

O "pacta sunt servanda" e a arbitragem

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

O contato opera um programa econômico privado e que isto, no campo dos contratos empresariais, dá segurança e certeza às partes que operam em mercados, de forma a que o ciclo econômico se processo de forma adequada, com baixos custos de transação.

segunda-feira, 9 de março de 2020

0

Aprendemos com os romanos desde muito séculos que os pactos devem ser cumpridos e este princípio havia sido posto porque tais acordos expressavam a manifestação da vontade das partes na sua concretização, a ser atendida. Na longuíssima história do contrato, para os fins deste artigo apreciarei inicialmente, mesmo que em brevíssima abordagem, o elemento *vontade* na sua expressão mais absoluta, quando se falava em *autonomia da vontade*, diferentemente da visão atual, referente à *autonomia privada*¹. Depois cuidarei um pouco de sua aplicação na arbitragem.

Na forma acima, segundo o *voluntarismo contratual*, ou *dogma da vontade*, agasalhado nos códigos europeus desde Napoleão - nesse regime incluindo-se os relativos ao direito brasileiro, Código Comercial e o Civil de 1916 - quando partes capazes celebravam um contrato a obrigação do seu cumprimento era considerada como posta de forma definitiva e absoluta, exceto quando se caracterizasse um vício de vontade, segundo as circunstâncias restritas estabelecidos pelo legislador. Pode se fazer uma ilustração segundo o qual o contrato era construído como uma ilha distante, sem qualquer contato externo que pudesse afetá-lo. Em vista disso não eram considerados quaisquer interesses estranhos às partes, tomadas como iguais entre si sem qualquer qualificação em contrário do ponto de vista econômico e/ou jurídico. Seria, então, absolutamente anacrônico qualquer juízo inerente à hipossuficiência, noção inteiramente desconhecida naquele tempo. Por sua vez, a ideia de função social, conforme as expressões que conhecemos no direito moderno, nunca havia passado pela cabeça de qualquer doutrinador e, muito menos, do legislador. Também nunca se havia pensado no binômio conflituosamente latente do produtor *versus* o consumidor. Bons tempos aquele, poderiam pensar alguns juristas dos nossos dias, afrontados em suas concepções sobre a teoria geral do contrato, como resultado do abuso que o Judiciário tem administrado na aplicação do novo direito que o rege, fruto de uma evolução significativa ao longo do tempo, mas severamente distorcida.

O tempo mudou quanto ao tratamento desse instituto, a partir da segunda metade do século passado, tendo se dado o esvaziamento do voluntarismo, em função de algumas particularidades do novo pensamento jurídico a seu

respeito, entre outras: **(i)** não aceitação de um voluntarismo liberal, que se tornou incompatível com doutrinas mais voltadas para a defesa dos interesses da coletividade do que o do indivíduo; e o **(ii)** abandono do reconhecimento do privilégio anteriormente concedido ao contratante mais forte, que tinha o poder de impor obrigações mesmo injustas à outra, como hoje em dia se tem entendido.

Vincenzo Roppo anotou, a propósito, que a vontade contratual passou a ser considerada como um *fenômeno social* de forma que, para tornar-se juridicamente eficaz, não mais podia permanecer no foro interno do *volente* (aquele que desejava contratar), necessitando tornar-se socialmente conhecida por meio de sua *manifestação externa*².

As mudanças de paradigma quanto ao antigo dogma da vontade no nosso direito começaram, distantemente, pelo reconhecimento de uma relação de inferioridade econômica e jurídica do empregado frente ao empregador (estabelecido o conceito da hipossuficiência), seguindo-se o tratamento constitucional da função social da propriedade, mais tarde estendida para a da empresa e do contrato. Paralelamente tal situação de inferioridade se apresentou no direito do consumidor, considerado este vulnerável frente ao produtor. A noção da adesão contratual também veio permear a celebração dos contratos em geral, precisamente para acomodar as situações de hipossuficiência.

Como sabemos, o Código Civil de 2002 agasalhou essas mudanças, principalmente nos seus artigos 421 e 422, onde estão presentes os princípios da função social do contrato, da probidade e da boa-fé. Não se tratou de novidade absoluta, mas deve ser destacado que a liberdade de contratar ficou subordinada à identificação e ao atendimento da função social do contrato, ao mesmo tempo em que foi introduzida no campo contratual de forma específica. Um ponto preponderante nessa área tem sido a exigência da superação da assimetria informacional entre as partes por meio da obrigação do fornecimento das informações relevantes sobre os aspectos da contratação a ser feita, penalizada a parte que não a atender.

Não sendo aqui o caso de nos estendermos de forma mais profunda sobre esses aspectos, cabe indagar como eles se colocam, ao lado do Judiciário, no plano da arbitragem (melhor dizendo, da cláusula compromissória ou convenção de arbitragem), começando por se indagar, para os fins da discussão, se ela tem a natureza jurídica de contrato ou não. E a resposta para a grande maioria dos doutrinadores é que se trata efetivamente de um contrato. Como se sabe, define-se o contrato como sendo *toda a relação jurídica entre duas ou mais partes com o fim de constituir, regular, ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial*. Ora, a cláusula compromissória em si mesma não preenche diretamente esses requisitos, mas ela se remete diretamente a uma relação contratual dos tipos fechado (contrato sinalagmático) ou aberto (contratos societários), neles claramente presente. A cláusula compromissória

só existe como meio para que as partes escolham a solução do seu litígio por meio da arbitragem. Poder-se-ia, portanto, dizer que ela tem uma natureza contratual por conexão, por dependência ou, ainda, em vista da sua finalidade última, qual seja a de permitir a solução arbitral de um conflito de natureza patrimonial relacionada a direitos disponíveis.

Isto posto, algumas questões sobre a vontade têm sido discutidas no campo da arbitragem, sendo necessário fazer a sua análise no plano da teoria geral do contrato e de forma conjugada com a teoria geral da arbitragem.

Iniciando a análise, se pensarmos na **arbitragem por equidade** (de adoção mais rara no direito interno, como se sabe), sabemos que os árbitros podem exercer seu juízo com relação ao instituto da vontade com certa liberdade, fazendo operar os artigos 421 e 422 do CC/02 dentro de alguma abertura interpretativa, mas não levando à superação absoluta da função social do contrato, da boa-fé e da probidade. Há um espaço para a aplicação da chamada *justiça do caso concreto*, mas não para a inteira derrubada daqueles limites, o que causaria desequilíbrio contratual acentuado, fora da realidade negocial da finalidade econômica do contrato. Neste passo é primordial atender o princípio da preservação do contrato dentro de uma estrutura funcional mínima que garanta o seu proveito para ambas as partes.

Por outro lado, na **arbitragem de direito**, o elemento vontade deve ser preservado nos estreitos limites da lei, fazendo-se uma interpretação e aplicação restrita dos dispositivos acima mencionados. Neste sentido não se pode esquecer que a função social de cada contrato em espécie reside, precisamente, em proporcionar que as prestações sejam cumpridas, sabendo-se o contrato opera um *programa econômico privado* e que isto, no campo dos contratos empresariais, dá segurança e certeza às partes que operam em mercados, de forma a que o ciclo econômico se processo de forma adequada, com baixos custos de transação. E é em relação a esse mesmo campo que não se pode considerar a presença de hipossuficiência quando empresários contratam, não servindo para tanto, por exemplo, o parâmetro do grande porte econômico de um diante de outro. Muitas vezes o grande empresário depende do pequeno por ser este o único fornecedor de um insumo essencial para a produção do primeiro.

Em sede de arbitragem algumas vezes a igualdade das partes (empresários) é questionada, alegando-se, entre outras situações, precisamente, a hipossuficiência econômica e jurídica em relação a uma das partes, que necessitaria ser de alguma forma protegida no processo arbitral, escolhido de comum acordo para a solução de litígios entre elas.

Uma das situações acima é a da inexistência de capacidade financeira de uma das partes quanto ao andamento do processo arbitral, fato que resultaria em seu prejuízo. Essa incapacidade poderia ser contemporânea à assinatura da cláusula compromissória ou ocorrer posteriormente, em vista de algum fato que tivesse abalado a saúde financeira de um dos dois signatários da convenção

de arbitragem. Fala-se, assim sem razão, na negação do acesso à justiça. Ora, em termos de vontade, da mesma forma que uma parte tem o direito de escolher ir ao Judiciário ela pode resolver não ir e engolir o prejuízo decorrente de sua atitude. Isto se coloca no plano de sua capacidade volitiva. E se ela escolhe a arbitragem, não tendo havido afronta ao livre exercício de sua vontade, ela terá de colher o que plantou.

Como saída para o primeiro caso tem-se alegado precisamente uma hipossuficiência jurídica quanto à parte considerada mais fraca diante da outra, pois o grande empresário guarnecido pela assessoria de advogados ligados a importantes escritórios de advocacia teria força para fazer prevalecer suas condições sobre o pequeno empresário, o que começaria pela imposição de uma solução arbitral de litígios que o outro não poderia suportar financeiramente, mas à qual teria aderido porque precisava *fechar o negócio*. Ora, alega-se, impor a arbitragem em tais circunstâncias equivaleria a obstar ao prejudicado o acesso à justiça, de base constitucional.

Além do que já foi dito acima, verifica-se que os argumentos anotados consistem em falácias desprovidas de base jurídica e jogam por terra o valor da vontade contratual. A esse respeito é imperioso lembrar, mais uma vez, uma frase que se atribui ao falecido e folclórico presidente de grande clube de futebol paulistano quando dizia que *quem está na chuva é para se queimar*. Já em Portugal de longa data se tem afirmado que *quem não tem competência não se estabeleça*. Neste sentido, deve-se presumir que quem escolheu a empresa como mecanismo para realizar uma atividade econômica lucrativa deve assumir os ônus correspondentes. Como foi afirmado acima, na medida em que sejam aceitados argumentos daquele porte a insegurança jurídica se instala na economia, em prejuízo de todos os interessados.

Quanto à questão da denegação da justiça, mais uma vez é obrigatório dar valor à livre expressão da vontade das partes quando dirigem para a arbitragem o meio para a solução de eventuais conflitos entre os signatários da cláusula compromissória. Cá para nós, o que custa ao dito empresário mais fraco dar uma olhadinha no regulamento da câmara arbitral escolhida, para ver o quanto lhe custará um processo dessa natureza? Se não o fez ou não soube avaliar o que assinou, problema dele, não se podendo toma-lo como pessoa relativamente incapaz para agir no mundo jurídico.

E quando se cuida da insolvência superveniente que incapacita uma das partes para suportar um processo arbitral? Ora, isto pode se dar tanto em relação à parte dita mais fraca quanto à mais forte. Como se sabe, a fortuna não tem prediletos e os seus azares podem pegar um dos lados de uma cláusula compromissória ou até mesmo ambos. Para esses casos existem soluções que devem ser escolhidas pela parte interessada antes ou depois do surgimento do problema que enseja a instauração de um procedimento arbitral.

Para o *antes* existe o velhíssimo instituto do seguro à disposição de qualquer das partes, interessante e útil até para aquela que possa ser considerada a

mais forte, pelos mesmos motivos acima citados. Para o *depois*, no direito comparado funciona o financiamento profissional de litígios (*third-party litigation fund*), ainda que algumas dificuldades restrinjam a sua adoção entre nós, a ser examinadas de dois pontos de vista.

A primeira corresponderia à necessidade de financiamento bancário de longo prazo, liberando o banco em favor da parte interessada os valores correspondentes aos custos da arbitragem, incluindo condenação e honorários. Os óbices para tal solução correspondem às históricas taxas de concessão de crédito, muito elevadas e à dificuldade em nosso mercado de se levantar operações em prazo mais longo do que um ano, sabendo-se que um processo arbitral por mais célere que corra, demandará mais tempo do que isto. Outro fator negativo está na necessidade da prestação de garantias eficazes em favor do banco concedente, as quais nem sempre estarão à disposição do interessado. Lembre-se, a propósito, que se falar em garantia eficaz no direito brasileiro é o sonho de muitas noites no verão.

O segundo apresenta por aqui alguns problemas de adaptação. Nos Estados Unidos da América, onde o financiamento profissional de litígios é muito difundido verifica-se que a advocacia é uma atividade verdadeiramente empresarial e em tal contexto, há escritórios que se especializam em encontrar *bons negócios jurídicos*, assumindo o risco do seu financiamento, bem como empresas especializadas nessa área. O filme Erin Brockovich, com Julia Roberts, mostra bem essa faceta. Pelo mundo afora existem muitas empresas cujo objeto social é, precisamente, financiar os custos de arbitragens, bastando para constar esse fato uma rápida busca pela internet.

No direito comparado o *segredo* para o interesse nessa atividade empresarial, relativa ao financiamento de litígios, refere-se fundamentalmente à previsibilidade fundamentada do sucesso da causa financiada e isto é possível porque as instituições jurídicas funcionam de forma eficiente, respeitado sempre o *bom direito*, em relação ao qual os interessados têm à sua disposição uma *adequada sinalização* dos rumos de certas teses jurídicas, o que é válido para o processo arbitral, mesmo considerado o sigilo no qual ele se desenrola. E risco é risco: muitas escolhas de investimento darão certo, outras darão errado e, no frígido dos ovos os financiadores não têm se queixado da falta de lucros ou – se esse não é o seu objetivo – do retorno necessário à sustentabilidade da atividade de financiamento.

Para que esse mecanismo possa encontrar espaço adequado no Brasil os óbices do custo elevado e da incerteza jurídica precisam ser superados para que possa ser feita a *precificação* do caso particularmente considerado. A primeira situação se coloca no plano da economia como um todo e da atividade financeira em particular, a par de uma eventual mudança da estrutura e função dos serviços de advocacia em nosso país, que têm historicamente se mostrado mais conservadora do que a coroa inglesa. Quanto à questão da incerteza jurídica no plano arbitral tem se falado em uma abertura quanto ao sigilo a se

dar, por exemplo, pela publicação de ementas de decisões proferidas no âmbito de câmaras arbitrais, como também pela adoção de precedentes a serem obedecidos pelos tribunais arbitrais. Mas esses são problemas para uma novela futura, bastando por enquanto ficar por aqui.

1 Sobre esse instituto vide o Cap. 8 do meu “Teoria Geral do Contrato”, Ed. RT, Vol. 4 da Coleção de Direito Comercial, pp. 268 e segs.

2 Cf. “Il Contratto”, p. 191 e 192.