Modelo da UNCITRAL (1985), com as alterações adotadas em 2006.
- Maia, P. (2017). *Arbitragem societária: presente e prospectiva*. Nº. 10, Lisboa, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, APA.
- Maia, P., Domingues, P. d., Cardoso, M. P., Oliveira, A. P., & Dias, R. P. (2017). Regime jurídico da Arbitragem (Projeto). Nº. 10, Lisboa, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, APA. 244.
- Martins, P. B. (2017). *A cláusula compromissória societária*. Nº. 10, Lisboa, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, APA.
- Mello, C. A. (2008). *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros.
- Monteiro, A. P., Silva, A. F., & Mirante, D. (2019). *Manual de Arbitragem*. Coimbra, Edições Almedina.
- Nicácio, C. S., Dias, M. T., & Gustin, M. B. (2020). *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 5.^a Edição, Coimbra, Edições Almedina.
- Oliveira, G. J. (2005). *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. São Paulo, Malheiros.
- Pinheiro, L. d. (2004). *Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais)*. Revista da ordem dos advogados, Vol I/II, Ano 64.
- Pinto, C. A. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora.
- Pires, C. M., & Dias, R. P. (2020). *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*. Volume I, Coimbra, Edições Almedina.
- Redfern, & Hunter. (2018). *International Arbitration*. 6.^a Edição, England, OUP Oxford.
- Redfern, A., Hunter, M., & Blackaby, N. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London, Sweet and Maxwell.

- Ribeiro, D. A. (2013). *Arbitragem e Poder Público*. Revista brasileira de infraestrutura, Belo Horizonte, Fórum.
- Rosa, J. G. (1956). *Grande sertão: veredas*. São Paulo, Edições José Olympio.
- Sperandio, F. V. (2018). *Curso de Arbitragem*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Thomson Reuters Brasil.
- Talamini, E. (2005). *Arbitragem e parceria público-privado (PPP)*. Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo, RT.
- Velásquez, J. W., & Olalla, G. P. (1991). *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid, Civitas, D.L.
- Vitorino, J. M. (2017). *Contributo para a construção de um critério de arbitrabilidade na arbitragem de Direito Administrativo*. Nº. 10, Lisboa, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, APA.
- Wald, A. (2004). *Os meios judiciais de controle de sentença arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. I, nº 1, São Paulo, Edição revista dos tribunais.

7 WEBSITE

- www.arbitragem.pt
- www.dgsi.pt
- www.jusbrasil.com.br
- www.planalto.gov.br
- www.portal.oa.pt
- www.scielo.br

8 PRINCIPAL LEGISLAÇÃO DE APOIO

LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA (LAV):

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis, acedido em 27/01/2020

LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM (LAB):

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.html, acedido em 27/01/2020.

LEI BRASILEIRA DAS SOCIEDADES POR AÇÕES:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404compilada.html, acedido em 27/01/2020.

REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM SOCIETÁRIA (RJAS):

<https://arbitragem.pt/pt/apa/revista>, acedido em 27/01/2020.

9 DECISÕES JUDICIAIS CITADAS

Ac. STJ-PT. 12/3/63 – BMJ 263/185

Ac. STJ-PT. 6/1/77 – processo n.º 066392, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 18/5/77 – CJ, Tomo III/1977

Ac. STJ-PT. 10/4/86 – BMJ 318/381

Ac. RL-PT. 15/4/86. – CJ, Tomo II/1986

Ac. STJ-PT. 31/1/91 – processo n.º 076393, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 29/5/91 – processo n.º 078981, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 3/10/91 – processo n.º 080443, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 15/10/96 – CJ, Tomo III/1996

Ac. RL-PT. 9/11/00 – processo n.º 1465/2006-2, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 7/11/02 – CJ, Tomo V/2002

Ac. STJ-PT. 21/10/03 – processo n.º 03B3145, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 11/11/03 – CJ, Tomo V/2003

Ac. RL-PT. 27/11/03 – CJ, Tomo V/2004, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RP-PT. 23/3/04 – processo n.º 0326177, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 18/5/04 – CJ, Tomo III/2004

Ac. RL-PT. 21/4/05 – processo n.º 3060/2005-6, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 24/11/05 – processo n.º 10593/2005-6, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 13/2/07 – processo n.º 10121/2006-1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 11/1/11 – processo n.º 3589/08.6TVLSB.L1-7, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RC-PT. 05/2/2013 – processo n.º 57/12.1TBMGL-A.C1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RG-PT. 30/1/14 – processo n.º 1257/13.2TBVCT.G1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 22/9/15 – processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1-7, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 26/4/16 – processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 21/6/16 – processo n.º 301/14.0TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 22/2/18 – processo n.º 22574/16.4T8LSB.L1-8, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 20/3/18 – processo n.º 1149/14.8T8LRS.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.