

revista do

Ano XXXIII Julho de 2012 nº 116

# ADVOGADO



AASP

Associação  
dos Advogados  
de São Paulo



## Contratos

# C

## láusula compromissória: aspectos contratuais.

### Ricardo de Carvalho Aprigliano

Advogado em São Paulo. Bacharel, mestre e doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Especialização do Centro de Extensão Universitária (CEU-IICS). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (Cbar). Conselheiro da AASP. Autor dos livros *A Apelação e seus efeitos e Ordem Pública e Processo*.

### Sumário

1. Considerações introdutórias
  2. Natureza jurídica da cláusula compromissória
  3. A autonomia da cláusula compromissória
  4. Os elementos dos contratos e sua verificação na cláusula compromissória
  5. Cuidados com a redação da cláusula compromissória. Cláusulas completas (ou cheias) e incompletas (ou vazias)
  6. Modificações na relação contratual e seus efeitos sobre a cláusula compromissória
  7. Conclusões
- Bibliografia

### 1 Considerações introdutórias

Em regra, a lei não cuida de definir e conceituar os institutos jurídicos. Entre as poucas exceções, inclui-se a cláusula compromissória, definida no art. 4º da Lei nº 9.306/1997 como

“a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

E seu § 1º complementa, exigindo que ela seja “estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

Mais do que uma mera cláusula, a cláusula

compromissória constitui verdadeiro contrato, dotado de autonomia em relação às demais disposições em que esteja eventualmente inserido. Tal característica, comum à maioria das modernas legislações a respeito da arbitragem, gera uma vasta gama de consequências, algumas das quais serão abordadas ao longo dos próximos parágrafos. Como contrato que é, seu exame e sua interpretação devem ser feitos não apenas à luz da legislação específica que o prevê, mas também considerando as disposições do Código Civil (CC) a respeito das obrigações e dos contratos.

O presente estudo tem por objetivo o exame dos aspectos contratuais da cláusula compromissória. Por escolha metodológica, mas principalmente para manter este estudo em proporção razoável, não serão abordadas as consequências processuais da escolha da arbitragem como método alternativo, tampouco serão exploradas as formas pelas quais uma cláusula compromissória incompleta ou em branco (também dita vazia) pode ser complementada pela ação própria a que se refere o art. 7º da Lei de Arbitragem. Serão abordados apenas e tão somente os aspectos eminentemente contratuais do tema, e apenas em via excepcional serão feitos comentários ou referências aos seus desdobramentos processuais. Espera-se, ao final deste trabalho, fornecer um panorama geral a respeito das várias questões controvertidas que o tema suscita, provocando o gentil leitor ao debate e, quiçá, despertando o seu interesse pelo aprofundamento do tema.

## **2** Natureza jurídica da cláusula compromissória

A partir da definição legal, reconhece-se a cláusula compromissória como a convenção estabelecida entre as partes, por escrito, pela qual elas acordam que eventuais litígios decorrentes de uma relação jurídica serão resolvidos pela via da arbitragem. Por esta cláusula, as partes afastam a

competência do Poder Judiciário e determinam que o eventual litígio futuro será resolvido por julgadores particulares, de confiança das partes.

Sua natureza jurídica é contratual. Mas cuida-se, na realidade, “de uma modalidade peculiar de contrato e que foge à tradicional normatividade a que se sujeitam os contratos em geral” (MARTINS, 2008, p. 62), entre outros aspectos, porque a cláusula compromissória é de natureza consensual e afirma interesses comuns das partes.

## O contrato e a cláusula compromissória são instrumentalmente unificados, apesar de acordos autônomos.

Nessa mesma ordem de ideias, Jacob Dolinger (1998, p. 66) afirmava que se considera normalmente

“que as partes estipularam dois contratos, isto é, o contrato principal e um contrato à parte, que regula a controvérsia daí derivada. Portanto, surgindo controvérsia, seja ela relativa à nulidade ou menos, a autônoma convenção arbitral continua válida e deverá sobre a mesma pronunciar-se o árbitro”.

A respeito dessa característica específica da convenção de arbitragem – a sua autonomia –, cuidaremos no item seguinte. Neste momento, importa fixar a premissa de que se cuida de um verdadeiro contrato, normalmente enxuto, e em geral inserido em outro contrato, no qual as partes estabelecem o conjunto das suas demais obrigações e direitos.

Assim, o contrato e a cláusula compromissória são instrumentalmente unificados, apesar de acordos autônomos. Juntos, compõem uma relação contratual, como, aliás, ocorre com relativa frequência entre empresas, que celebram mais de um contrato, ainda que ligados em seu conteúdo.

Ainda nesta parte inicial do estudo, cumpre

examinar, mesmo que brevemente, alguns aspectos teóricos fundamentais sobre o objeto estudado. Não se trata de apego teórico, mas da fixação de premissas fundamentais para a compreensão do assunto em si.

Essa natureza contratual da cláusula compromissória enseja ainda dois esclarecimentos. Primeiro, que nem sempre foi assim, pois até o advento da Lei de Arbitragem a estrutura então vigente não conferia à cláusula compromissória eficácia alguma. Segundo, que à sua natureza contratual é preciso adicionar outras características, tais como a autonomia da cláusula compromissória e a sua elevada força vinculante, para então se concluir que esta modalidade de convenção arbitral é, efetivamente, um negócio jurídico processual.

É amplamente sabido que a cláusula compromissória constitui uma das espécies de convenção de arbitragem e que esta não é a única forma pela qual a arbitragem pode ser eleita pelas partes. A segunda modalidade é o compromisso arbitral, que da cláusula compromissória se distingue, entre outros aspectos, pelo fato de ser elaborado pelas partes depois do surgimento do litígio.<sup>1</sup> A cláusula compromissória importa o afastamento da via tradicional de solução de controvérsias e a eleição da arbitragem antes que as partes saibam se irão litigar, e sobre o que irão litigar. Não por acaso, ela é normalmente inserida no contrato em que as partes estabelecerão o conjunto de seus deveres e obrigações, descrevendo o seu objeto, preço, prazo para o adimplemento e demais condições do negócio. Forma-se, assim, um complexo de relações contratuais, formado pelo contrato arbitral e pelo contrato cujo objeto é a obrigação propriamente dita.

Neste momento, em que as expectativas das partes são as melhores possíveis, em que pretendem combinar a forma pela qual irão desempenhar suas respectivas obrigações e, juntas, atingir a finalidade do contrato, as partes de antemão estabelecem que, se algo der errado, se algum con-

flito surgir, será pela via da arbitragem que tais conflitos serão resolvidos.<sup>2</sup>

Essa dicotomia é antiga e pode ainda hoje ser encontrada em diversos outros sistemas jurídicos. No Brasil, antes do advento da Lei nº 9.307/1996, a cláusula compromissória não era dotada da eficácia suficiente para, por si só, obrigar as partes a iniciar um processo arbitral, afastando de forma eficaz o recurso ao Poder Judiciário. Da forma como a legislação a previa, a cláusula compromissória nada mais era do que um simples contrato preliminar, segundo o qual as partes assumiam o dever de, uma vez surgido o litígio, firmar novo contrato, regulando todos os aspectos necessários para que a arbitragem efetivamente fosse adotada (GUERRERO, 2009, p. 8-9). Este segundo contrato, o que efetivamente iria dar início ao processo arbitral, era justamente o compromisso arbitral.

Sob o regime do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, a cláusula compromissória era interpretada como mero compromisso de contratar e, como toda e qualquer obrigação, o seu inadimplemento fazia surgir ao titular o direito às perdas e danos. O cenário legislativo começou a ser modificado a partir das reformas processuais, depois com o advento do novo CC. A regra geral, desde então, é a de que as obrigações devem ser cumpridas de forma específica, sendo a conversão em perdas e danos um recurso utilizado apenas se o próprio credor assim o preferir, ou se o cumprimento específico não puder se realizar por impossibilidade material.

Essa característica da cláusula compromissória, aliada ao fato de que a decisão dos árbitros deveria ser homologada pelo Poder Judiciário para só então ser dotada de eficácia, eram os fatores

1. Edoardo Ricci (2004, p. 95-125) propõe uma abordagem diferente e muito interessante a respeito dos demais aspectos que diferenciam a cláusula compromissória e o compromisso.

2. Por esta razão é que Pedro Batista Martins (2008, p. 62) afirma que tal contrato é peculiar, eis que não há contraposição de interesse entre as partes.

que tornavam a arbitragem no Brasil uma péssima escolha, e, não por acaso, nunca permitiram o desenvolvimento adequado desse método. Até que em 1996 foi promulgada a nova legislação, que modificou radicalmente esse panorama e, para os fins que importam ao presente estudo, atribuiu ao contrato que aqui se estuda algumas características muito relevantes, modificando inclusive a sua natureza jurídica (MARTINS, 2008, p. 61).

## A cláusula compromissória cheia é contrato de eficácia plena.

Primeiro e mais importante, a lei assegurou à cláusula compromissória ampla autonomia, relativamente ao contrato em que se encontrar inserida. Como se verá adiante, essa autonomia é responsável por inúmeras consequências e explica boa parte das nuances contratuais, que serão aqui exploradas. Segundo, a lei atribuiu à cláusula compromissória a aptidão de, por si só, afastar totalmente o recurso ao Poder Judiciário e dar início desde logo ao processo arbitral. Para tanto, é necessário que os elementos indispensáveis da cláusula estejam presentes (cláusula cheia), mas, nesta hipótese, mesmo a ausência de manifestação do réu será insuficiente para obstar a instituição do juízo arbitral.

3. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 238.174-SP, relatado pela ministra Nancy Andrighi, afirmou, com razão, que "não obstante seja razoável considerar que algumas regras relativas à arbitragem têm natureza substantiva, é preciso reconhecer que são eminentemente processuais as normas que regem os efeitos da cláusula compromissória".

4. Carlos Alberto Carmona (2007, p. 35-36) pondera que o negócio jurídico processual é a manifestação de vontade das partes que objetiva produzir determinado efeito relativamente ao processo. Na convenção arbitral, o efeito é o de impedir o desenvolvimento do processo estatal. No foro de eleição, condiciona o seu modo de ser.

5. Por esta razão, Eleonora Coelho Pitombo (2007, p. 327) considera que os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem constituem "uma das molas propulsoras do desenvolvimento da arbitragem em certo Estado".

Diante de tais características contidas na lei, a doutrina passou a considerar a cláusula compromissória como um contrato dotado de plena eficácia e, em relação à sua natureza jurídica, ela passou a ser tratada como um negócio jurídico processual (CARMONA, 2009, p. 102; GUERRERO, 2009, p. 11-12). Isso quer dizer, segundo a melhor doutrina, que se trata de um negócio jurídico, realizado entre as partes em âmbito extrajudicial, com o objetivo de produzir efeitos processuais específicos.<sup>3</sup>

Há dois efeitos que se costumam atribuir à convenção de arbitragem: o efeito positivo, que é o de obrigar as partes à instituição da arbitragem se um litígio vier a surgir, e o efeito negativo, que é o de afastar a competência do juiz estatal para o julgamento de tal causa.<sup>4</sup>

Como dito antes, para os fins deste estudo, serão abordadas as questões acerca do efeito positivo da cláusula, das consequências para as partes, sob a perspectiva contratual. As questões (complexas e relevantes) acerca da eficácia negativa da cláusula compromissória não serão objeto de exame, eis que dizem respeito às variações processuais do tema, que fogem ao escopo deste estudo.

Assim, a cláusula compromissória cheia, isto é, a dotada dos elementos indispensáveis para a instituição da arbitragem desde logo, é contrato de eficácia plena, com clara natureza de negócio jurídico processual, na medida em que, não obstante celebrada entre as partes e inserida no contrato principal, projetará seus efeitos sobre o litígio futuro, determinando a forma pela qual este litígio será processado. E sempre que possuir seus elementos necessários, terá o condão de dar início à arbitragem sem necessidade de outro acordo de vontade entre as partes.<sup>5</sup>

É, portanto, em vários sentidos, um contrato mais complexo e mais eficaz que os contratos em geral. Diz-se mais complexo porque vem inserido normalmente dentro de outro contrato, que com ele não se confunde, dada a sua autonomia e o di-

ferente grau de eficácia que possuem. Aliás, é um contrato, porém chamado de cláusula ou pacto compromissório justamente por essa característica de vir em regra inserido no contrato. Contudo, é amplamente aceito que a convenção de arbitragem possa ser celebrada em ato separado, ou seja, não inserida no próprio contrato, como expressamente permite o art. 4º da Lei de Arbitragem, a Lei Modelo da Uncitral e a Convenção de Nova Iorque de 1958, e, de um modo geral, todas as legislações arbitrais nacionais.

Isso pode se dar quando o pacto arbitral for celebrado posteriormente e fizer referência expressa ao contrato. Mas o inverso também se admite, isto é, que o contrato se refira e se reporte à convenção arbitral celebrada em separado, mesmo anteriormente. Importa que haja inequívoca referência ao contrato (FAZZALARI, 1997, p. 34-35).

É também um contrato mais eficaz, uma vez que os problemas de nulidade relacionados ao contrato principal não atingem necessariamente a cláusula compromissória, de forma que a eventual declaração de nulidade do negócio jurídico não importa em nulidade da própria cláusula nem muito menos do processo arbitral que se tenha realizado com base nela. Esta, aliás, é a principal demonstração da autonomia da convenção de arbitragem.

Sua maior eficácia também se explica porque da sua celebração decorrem efeitos que não atingem apenas as partes contratantes (que por ele renunciam à via jurisdicional estatal), mas também o Poder Judiciário, que, em contratos deste tipo, devem recusar a ontorga da tutela jurisdicional, declinar da competência para examinar tais questões. Ainda, devem atuar como órgão de apoio, antes, durante e depois do processo arbitral.

E o fato de a cláusula compromissória dispor sobre litígio futuro e incerto não lhe retira qualquer das características fundamentais nem desnatura sua natureza contratual. Como bem pondera Pedro Batista Martins (2008, p. 61).

“se incerta é a sua utilidade, o mesmo não se

pode dizer de sua eficácia. Esta é certa, independentemente de operar efeitos futuros”.

### 3 A autonomia da cláusula compromissória

Como dito, o ordenamento brasileiro atribuiu à cláusula compromissória uma autonomia clara, seguindo a linha da Convenção de Nova Iorque e da Lei Modelo da Uncitral (arts. 8.2 e 16), ambas inspiradoras de outros diplomas estrangeiros, como o da Espanha. Na lei brasileira, é o art. 8º que atribui ao árbitro a competência para examinar a alegação de nulidade ou anulabilidade da cláusula compromissória inserida no contrato, de forma antecedente e prioritária em relação ao juiz estatal.<sup>6</sup>

A enorme importância desse dispositivo reside justamente no fato de que, ausente tal disposição, a mera alegação de nulidade do contrato, que incluiria naturalmente a nulidade da própria cláusula compromissória, teria o condão de afastar a competência do árbitro e transferi-la ao juiz togado. Ainda, o eventual reconhecimento pelos árbitros de que o contrato possui algum tipo de vício que o conduza à nulidade significaria, simultaneamente, que a própria escolha da via arbitral não seria válida, tornando inviável a solução do caso por esse método. Afinal, se houvesse vício de consentimento na formulação do contrato, a cláusula que retira do Poder Judiciário a competência para o exame do litígio sofreria as mesmas consequências. Por isso é que Francisco Gonzáles de Cossío (2007, p. 102) afirma que

“a autonomia permite determinar que o con-

6. Arnoldo Wald (2007, p. 197) observa, em relação à CNY, que a única ressalva quanto ao direito de o árbitro de decidir em primeiro plano sobre sua própria competência se dá no art. II, 3, atribuindo-se ao Poder Judiciário a prerrogativa de apreciar a questão desde logo, se a nulidade e a ineficácia da cláusula compromissória forem manifestas, ou seja, se tais vícios puderem ser constatados mesmo sem exame aprofundado, “em casos verdadeiramente excepcionais e aberrantes”.

trato é defeituoso sem desestabilizar os fundamentos jurídicos da decisão (o laudo)".

Assim, como afirma Luis Fernando Guerrero, "a estrutura legal foi inteligente a ponto de impedir que simples alegações de nulidade ou anulabilidade da cláusula pudessem afastar a competência dos árbitros para a análise da regularidade da manifestação de vontade das partes acerca da arbitragem" (op. cit., p. 18-19).

Com este método, evitam-se

"alegações infundadas de nulidade da convenção arbitral com manobras procrastinatórias e até mesmo inviabilizadoras da arbitragem" (COELHO, 2007, p. 327).

Outra consequência que decorre desta autonomia é o fato de a cláusula compromissória configurar-se, em maior grau do que a maior parte dos demais negócios jurídicos, como vinculante e obrigatória, que traz em si de forma ínsita a irrevogabilidade e irretroatividade. Isso porque basta firmar a cláusula compromissória para que esta combinação se torne válida, sem possibilidade de sua revogação, ou mesmo descumprimento unilateral. Nenhuma parte, sozinha, pode resilir a cláusula compromissória.

Por essa razão, a doutrina igualmente adverte que nem mesmo a rescisão do contrato que contenha a cláusula compromissória terá o condão de revogá-la automaticamente. Será sempre preciso manifestação de vontade específica e conjunta das partes contratantes, para que possam se considerar desvinculadas daquele compromisso e desobrigadas do recurso à via arbitral para dirimir as controvérsias daquele contrato.

Convém adicionar a estes comentários que, ao lado da autonomia da cláusula compromissória, outro importante princípio concebido e aplicado especialmente na arbitragem é o da competência-

-competência, também positivado na lei brasileira de arbitragem. Segundo esse princípio, é do próprio árbitro a competência para examinar a sua própria competência, de forma que também essa eventual alegação não é capaz, por si só, de afastar o árbitro das suas atividades, ou de transferir automaticamente o exame da questão para o juiz togado.

### Nenhuma parte, sozinha, pode resilir a cláusula compromissória.

Segundo Carmen Tibúrcio (2007, p. 426),

"a expressão autonomia da cláusula compromissória tem recebido da doutrina duas acepções distintas: (1) que sua validade e eficácia não dependem da validade ou eficácia de um outro contrato em que esteja inserida ou ao qual se refira, de tal modo que não há de se falar em relação de acessoriedade entre aquela e este; (2) que o tribunal arbitral tem competência para decidir sobre a validade da cláusula compromissória, ou seja, sobre a sua própria competência".<sup>7</sup>

Vale ainda ponderar que idêntico princípio se aplica aos juízes togados, pois será sempre perante o próprio juiz da causa que serão deduzidas as alegações de sua incompetência, absoluta ou relativa, cabendo a ele o primeiro exame da questão. Na estrutura do processo tradicional, tal decisão do magistrado admite recurso imediato, transferindo-se a outro órgão jurisdicional o exame desta mesma matéria. Já na arbitragem, a decisão do árbitro acerca da sua própria consequência não pode ser imediatamente recorrida ou impugnada, mas tal matéria poderá ser posteriormente invocada como causa de anulabilidade do laudo que vier a ser proferido por aquele árbitro supostamente incompetente.<sup>8</sup>

Do somatório desses dois aspectos, a autono-

7. O artigo, contudo, dispõe-se a examinar o segundo aspecto da autonomia, que não interessa para os fins deste estudo.

8. Fouchard, Gaillard, Goldman (1996, p. 413-414) reconhecem que é justamente na natureza jurisdicional da arbitragem, conferida →

mia da cláusula compromissória e o princípio *kompetenz-kompetenz*, configura-se um mecanismo de proteção e favorecimento da arbitragem, que momentaneamente a imuniza contra ataques voltados a impedir o seu desenvolvimento. E como é próprio do sistema arbitral, todas as causas para impugnação do laudo serão reunidas e poderão ser deduzidas *a posteriori*, mediante a técnica da ação de anulação de que tratam os arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem. Este mecanismo, de prioridade dos árbitros no tempo, é adotado pelo Brasil e por muitos outros ordenamentos, mas sistemas tradicionais em matéria de arbitragem, como os Estados Unidos, a Inglaterra e a Bélgica, adotam modelo diverso, refutando tal prioridade (COELHO, 2007, p. 334, nota 37).



#### Os elementos dos contratos e sua verificação na cláusula compromissória

A celebração da cláusula compromissória, enquanto um tipo de negócio jurídico, está sujeita aos requisitos gerais de todos os negócios jurídicos estabelecidos pelo CC. Nas linhas a seguir, faremos breves comentários em relação aos três elementos básicos dos negócios jurídicos, que são as partes, o objeto e a forma. No tópico seguinte, prosseguiremos nesta análise contratual do tema, enfocando o seu objeto específico e algumas implicações práticas que decorrem das exigências particulares da legislação arbitral.

Na cláusula compromissória, as partes coincidem com os contratantes do negócio jurídico, que normalmente é firmado na mesma oportunidade. Não há maiores dificuldades envolvendo a indicação e qualificação dessas mesmas partes. Mas o que cabe investigar é se a parte preenche o requisito da capacidade para a celebração daquele negócio específico.

Assim, faz-se necessário um breve comentário a respeito da capacidade das partes. A capacidade é di-

vidida, no plano material, entre capacidade de gozo e de exercício de direitos. Quem tem capacidade de gozo de direitos precisa, sempre, que um segundo elemento seja agregado, que vem a ser a representação por um terceiro, completando-se assim o requisito da capacidade de exercício daqueles mesmos direitos. Assim os pais em relação aos filhos, os tutores em relação aos tutelados e assim sucessivamente.

Pelas características da arbitragem, pelo fato de ser método alternativo (ou adequado) de resolução de conflitos que importa em renúncia à via estatal, há requisitos específicos quanto aos sujeitos e quanto ao objeto, o que costuma ser referido como arbitrabilidade subjetiva e objetiva. No aspecto subjetivo, a arbitragem só pode ser contratada por partes capazes, isto é, que possam dispor livremente sobre seus direitos e posições contratuais, sem restrições. Assim,

“considerando-se que a instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos)” (CARMONÁ, 2009, p. 379).

Inúmeros problemas e questões podem ser levantados sob o enfoque da arbitrabilidade subjetiva, mas, para os fins deste estudo, importa considerar que apenas as pessoas físicas e jurídicas dotadas de plena capacidade civil poderão celebrar cláusulas compromissórias.<sup>10</sup> Pessoas físicas menores de idade, interdadas ou incapacitadas por qualquer razão estão proibidas de eleger a

→ pelos ordenamentos nacionais, que se encontra o fundamento para que a via jurisdicional arbitral exclua a do processo estatal e que, em consequência, o árbitro possa se dizer incompetente, sem que se deva por isso considerar que ele, antes, já não o fosse competente.

9. O autor ainda esclarece que massas falidas e inventários podem tomar parte em processos arbitrais, desde que autorizados judicialmente. O mesmo quanto aos condomínios, quando autorizados por suas assembleias gerais (op. cit., p. 37-38). Sobre a relação entre o processo arbitral e a recuperação e falência de empresas, ver Ronaldo Vasconcelos (2012, p. 80-90).

10. Carlos Alberto Carmona (2009, p. 109) menciona situação interessante, a partir de situação efetivamente ocorrida com George Washington, para então ponderar que na lei brasileira não é possível →

via arbitral. Seus representantes estão igualmente proibidos, pois estariam, neste caso, dispondo sobre direitos de terceiros, o que não podem fazer.

De outro lado, não se exigem requisitos formais adicionais ou específicos para o pacto arbitral. Uma vez configurada a capacidade civil da pessoa jurídica e a adequação da sua representação, este ato se insere no contexto dos atos de gestão ordinária, “não transcende à normalidade e não importa em ato de disposição de bem patrimonial ou jurídico essencial” (MARTINS, 2008, p. 63), daí por que não há necessidade de, por exemplo, exigir-se procuração específica para que o diretor firme a convenção de arbitragem. Assim como pode firmar o contrato, pode também firmar o pacto arbitral, pois o núcleo de poderes que lhe são exigidos é o mesmo.

Quanto ao requisito da forma, a lei civil prescreve que os negócios jurídicos devem ter forma prescrita ou não defesa em lei. A regra geral é a de que podem ser livremente celebrados (art. 107), sendo que apenas para poucos e determinados negócios jurídicos a lei impõe a adoção de forma específica, como requisito de validade do ato. Assim, os casamentos, testamentos e transações envolvendo direitos reais de valor superior a 30 salários mínimos (RIZZARDO, 2004, p. 12-13).

De outro lado, vige a regra geral da ausência de forma específica, autorizando-se inclusive que contratos sejam celebrados verbalmente, sem qualquer problema quanto à sua eficácia (ainda que tais contratos tragam dificuldades potenciais quanto à prova da sua realização).

A convenção de arbitragem encontra-se em situação intermediária, pois, ao mesmo tempo em que a lei exige a forma escrita, não impõe

→ pactuar um testamento com cláusula compromissória, pois o litígio futuro que poderia surgir se dará entre terceiros, que são os herdeiros. A disposição de última vontade do testador não pode obrigar seus herdeiros à via excepcional da arbitragem. Os herdeiros, contudo, poderão assim dispor, quando da realização da escritura pública do inventário (CPC, art. 982), pois, nesse caso, estarão dispondo a respeito dos seus próprios direitos, de natureza patrimonial disponível.

quaisquer outros requisitos ou formalidades, nem mesmo exige que a convenção seja inserida necessariamente no mesmo contrato. A exigência da forma escrita é plenamente justificável, na medida em que a escolha da via arbitral importa renúncia da via estatal, que vem a ser a regra geral em se tratando de solução de conflitos. E, como todo comportamento que importe renúncia a direitos nunca pode ser presumido nem interpretado de forma ampliada, exige-se manifestação escrita dessa renúncia, que, de outra forma, não poderia ser provada ou aceita.

## Inúmeros problemas e questões podem ser levantados sob o enfoque da arbitrabilidade subjetiva.

A interpretação do STJ tem sido no sentido de que a cláusula compromissória deve sempre ser celebrada por escrito, mas não necessariamente assinada pelas partes, admitindo-se outras formas de demonstração da aceitação e, portanto, da efetiva contratação da arbitragem como método de solução do litígio. Segundo o relator, ministro Menezes Direito,

“tem-se por satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória” (SE Contestada nº 856-EX, Corte Especial, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 27/6/2005).

Em outra oportunidade, o mesmo tema foi novamente debatido (SEC nº 967, Reino Unido da Grã-Bretanha), ocasião em que o tribunal refutou as alegações de vício da convenção de arbitragem, pois não obstante a falta de assinaturas das duas partes no instrumento contratual, no caso con-

creto, a parte requerida não se insurgira, no procedimento arbitral, contra a sua instituição. Tais julgados ilustram a circunstância de que deve sempre ser levado em consideração o comportamento das partes, antes e durante a arbitragem, de forma a se concluir pela suficiente demonstração de consentimento daquele que apresentou razões e indicou árbitro, ainda que originalmente não tivesse integrado a relação contratual consubstanciada no contrato arbitral. Valem, a esse respeito, as disposições que asseguram a boa-fé e a eficácia efetiva intenção das partes, que preponderam sobre os aspectos formais da contratação (CC, arts. 112 e 113).

O terceiro elemento de validade de todo e qualquer negócio jurídico é definido pela lei por objeto lícito, possível, determinado ou determinável (CC, art. 107, inciso II). O objeto do negócio jurídico equivale ao conteúdo do negócio entabulado (a distribuição de determinadas mercadorias, a fabricação de determinados produtos, etc.) e, para Orlando Gomes (2001, p. 398), significa dizer que o objeto não pode contrariar a lei, os bons costumes e a ordem pública.

Em vista da sua especificidade, seja na modalidade da cláusula compromissória, seja de compromisso arbitral, a convenção de arbitragem apresenta nuances próprias quanto ao seu objeto, o que é comumente tratado como arbitrabilidade objetiva. Exige-se sempre que o objeto ostente a condição de ser um direito patrimonial disponível.

Ainda, seu conteúdo deve ser passível de determinação. Na esteira do referido art. 107, inciso II, reconhece-se que não é necessário que o objeto do litígio seja desde logo determinado, mas apenas que seja determinável. A cláusula compromissória, com maior ou menor abrangência, sempre se referirá a um negócio jurídico específico, preenchendo, portanto, o requisito de possuir objeto lícito, possível e determinável.

Além dos requisitos de todo e qualquer negócio jurídico, o pacto arbitral suscita aspectos es-

pecíficos, previstos na legislação especial que o consagra. Ainda que a lei não preveja muitos requisitos ou elementos para a cláusula compromissória, quanto ao compromisso arbitral a situação se altera, eis que a lei (art. 10) elenca o rol de elementos indispensáveis, que são a qualificação das partes, dos árbitros, a matéria submetida à arbitragem e o local da sentença. Ainda, o art. 11 prevê que outros elementos podem ser previstos pelas partes, tais como o local de desenvolvimento da arbitragem, o prazo para apresentação do laudo, indicação da lei ou autorização para julgamento por equidade, aspectos relacionados às despesas com o processo arbitral.

Todos esses elementos podem ser inseridos na cláusula compromissória, fruto da ampla liberdade que as partes possuem. Contudo, nenhum desses elementos é indispensável ou imposto pela lei, sendo inclusive possível que a cláusula compromissória se limite a eleger a arbitragem como método, sem a indicação de qualquer outro aspecto. A virtude certamente se situa entre esses extremos. Não é exigível que as partes pactuem desde logo tantos aspectos, mas também não é recomendável que se limitem apenas a escolher arbitragem, sem qualquer parâmetro concreto para efetivar tal opção. Tais cláusulas, ditas vazias, são muito ruins do ponto de vista operacional e a sua efetivação costuma exigir inúmeras atividades e, no limite, até o concurso do juiz estatal para impor ao réu a lavratura do compromisso arbitral (Lei de Arbitragem, art. 7º). A esse respeito, dedicaremos o item seguinte.

**5****Cuidados com a redação da cláusula compromissória. Cláusulas completas (ou cheias) e incompletas (ou vazias)**

A doutrina arbitral é unânime em recomendar bastante atenção na redação da cláusula compromissória. Como verdadeiro contrato que é, deve-

ria receber das partes e de seus advogados o tempo e o nível de cuidado normalmente dedicados aos contratos empresariais. Contudo, a realidade se revela muitas vezes diferente. Não por acaso, a cláusula compromissória é denominada de *midnight clause*, porque normalmente é das últimas condições acertadas entre as partes. O núcleo do contrato está concluído e, em geral, as partes se apressam em encerrar a discussão dos seus demais aspectos, negligenciando muitas vezes este pacto arbitral.

O equívoco é manifesto, pois da existência da cláusula arbitral depende a produção dos seus efeitos negativo e positivo, sendo ela a principal fonte que comanda a instituição da arbitragem (MARTINS, 2008, p. 77). Recomenda-se, mesmo no atual estágio do desenvolvimento da arbitragem no Brasil, que a escolha recaia sobre as arbitragens institucionais, evitando-se o uso da arbitragem *ad hoc*, a qual implica a criação de regras pelas próprias partes.<sup>11</sup>

Apesar de não ser exigido que a convenção arbitral siga algum modelo formal, dela se espera que expresse,

“de forma inequívoca, a vontade das partes em adotar a arbitragem como método para solução dos conflitos abrangidos ou a serem referenciados e abrangidos pelas partes para esse efeito”.<sup>12</sup>

11. A advertência é de José Emilio Nunes Pinto, em estudo publicado em 2005 (p. 34-39), e permanece integralmente válida. Segundo o autor, devemos evitar a todo custo cláusulas compromissórias vazias ou patológicas, que frustram as expectativas das partes e levam a um “contencioso parasita”, amparado no art. 7º da Lei de Arbitragem.

12. A ponderação é de José Maria Rossani Garcez (2007, p. 199-200), que ainda pondera que o compromisso arbitral tem regulamentação mais extensa, relação de itens obrigatórios e outros que podem constar, enquanto a cláusula compromissória é regulada de forma mais enxuta, daí por que a cláusula compromissória deve merecer maiores cuidados em sua configuração, “para não dificultar ou impedir a adoção do método arbitral e a instauração da arbitragem”.

13. Luis Fernando Guerrero (2009, p. 51) adverte, porém, que, nas relações internacionais, aplica-se o art. 9º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras, que anuncia o princípio *locus regit actum*, ou seja, “se as partes não escolheram a lei aplicável à solução do conflito, se este tiver alguma relação com o Brasil, a lei aplicável será a do local em que a avença foi celebrada”.

Em regra, as cláusulas compromissórias são dotadas dos elementos mínimos necessários para permitir a instauração do procedimento arbitral desde logo, o que normalmente se dá pela indicação das regras de uma instituição arbitral, por meio das quais as partes são convocadas para indicar seus árbitros, formular suas pretensões e, em um segundo momento, firmar a ata de missão (ou termo de arbitragem) em que os limites do litígio serão definidos.

Quando se estabelece uma cláusula compromissória cheia, celebra-se um negócio jurídico processual com características de um contrato de organização. O elemento mínimo para se considerar como cheia ou completa a cláusula compromissória é a previsão do critério para escolha dos árbitros. Caso esse requisito seja satisfeito, dispensam as partes de firmar o ulterior compromisso arbitral.

“Portanto, é suficiente supor-se que as partes disciplinem a nomeação dos árbitros (nas cláusulas compromissórias não vazias), para adotar o modelo mais avançado” (RICCI, 2004, p. 115-116).

## Da existência da cláusula arbitral depende a produção dos seus efeitos negativo e positivo.

Isso porque, assim o fazendo, todos os demais aspectos desta solução arbitral poderão ser determinados pelos árbitros, nos termos do art. 21 da lei brasileira, inclusive a determinação da lei aplicável ao mérito do contrato e das regras que regerão o procedimento arbitral.<sup>13</sup>

A cláusula compromissória vazia é aquela que não contém os elementos aptos para a instauração da arbitragem desde logo e, nesta medida, possui eficácia limitada. Isso se dá, por exemplo, quando as partes apenas se limitam a afirmar que “eventuais litígios decorrentes deste contrato serão resolvidos por arbitragem”, sem nenhuma outra

complementação. Esses pactos costumam gerar muitos problemas, mais até do que se nenhuma convenção de arbitragem tivesse sido prevista.

A cláusula vazia pode ser considerada como uma espécie das chamadas cláusulas patológicas. Carlos Alberto Carmona menciona ainda as cláusulas que, por conta de redação incompleta, esdrúxula ou contraditória, não permitem a constituição do órgão arbitral. Outro exemplo se dá com a cláusula que indica órgão arbitral inexistente, ou que preveja mecanismo inoperante para a indicação do árbitro. Isso se dá quando as partes já indicam o nome do árbitro único, proibindo a sua substituição, e este recusa o encargo, ou já faleceu quando do surgimento do litígio.

Outro equívoco comum nas redações desses pactos arbitrais se dá pela mistura de disposições e órgãos arbitrais, como, por exemplo, quando um órgão arbitral brasileiro é apontado para administrar a arbitragem, seguindo porém as regras de outra instituição arbitral (como a Corte de Arbitragem da CCI, ou as regras da American Arbitration Association). Dessa duplicidade de regras podem surgir incompatibilidades inconciliáveis, impedindo a instauração e o desenvolvimento da arbitragem (CARMONA, 2009, p. 114).

Em todos esses casos, será necessário atividade ulterior das partes, para corrigir, complementar ou retificar a vontade antes manifestada. A forma amigável e rápida de completar a eficácia dessa convenção será a de celebrar o compromisso arbitral. Assim, em termos práticos, essas situações exigirão que, relativamente a uma mesma relação contratual, as partes firmem as duas modalidades da convenção de arbitragem, eis que apenas a primeira delas – cláusula compromissória – não terá sido suficiente para conduzir as partes à via arbitral.

Apenas por essa razão já se observa o quão equivocada e impróprio é celebrar uma cláusula compromissória vazia. Mas as dificuldades não se esgotam nesse aspecto, porque, em termos práti-

cos, no mais das vezes, as partes não chegarão a um acordo para firmarem o compromisso arbitral, obrigando, como antes dito, a parte interessada a se valer da ação judicial prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem.

Cuida-se, aliás, de outra inovação importante da lei arbitral brasileira, com vistas a conferir eficácia imediata à convenção de arbitragem patológica, privilegiando-se a execução específica, em detrimento da insatisfatória solução das perdas e danos. Mas ainda assim as partes terão que dividir seu litígio em duas etapas. A primeira, preliminar ao litígio propriamente dito, em que se buscará apenas firmar o compromisso arbitral. E uma vez resolvida esta etapa – com todos os percalços que qualquer ação judicial acarreta –, se passará finalmente à discussão quanto ao negócio jurídico propriamente dito, perante os árbitros, na forma determinada pela decisão judicial que vier a instituir o compromisso arbitral.

Voltando às cláusulas compromissórias completas, que admitam a efetivação do juízo arbitral de imediato, cumpre retomar e complementar as considerações do item anterior, a respeito do objeto do pacto arbitral.

Como vimos, a diferença precípua entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral reside em que a primeira é pactuada de forma antecipada, no momento em que o negócio jurídico está sendo celebrado, antes do surgimento de qualquer conflito concreto. Este seu conteúdo genérico, que pode até ser mais bem especificado posteriormente, não exclui, porém, a necessidade de se adotar uma redação suficientemente ampla, para que todos os litígios decorrentes ou relacionados com aquele contrato possam ser abrangidos.

A opção por um conteúdo mais ou menos abrangente poderá trazer repercussões importantes, para contemplar ou delimitar o objeto dos litígios que serão resolvidos pela via arbitral. Adepto de uma interpretação mais restritiva da cláusula compromissória, eis que baseada na ampla auto-

nomia da vontade das partes, Carlos Alberto Carmona defende que os contratantes podem optar por dividir as parcelas do objeto do contrato que serão submetidas à arbitragem, de forma a preservar alguns aspectos da discussão para a solução judicial tradicional. Tal autonomia também permite, de outro lado, dar uma abrangência maior à cláusula compromissória, inclusive para que aspectos correlatos ao contrato, mas que não decorram diretamente de seu objeto, também sejam abrangidos. Nesta segunda variação, a redação da cláusula será determinante, justamente para abranger aspectos que, normalmente, não estariam abrangidos (CARMONA, 2009, p. 42).

## A abrangência do pacto arbitral será estabelecida por escolha das partes.

Sob a perspectiva mais restritiva, apenas a matéria especificamente indicada na convenção de arbitragem pode ser submetida aos árbitros. Assim, por exemplo, pode-se pactuar que litígios sobre a qualidade dos produtos sejam arbitráveis, mas atribuir ao juiz togado a competência para decidir sobre a interpretação das cláusulas do contrato. Ou submeter à via arbitral a determinação do *an debeatur*, relegando a determinação do *quantum* ao juízo estatal.

No universo de ampla autonomia da vontade, forçoso admitir como possíveis estas soluções.<sup>14</sup> Contudo, importante registrar que tal escolha não parece das mais felizes. A arbitragem é também baseada em questões de eficiência, especialidade do julgamento, confidencialidade e celeridade. A fragmentação das discussões acerca de uma

14. Ainda segundo Carmona (op. cit., p. 43), "fica claro que nada proíbe que as partes retirem dos árbitros a competência para decidir sobre algumas matérias especificadas, elegendo foro para o debate judicial".

mesma relação contratual tende a representar em prejuízo a todos esses importantes valores. De outro lado, exceto em casos excepcionais, não se vislumbrarão vantagens nessa delimitação quanto aos poderes dos árbitros.

Certo é que, a partir de uma cláusula compromissória que se refira a uma certa relação contratual, pode surgir mais de um conflito a ser dirimido por meio de arbitragem. O surgimento de uma primeira demanda, porventura delimitada a algum aspecto do contrato, deverá receber a solução arbitral nos moldes da convenção, mas não significará o exaurimento ou a extinção do pacto arbitral para a solução de eventuais outras controvérsias que surjam depois.

Neste particular, surge outra distinção relevante entre a cláusula compromissória e o compromisso, como modalidades da convenção arbitral. Este último, porque é formulado após o surgimento do conflito, possui objeto especificado e determinado, necessariamente menos amplo. Para Edoardo Ricci (2004, p. 111), "o compromisso determina o objeto mínimo da arbitragem, mas não determina seu objeto único. Uma vez proposta mediante compromisso ao menos uma controvérsia, as outras lides podem ser propostas de maneira diferente, sem estipulação de compromisso", o que se faz precisamente porque, no sistema brasileiro, tanto a cláusula como o compromisso podem dar início à arbitragem, de forma que pode haver arbitragem constituída a partir da cláusula compromissória e também a partir do compromisso, sem que uma exclua a outra.

Para os fins deste estudo, o aspecto relevante a considerar é que a abrangência do pacto arbitral será estabelecida por escolha das partes. Se o objetivo for o de fixar a arbitragem como único método para todos os aspectos da relação jurídica, convém que a redação da cláusula seja bastante refletida, feita com a melhor técnica. Recomenda-se ainda que o comportamento posterior das partes não conduza à conclusão de que houve re-

núncia, ou que novos pactos arbitrais sejam celebrados, em contradição com a cláusula original.

Passemos agora a um exame mais concreto das cláusulas compromissórias normalmente adotadas, tomando por base a redação sugerida pelas mais importantes e tradicionais instituições arbitrais brasileiras e estrangeiras. A partir desses exemplos, poderemos extrair, concretamente, os elementos tidos por indispensáveis para compor esse pacto, bem como as consequências de se adotar uma ou outra redação.

Evidentemente que não se está a sugerir que alguns desses modelos sejam sempre adotados, mas apenas que, a partir desta base empírica, se possam expor e ilustrar os elementos deste contrato, que, como visto, poderá ser mais ou menos abrangente conforme a escolha das partes.

O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC) possui a seguinte cláusula padrão:

"Qualquer litígio originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será definitivamente resolvido por arbitragem, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá ('CAM/CCBC'), de acordo com o seu Regulamento, constituindo-se o tribunal arbitral de [um/três] árbitros, indicados na forma do citado Regulamento".

Há uma outra sugestão, mais completa, em que se aponta desde logo não apenas o número de árbitros, mas também a sede da arbitragem, seu idioma e a lei aplicável.

Nesta mesma linha se verifica a cláusula sugerida pela Câmara Americana de Comércio Brasil-Estados Unidos (Amcham):

"Qualquer controvérsia decorrente da interpretação ou da execução do presente contrato, ou com ele relacionada, será definitivamente resolvida por arbitragem, administrada pelo Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio para o Brasil - São Paulo, de acordo com o seu Re-

gulamento. - O número de árbitros será de ..... (um/três). A arbitragem terá sede em ..... (indicar). O idioma oficial da arbitragem será o ..... (determinar). A arbitragem será regida pela ..... (estabelecer a legislação)".

Por sua vez, a Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (Camarb) recomenda a redação a seguir:

"Toda e qualquer controvérsia que surgir da interpretação ou execução do presente contrato será resolvida através de Arbitragem, de acordo com as normas do Regulamento de arbitragem da Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB), por \_\_\_\_ árbitro(s), nomeado(s) conforme o disposto no referido Regulamento. A arbitragem será realizada em \_\_\_\_ (cidade) e será conduzida no idioma \_\_\_\_".

No plano internacional, câmaras arbitrais tradicionais, como a Câmara de Arbitragem de Milão<sup>15</sup> e a American Arbitration Association,<sup>16</sup> sugerem cláusulas que seguem essa mesma linha. Na Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), o modelo sugerido preceitua que:

"All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules".

Em todos esses casos, observam-se dois ele-

15. "Any dispute arising out of or related to the present contract shall be settled by arbitration under the Rules of the Milan Chamber of Arbitration (the Rules), by \_\_\_\_ (a sole arbitrator / three arbitrators), appointed in accordance with the Rules."

"Tutte le controversie derivanti dal presente contratto o in relazione allo stesso, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, da un arbitro unico/tre arbitri", nominato/i in conformità a tale."

16. "Any controversy or claim arising out of or relating to this contract shall be determined by arbitration in accordance with the International Arbitration Rules of the American Arbitration Association."

The parties may wish to consider adding:

(a) "The number of arbitrators shall be (one or three);"  
 (b) "The place of arbitration shall be (city and/or country);" or  
 (c) "The language(s) of the arbitration shall be \_\_\_\_."

mentos constantes. Primeiro, a expressa remissão ao regulamento da própria câmara arbitral, o que permite tornar a cláusula compromissória bem mais objetiva e enxuta, na medida em que todos os aspectos relacionados à instituição da arbitragem e às regras do procedimento arbitral são previstos nesses regulamentos. Todos eles possuem ainda uma regra importantíssima, que atribui aos árbitros o poder de decidir as questões relacionadas ao procedimento, evitando assim que possíveis omissões do regulamento possam causar situações de perplexidade ou impedir o desenvolvimento do processo.

## A convenção de arbitragem goza de autonomia em relação ao contrato.

O segundo elemento constante, e igualmente importante, diz respeito ao número de árbitros. A regra geral é que três árbitros sejam apontados, e não é incomum que já na cláusula se estabeleça a prerrogativa de cada parte indicar um árbitro (que nunca deve ser interpretado como o "seu árbitro"), e ambos indicam o presidente do painel, a quem compete o voto de desempate, se for o caso (Lei de Arbitragem, art. 24, § 1º).

Quanto à determinação do objeto mais amplo, todas as cláusulas sugeridas se valem de expressões semelhantes, cuidando de "qualquer litígio ou controvérsia", abrangendo on decorrente da "interpretação ou execução do contrato".

A Câmara de Arbitragem do Mercado (BM&F Bovespa) sugere redação ainda mais abrangente, de cláusulas compromissórias estatutárias, para abranger, no plano subjetivo, "a Companhia, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal" (nas sociedades anônimas), ou "a sociedade, seus sócios e administradores" (nas sociedades limitadas).

Quanto ao objeto, compreende descrição am-

plíssima, que se refere não apenas à aplicação, validade, eficácia e interpretação da Lei das S.A. como de normas específicas aplicáveis às companhias e ao próprio estatuto social. Para uma visualização completa, remete-se o leitor à página da instituição na rede mundial de computadores: <<http://www.camaradomercado.com.br/clausula.asp>>.

## 6 Modificações na relação contratual e seus efeitos sobre a cláusula compromissória

O último aspecto que deve ser mencionado neste "voe de pássaro" a respeito da cláusula compromissória diz respeito às repercussões que ela sofrerá em vista das diferentes modificações da própria relação jurídica a ela submetida. Afirmou-se, em linha com a opinião unânime da doutrina em matéria arbitral, que a convenção de arbitragem goza de autonomia em relação ao contrato. Nas diferentes variações que serão a seguir examinadas, tal autonomia é largamente demonstrada.

O primeiro universo de modificações na relação de Direito Material é o da sua transmissão, que se dá por meio da cessão do contrato, da sub-rogação, da novação. Em matéria societária, também ocorrem as operações de incorporação, fusão, cisão.

Em todas essas hipóteses, ocorrem modificações nos agentes do contrato, com a exclusão de partes, a inclusão de outras, mas o núcleo essencial do contrato permanece vigente. Qual o destino da cláusula compromissória nessas situações? A cessão do contrato implica a cessão do pacto arbitral? Se a resposta é positiva, como manter a afirmação sobre a autonomia da convenção de arbitragem?

Sem infirmar tal autonomia, é necessário reconhecer que a transmissão do contrato gera, em regra, igualmente a transmissão da cláusula compromissória. Isso se dá por efeito direto da lei material, que estabelece a presunção de que o ces-

sionário assume o conjunto de direitos, deveres e obrigações daquela relação contratual. Quando a lei não pretende esse efeito, ela própria cuida de excepcioná-lo, como na hipótese em que o credor da sociedade pode se opor à fusão, cisão ou incorporação, ou ainda nos casos de venda do estabelecimento comercial.

Por isso é que, nas hipóteses de cessão legal (cujos efeitos são previstos na lei) ou judicial (determinados por ato jurisdicional), o cessionário se obriga igualmente pela cláusula compromissória, mesmo sem qualquer manifestação de vontade, eis que é a própria lei que atribui tais efeitos à cessão da posição contratual. A cessão de posição contratual implica a substituição de um dos contratantes por outra pessoa que passa a figurar na relação jurídica como se fora a parte de quem tomou parte, implica a total transferência do conteúdo orgânico de direitos e obrigações da parte cedente para a parte cedida, ou seja, a total assunção do complexo de direitos e obrigações existentes no contrato (GUERRERO, 2009, p. 140).

Uma variável dessa temática ocorre quando terceiros, integrantes de grupos de sociedades de que façam parte os signatários da convenção de arbitragem, acabam em termos práticos por tomar parte da relação contratual, apesar de não firmarem os contratos. Cuida-se do intrincado tema da extensão dos efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias. A jurisprudência arbitral internacional já estabeleceu alguns parâmetros e, excepcionalmente, admite que terceiros, não signatários, sejam abrangidos pela arbitragem, se integram o mesmo grupo e/ou participam ativamente da relação contratual, seja na sua negociação, seja na sua execução. Considera-se que tais terceiros tenham aderido, ainda que posteriormente, à cláusula compromissória originalmente celebrada.<sup>17</sup>

Outro desdobramento se dá nas relações contratuais compostas de vários contratos conexos. Se a arbitragem é prevista quanto ao contrato principal, não há muitas dúvidas de que as partes se obriga-

ram a esse método também nos contratos secundários (admitindo, para a hipótese, que os contratos secundários se refiram ao principal e não conttenham, eles próprios, convenções de arbitragem). O inverso não se verifica, contudo. Se a cláusula compromissória é prevista apenas nos instrumentos posteriores, ela será estendida ao complexo contratual apenas se houver ressalva e referência específicas (GUERRERO, op. cit., p. 137).

Quando instrumentos contratuais distintos, porém relacionados, elegem arbitragem em cláusulas contraditórias (v.g., que apontem órgãos arbitrais diferentes), surge um problema relacionado à solução conjunta de tais litígios. Para os fins deste estudo acerca dos aspectos contratuais da cláusula compromissória, basta afirmar que cada um desses contratos será submetido à solução arbitral. Restam, porém, muitas questões de ordem processual, relacionadas à reunião dos litígios, possíveis julgamentos contraditórios, mas que escapam ao objeto deste estudo.

Ampla espectro do que aqui se refere como “modificações da relação contratual” se verifica no âmbito societário. A doutrina vem debatendo longamente acerca da possibilidade de se impor a cláusula compromissória a acionistas que se opuseram à modificação do estatuto ou contrato social, bem como aos que, adquirindo ações ou cotas depois, igualmente não aderiram de forma expressa ao pacto arbitral.

A Lei das Sociedades Anônimas prevê, em seu art. 109, a possibilidade de se incluir a convenção de arbitragem nos estatutos sociais. A doutrina não diverge quanto ao fato de que o estatuto social é um e único para todos os sócios, constitui lei interna, reguladora dos direitos e obrigações dos sócios em suas relações recíprocas e com terceiros (CARMONA, 2009, p. 111).

17. Na doutrina nacional, ver o importante ensaio de Arnaldo Wald, “A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos” (2004, p. 31-59).

Já quanto aos efeitos da cláusula compromissória aos diferentes tipos de acionistas, vige grande dissenso. Parcela da doutrina entende que a cláusula que institui o pacto arbitral é válida e vincula os futuros sócios, que adquiram participações societárias posteriormente. Outros autores, porém, entendem que a cláusula compromissória vincula apenas os acionistas signatários da alteração, seja ao tempo da sua inserção no estatuto, seja em momento posterior, mediante termo em separado. Aos acionistas que votaram contrariamente à inserção de tal cláusula, ou que não aderiram posteriormente, segue sendo assegurado o direito de recurso ao Poder Judiciário, uma vez que a adoção da arbitragem é meio excepcional e não admite interpretações ampliativas.<sup>18</sup>

Deve-se reconhecer, porém, na linha do ensinamento de José Maria Rossani Garcez (2007, p. 112), que é impraticável a exigência de declarações volitivas prévias de adesão de novos acionistas, que adquirem ações em bolsas de valores. Assim, interpretações excessivamente restritivas, como a do professor Modesto Carvalhosa, acabam por criar um problema insolúvel, subvertendo inclusive um dos princípios mais relevantes em matéria societária, que é o princípio majoritário.<sup>19</sup>

Nessa ordem de ideias, Pedro Batista Martins (2008, p. 78) defende que a natureza de contratos de organização que é inerente aos contratos de sociedades faz com que a cláusula compromissória seja imposta a todos os acionistas e siga a sorte de todas as deliberações societárias, regidas pelo referido princípio majoritário. José Maria Rossani Garcez (2007, p. 115) acrescenta, em favor desta tese, que o fato de os estatutos sociais possuírem

registro público os torna portadores de fé pública e publicidade e, nesta condição, implicam a presunção de pleno conhecimento dos sócios, inclusive os futuros.

## A Lei das Sociedades Anônimas prevê a possibilidade de se incluir a convenção de arbitragem nos estatutos sociais.

Outras hipóteses merecem ainda comentários, relacionadas às causas de extinção do contrato e que também implicam a extinção da cláusula compromissória. É uma vez mais, tais situações não chegam a infirmar a afirmação quanto à autonomia da cláusula compromissória. Antes, confirmam-na, pois como contrato que é, celebrado entre as mesmas partes, o pacto arbitral deve sofrer as consequências das causas comuns de nulidade ou de rescisão do contrato.

As nulidades do negócio jurídico relacionadas à capacidade da parte, ou vícios de consentimento (dolo, coação) podem ensejar a extinção conjunta e simultânea dos contratos. Nessas situações, ambos os contratos deverão ser declarados nulos (PITOMBO, 2007, p. 329-330). Vale ressaltar que essa forma de extinção será decretada justamente pelos árbitros, em vista do princípio da competência-competência.

Mas os contratos podem ser extintos simultaneamente também porque o objeto do negócio jurídico foi totalmente adimplido. Em outras palavras, se ocorrer a execução total do objeto do contrato, não subsistem razões para a sobrevivência da convenção arbitral. Não se cuida aqui de causas comuns (o primeiro contrato será extinto por adimplemento do seu conjunto de obrigações, o contrato arbitral será extinto por exaurimento do seu objeto decorrente do desaparecimento do litígio potencial quanto ao primeiro).

18. Ver, por todos, Modesto Carvalhosa (1997, p. 109 e ss.).

19. Como tentativa de equilibrar os valores em questão, Carmona (2009, p. 111) propõe que acionistas atuais e futuros estarão obrigados, desde que a deliberação tenha sido unânime, "pouco importante o quórum estabelecido na lei ou no próprio estatuto para as demais alterações pontuais, eis que estará em jogo direito essencial do acionista, qual seja o de dirigir-se ao Estado para tratar de lesão ou ameaça de lesão a suposto direito seu".

Pode ainda haver outras causas que determinem a extinção do contrato, preservando-se, porém, a validade da convenção de arbitragem. Por exemplo, se quanto ao negócio jurídico objeto do pacto arbitral ocorrer a novação ou a transação. A modificação, ou extinção, das obrigações originais, como regra, não irá afetar o contrato de arbitragem, que seguirá válido e apto a dirimir os conflitos que surjam justamente de tais convenções. A premissa nesses casos é a da sobrevivência da convenção arbitral, exceto se houver renúncia ou alguma outra ressalva expressa dos novos partícipes da relação jurídica (GUERRERO, *op. cit.*, p. 150).

O mesmo se dá se um litígio decorrente do contrato chega a ser submetido à arbitragem e vem a ser julgado por sentença arbitral. Na linha do que se afirmou no item anterior, referida decisão terá aptidão de extinguir o processo em si, mas a cláusula compromissória permanecerá existindo e válida, apta a dirimir outros conflitos que possam surgir deste mesmo contrato.

Da mesma forma a anulação da sentença arbitral. Diversas das situações contempladas no art. 32 da Lei de Arbitragem dizem respeito ao desenvolvimento do processo arbitral, mas não atingem a convenção de arbitragem em si. Quando assim se der, a procedência da ação anulatória não extingue o pacto arbitral, podendo até mesmo ensejar nova instituição do juízo arbitral (APRIGLIANO, 2010, p. 49).

A autonomia da cláusula compromissória também se demonstra nas situações em que o árbitro apontado na própria cláusula é único e vem a falecer. O método não desaparece nem perde eficácia. A consequência é que a cláusula, que era completa, torna-se incompleta ou vazia, requerendo a complementação das partes, ou do Poder Judiciário, pela técnica da ação do art. 7º da Lei nº 9.307/1996.

De outro lado, se nesta mesma cláusula as partes tiverem, de antemão, declarado que não aceitarão substituição alguma, o falecimento do

árbitro importará extinção da cláusula compromissória. Tem-se aqui hipótese inversa, em que o contrato permanece válido, mas o pacto arbitral será extinto.

Contudo, a hipótese mais recorrente é a de renúncia à convenção de arbitragem, com preservação dos efeitos do negócio jurídico a ela vinculado, a qual se dá quando as partes renunciam de forma implícita à via arbitral. E o fazem quando uma das partes ajuíza ação contra a outra perante o Poder Judiciário, que a responde sem arguir a incompetência decorrente da cláusula compromissória (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 1996, p. 457). Diante do efeito positivo da convenção de arbitragem, tal renúncia se perfaz pela omissão de ambas as partes, sucessivamente.

Tais comportamentos processuais das partes servem como parâmetro de uma manifestação que afeta o contrato que celebraram. Mas admitindo que uma mesma relação contratual possa gerar mais de um litígio, a renúncia de que aqui se trata não pode ser interpretada como a de verdadeira rescisão do contrato de arbitragem, ou seja, não produzirá efeitos além daquele litígio específico, que foi iniciado perante o Judiciário e, mediante anuência do réu, nele será processado e julgado. Como contrato que é, celebrado por escrito e sem limitações quanto à sua validade, ele permanece vinculante para as partes, que poderão (e deverão) submeter eventuais outros litígios à solução arbitral que contrataram.

Tal situação se verifica em termos práticos com alguma frequência, quando uma das partes precisa se dirigir ao Poder Judiciário para pleitear tutelas de urgência, antes da efetiva instituição do juízo arbitral. Não se questiona que esse comportamento não influa no conteúdo do contrato de arbitragem celebrado, preservando-se a competência dos árbitros para o litígio propriamente dito, cabendo-lhes inclusive rever a decisão antes proferida pelo juiz togado, para mantê-la ou re-

vogá-la.<sup>20</sup> Mas idêntico tratamento deve receber a hipótese em que uma parcela do litígio é, por atos recíprocos de renúncia, transferida à apreciação do Poder Judiciário. As demais parcelas poderão ser objeto de futuras demandas arbitrais.

## 7. Conclusões

A despeito da rápida evolução da arbitragem no Brasil, impulsionada nos anos recentes pelo desenvolvimento da economia e dos contratos de maior complexidade e vulto, inúmeros temas relacionados à convenção de arbitragem ainda merecem ser explorados e estudados.

Por se tratar de instituto jurídico de natureza contratual, mas cujos efeitos se produzem na es-

---

20. Sobre esta hipótese específica, Carlos Alberto Carmona (2007, p. 39) afirma que caberá a eles, árbitros, tratar da questão: "Quer isso dizer, em outros termos, que caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida concedida pelo órgão do Poder Judiciário".

fera processual, a cláusula compromissória vem sendo mais estudada no contexto das polêmicas que suscita dentro do processo. Não sem dificuldade, procurou-se distinguir apenas os aspectos eminentemente contratuais da questão, até como forma de aprimorar o resultado final do processo arbitral que, não raro, tem grande parte do seu objeto relacionada justamente à existência, validade e eficácia da própria convenção de arbitragem.

Ciente do risco de, em espaço reduzido, abordar de forma panorâmica tantos e tão intrincados temas, este trabalho objetivou tão somente compilar as principais questões polêmicas sob o prisma dos contratos, estabelecendo paralelos importantes com a disciplina geral da sua formação, desenvolvimento e extinção, como forma de recordar ao leitor que os seus efeitos processuais não desnaturam sua natureza contratual e, portanto, não excluem o seu estudo à luz das disposições do CC. ■

## Bibliografia

- ALMEIDA, Edson Oliveira de. Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado pelas partes. Validade. Inexistência de exigência legal. Comprovação do consentimento incondicional da parte requerida com o contratado. Prática internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 3, n. 8, jan./mar. 2006.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. II.
- COSSÍO, Francisco González de. El principio compétence-compétence revisitado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, abr./jun. 2007.
- DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Convenção de Arbitragem nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis como alternativa à tutela jurisdicional substitutiva da declaração de vontade (Arts. 466-A, 466-B, 466-C, do CPC). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, v. 16, p. 54-97, jan./mar. 2008.
- DOLINGER, Jacob. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.
- FAZZALARI, Elio. *L'Arbitrato*, Torino: Utet, 1997.
- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1996.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 2, v. 4, p. 34-47, jan./mar. 2005.
- PITOMBO, Eleonora Coelho. Os efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2004.
- TIBÚRCIO, Carmen. O Princípio da Kompetenz-Kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (Bundesgerichtshof). In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da Recuperação Judicial*. Tese (doutorado em Direito). São Paulo, Universidade de São Paulo, 2012.
- WALD, Arnaldo. "A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos", *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 1, v. 2, p. 31-59, maio/ago. 2004.
- \_\_\_\_\_. O regime legal da cláusula compromissória. Competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 4, v. 12, p. 189-224, jan./mar. 2007.
- WALD, Arnaldo; GALÍNDEZ, Valéria. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 2, v. 6, p. 217-245, jul./set. 2005.