

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem é gênero, do qual são espécies o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, sendo esta última forma a mais utilizada, sem a menor dúvida. Além de tratarmos dos detalhes de cada uma delas, neste capítulo discorreremos sobre os seus vícios, efeitos perante terceiros, ação para a instituição de arbitragem, competência para a apreciação do pedido de invalidade da convenção de arbitragem, dentre vários outros temas importantes, palpantes e atuais.

1. Convenção de arbitragem: conceito, natureza, espécies, consequências, efeitos, características e requisitos de validade

Convenção de arbitragem é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Este surge após o aparecimento da lide, enquanto que aquela é prévia. Essa, inclusive, é a lição que se extrai do art. 3º da LA, que diz que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

O Brasil, infelizmente, ainda faz a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, algo que, em alguns países, como a Espanha, por exemplo, não se usa. Lá a lei fala apenas em convênio arbitral.¹ Quando essa lei menciona as formas pelas quais poderá ser feito, aí sim pode-se perceber nitidamente as duas espécies de convenção, contudo, reforça-se, parece não existir qualquer diferença entre ambas.

¹ Cf. art. 9, (1), da Ley n. 60/2003: “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

A sua natureza jurídica é de um contrato, podendo ser bilateral ou multilateral.

Algumas de suas características são a necessidade de ser escrita, a vedação de conteúdo genérico, a autonomia perante a relação jurídica e a sua acessoriedade. No Direito brasileiro, não se admite convenção de arbitragem oral. Não pode ser vaga, pois ela determinará o objeto da arbitragem. É autônoma em face da relação principal, pois tem seus requisitos próprios e regula pontos distintos. É acessória, pois só existe porque há uma outra relação jurídica, a principal.² Só se pactua uma convenção de arbitragem, em qualquer uma de suas espécies, pois há uma demanda por vir, certa ou incerta, presente ou futura.³

Ainda sobre a autonomia da convenção de arbitragem, vale a pena transcrever o pensamento de DEBORA VISCONTE: “a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir o caso *Prima Paint v. Flood Conklin*, lapidou o conceito da autonomia da cláusula compromissória, ao declarar que quando a alegação de fraude se refere ao contrato como um todo, e não especificamente em relação à convenção de arbitragem, e não houver nenhuma evidência de que a intenção das partes era de que a questão não fosse resolvida por arbitragem, a alegação de fraude não afetará a convenção. E, com base nisso, determinou o prosseguimento da arbitragem”.⁴

Com efeito, em decorrência da autonomia da convenção de arbitragem, *exsurtem consequências diretas e indiretas*. As *diretas* seriam (i) a não afetação da convenção por eventual invalidade do contrato e (ii) a possibilidade de ser regida por lei diversa do que a do negócio principal. Já a *indireta* é o princípio da competência-competência, que permite ao árbitro ser o primeiro a decidir sobre a sua própria jurisdição.

Na doutrina fala-se em dois *efeitos* da convenção de arbitragem, sendo um positivo e um negativo. Este é a abstenção da jurisdição estatal para se dirimir o mérito da lide, já, aquele, seria a submissão da questão conflituosa ao juízo arbitral. Com relação ao efeito negativo, não se trata de um afastamento definitivo, uma vez que o Judiciário pode vir a ser utilizado para se efetivar medidas de urgência, conduzir testemunhas, executar a sentença ou, até mesmo, decretá-la como nula.

Desse modo, convencionado que os problemas do contrato serão dirimidos por arbitragem, pode-se afirmar que um dos efeitos da convenção de arbitragem é justamente o de tornar obrigatória a jurisdição arbitral, salvo se as partes a renunciarem, expressa ou tacitamente, tendo o STJ já manifestado que o fato de as partes terem se valido de processo estatal não importa, necessariamente, em renúncia tácita.⁵

² É uma acessoriedade *sui generis*, uma vez que a nulidade do principal não implica, necessariamente, na nulidade do pacto acessório.

³ Nesse sentido: MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e convenção arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 154-155.

⁴ VISCONTE, Debora. *A jurisdição dos árbitros e seus efeitos*, p. 42.

⁵ Cf. “À medida em que surge a controvérsia entre as partes, seria correto imaginar nova renúncia, pura e simples, mesmo que tácita, sem a explicitação concreta da perda de um direito específico e ainda sem a participação da parte contrária? Parece não ser cogitável a proposição pelo simples fato de perceber que a utilização

Caso uma das partes que celebrou convenção de arbitragem vá ao Judiciário, desrespeitando-se, assim, aquilo que convencionou com a outra parte, poderá o juiz extinguir o feito *ex officio*, com fulcro no art. 267, VII, do CPC?⁶ A resposta é negativa, haja vista o disposto no § 4º do art. 301 do CPC, que dispõe que, “com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”. Veja-se que, não obstante o texto falar em “compromisso arbitral”, o inciso IX do mesmo art. 301 trata da “convenção de arbitragem”, logo, a melhor solução para essa aparente contradição é a de se ler, no § 4º, “convenção de arbitragem” ao invés de “compromisso arbitral”.

Cumpre-nos informar ainda que é lícito às partes, graças ao princípio da autonomia da convenção arbitral, estabelecerem leis distintas para regular a própria convenção e o mérito de eventual demanda, e, caso assim não o façam (raramente se faz), presumir-se-á que a lei aplicável à convenção arbitral será a mesma que será adotada para eventual contenda arbitral.⁷ Na dúvida, deve o árbitro averiguar quais eram as intenções, objetivos e expectativas das partes quando da sua celebração.

No tocante aos *requisitos de validade* da convenção de arbitragem, podemos dividi-los em seus aspectos subjetivos, objetivos e formais.

No *plano subjetivo*, estudam-se as partes e, inicialmente, chamamos a atenção para a imprescindibilidade de a convenção ter sido firmada com o livre e válido consentimento das mesmas. Isso significa que não pode ter ocorrido nenhum dos defeitos do negócio jurídico, que são o erro, o dolo, a coação, a fraude contra credores, o estado de perigo e a lesão. O mesmo vale para a simulação e para as hipóteses de nulidade do art. 166 do CC. As partes precisam ainda ser capazes. Os menores emancipados e as pessoas casadas, mesmo sem outorga do outro cônjuge, não têm qualquer tipo de impedimento. O interdito, dependendo da causa de sua interdição (como seria o caso de problemas mentais), não poderá firmar convenção. O falido e o insolvente também não. Os representantes (legais e/ou contratuais) e os mandatários só podem pactuar convenção se tiverem po-

da via judicial, no caso vertente, sobreveio com expressa menção de não renúncia e, também, porque, dentro do plano da existência da bilateralidade da convenção arbitral, a outra parte não questionou o sentido da exceção no momento oportuno. Isto quer dizer: os Requeridos não advertiram, quando do ajuizamento das ações judiciais precedentes, para a descaracterização da cláusula arbitral ou postularam eventual declaração de renúncia, fazendo apenas quando constituído o procedimento arbitral” (STJ, Corte Especial, SEC nº 1/EX, de renúncia, fazendo apenas quando constituído o procedimento arbitral” (STJ, Corte Especial, SEC nº 1/EX, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/10/2011, DJe 1º/2/2012 – trecho do voto da relatora). Nesse sentido: “Contrato. Organização de sociedade em nome coletivo. Cláusula compromissória de arbitragem. Renúncia, pelos contratantes, ao direito de dirimir as questões e controvérsias decorrentes do contrato perante o Poder Judiciário. Pacto de natureza vinculante e de observância obrigatória. Impossibilidade de substituição da arbitragem pelo procedimento judicial para a solução do litígio. Inexistência de afronta ao artigo 5º, XXXV, da CF. Constitucionalidade da referida cláusula reconhecida pelo C. Supremo Tribunal Federal. Extinção do processo sem apreciação do mérito mantida” (TJSP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Ap. nº 15713-69.2008.8.26.0152, Rel. Des. José Reynaldo, j. 27/9/2011). O relator, em seu voto, aduz ainda que, “na verdade, a cláusula compromissória, traduz-se em pacto de natureza vinculante, de observância obrigatória aos contratantes, e, sendo eleita tal via, as partes, salvo as exceções próprias, que, *in casu*, não se fazem presentes, não podem mais recorrer ao Poder Judiciário”.

⁶ Cf. “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VII – pela convenção de arbitragem”.

⁷ Nesse sentido: VISCONTE, Debora. *A jurisdição dos árbitros e seus efeitos*, p. 46-47.

deres específicos para tanto.⁸ Caso interessante, em que não concordamos com a decisão judicial, foi o de um advogado, que não tinha poderes específicos para firmar compromisso arbitral ou cláusula compromissória e, em audiência, assim o fez. Segundo o TJMG, “não há vício de consentimento se a parte está representada em Juízo por advogado com poderes especiais que adere a termo de transação, com homologação judicial durante audiência. Não havendo qualquer vício capaz de macular a celebração de cláusula compromissória de arbitragem, é de se valorar o querer das partes e determinar, prefacialmente, a instauração do juízo arbitral”.⁹ É preciso ter poderes específicos para celebrar convenção de arbitragem na procuração, do contrário, ela será nula.¹⁰ No caso em tela, não consta, no acórdão, qual era a redação da procuração outorgada ao advogado, só se mencionando que ele tinha poderes para transacionar, porém, convenção de arbitragem é diferente de transação.

No *plano objetivo*, que analisa o objeto, tem-se que deve ser possível (tanto do ponto de vista material como do jurídico), lícito, determinado ou determinável e apreciável economicamente (questões relativas ao estado da pessoa).¹¹

E, no *plano formal*, tem-se que existem três possíveis: a verbal, a escrita por instrumento particular e a escrita por instrumento público. A verbal não é aceita pela LA. Quanto à escrita, como regra bastará que seja por instrumento particular, sendo a por instrumento público exigível, talvez, apenas quando for parte o Poder Público.¹²

Finalmente, no tocante ao direito intertemporal, o STJ sumulou a matéria recentemente, não deixando mais qualquer margem de dúvida sobre o assunto.¹³ Foi levado em conta o fato de as regras de arbitragem serem, na sua maioria, de natureza processual, logo, tem aplicação imediata.

2. Cláusula compromissória: conceito, forma, natureza, espécies, alcance e efeitos

Segundo o art. 4º da LA, “a cláusula compromissória é 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”.

⁸ Para maiores informações sobre os requisitos subjetivos, confira-se: FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*, p. 93-97.

⁹ TJMG, 9ª C., Ap. n. 1.0003.09.030539-6/001, Rel. Des. José Antônio Braga, j. 13/3/2012.

¹⁰ Em sentido contrário: MARTINS, Pedro A. Batista. Poder Judiciário – Princípio da autonomia da cláusula compromissória – Princípio da competência-competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento pelo tribunal arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 184-189.

¹¹ Para maiores informações sobre os requisitos objetivos, confira-se: FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*, p. 97-98.

¹² Para maiores informações sobre os requisitos formais, confira-se: FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*, p. 98-99.

¹³ Cf. Súmula n. 485: “A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”.

Sobre a sua forma, trazemos a lume o disposto no § 1º do art. 4º da já citada lei, no qual se estabelece que “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”. Discorrendo sobre o chamado “documento apartado”, BEAT WALTER RECHESTEINER afirma que seriam válidas quaisquer formas de manifestação de vontade, desde que reste clara a intenção e o livre consentimento das partes. Assim, a troca de e-mails, cartas, faxes, telegramas, por exemplo, seriam documentos aptos a ensejar a existência de cláusula compromissória.¹⁴

Quanto à sua natureza jurídica, a dúvida é se seria mera promessa de contratar, ou, então, um contrato propriamente dito. A nosso ver, trata-se de contrato acessório, típico e autônomo. Típico porque previsto em lei e autônomo porque, nos termos do art. 8º da LA, “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”. Destarte, é forçoso reconhecer que “a cláusula compromissória não pode mais ser qualificada como mero pré-contrato, na medida em que ela não consubstancia mais uma promessa de celebrar compromisso, mas sim uma promessa de instituir juízo arbitral”.¹⁵ Há, no entanto, quem sustente exatamente o contrário, isto é, que “a cláusula compromissória é, em verdade, um contrato preliminar, ou seja, uma promessa de celebrar o contrato definitivo, que é o compromisso arbitral”.¹⁶ Conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar anteriormente, temos que assiste razão àqueles que defendem ser a cláusula arbitral um contrato por si só. Tanto aqui, quanto no compromisso arbitral, o efeito é o mesmo, havendo promessa de se instituir arbitragem, que, por sua vez, só existirá a partir da aceitação do árbitro, nos termos do art. 19 da LA.¹⁷

Pactuada seguindo os ditames legais, será contrato existente e válido, já a sua eficácia está subordinada à existência do eventual litígio, ou seja, há condição suspensiva.

Classificação que merece nossa atenção é a de que a *cláusula compromissória pode ser tida ainda como universal, parcial ou singular*. Na primeira, qualquer conflito oriundo do contrato será levado ao juízo arbitral; na segunda, apenas os problemas decor-

¹⁴ Cf. RECHESTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil, depois da nova Lei 9.307, de 23/9/1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 60. Confirma-se ainda o art. 2º, (2 e 3) da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal: “Art. 2º. (2). A exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação. (3). Considera-se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste e suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação”. Nesse mesmo sentido é a primeira parte do art. 5º, (2), da CIETAC: “The arbitration agreement shall be in writing. An arbitration agreement is in writing if it is contained in the tangible form of a document such as a contract, letter, telegram, telex, fax, EDI, or email”.

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, p. 89.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 28. Em sentido contrário, e seguindo a linha que estamos defendendo, confira-se: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, p. 132-133.

¹⁷ Cf. “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

rentes de uma ou mais cláusulas do contrato – mas não todas elas – serão objeto de arbitragem;¹⁸ e, na terceira, a dificuldade que poderá ser arguida em sede arbitral será minuciosamente descrita.

É possível ainda encontrar outra classificação acerca da cláusula compromissória, diz respeito ao seu *alcance subjetivo e objetivo*, ou seja, aplica-se às partes do contrato no qual está inserida e diz respeito às obrigações previstas no âmbito do contrato.

Com efeito, temos que o que há de mais importante, em se tratando de cláusula compromissória, é a menção às suas duas espécies: a cheia e a vazia, também denominadas de completa e incompleta.

Na cláusula compromissória vazia diz-se apenas que os conflitos oriundos do contrato serão dirimidos por arbitragem. Já na cláusula compromissória cheia, além de se estabelecer o mesmo que já se disse na cláusula vazia, inserem-se outras informações, tais como que tipo de arbitragem será (institucional ou *ad hoc*); em sendo a primeira, qual câmara de arbitragem será a competente para o seu julgamento; o número de árbitros, bem como a forma de indicação; o idioma que será utilizado; o prazo para a sua instituição etc. A diferença primordial entre ambas, contudo, é a indicação da forma de se iniciar a arbitragem, geralmente com a indicação de qual será a câmara de arbitragem que administrará o feito, bem como o número de árbitros e o idioma a ser adotado. Assim, se há essas informações, a cláusula é cheia, do contrário, é vazia.

Qual delas é a melhor? Sem dúvida, a cheia, pois inclusive dispensa a necessidade de se ir previamente ao Judiciário para se requerer a instituição da arbitragem. Nesse sentido, “a cláusula compromissória ‘cheia’ é suficiente para a instauração do juízo arbitral, sendo desnecessária a intervenção do Poder Judiciário (art. 7º da Lei n. 9.307/96) ou a celebração de compromisso arbitral. A delimitação perfeita do litígio será o primeiro ato a ser praticado pelo(s) árbitro(s) em audiência com as partes”.¹⁹ E, como bem disse MODESTO CARVALHOSA, “será, portanto, inadequada uma cláusula compromissória *in albis*”.²⁰ Já para a pessoa mal intencionada, tem-se que o uso da cláusula compromissória vazia é mais recomendada.

Segundo RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES, para que se possa dispensar a ação do art. 7º da LA, bem como o compromisso, é preciso que a cláusula compromissória tenha os requisitos do art. 10 da referida lei, ou “a forma de nomear o árbitro ou os árbitros ou a instituição encarregada de sua nomeação e determinar o objeto de sua controvérsia, uma

¹⁸ Nesse sentido: “A cláusula compromissória existente no contrato de compra e venda refere-se à discussão sobre o indexador usado para reajuste das prestações, e não a eventual indevida aplicação de juros e correção monetária, tendo em vista cláusula que veda tais acréscimos” (TJMG, 10ª C., Ap. n. 1.0024.02.804678-7/001, Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, j. 27/10/2009).

¹⁹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*, p. 245. Nesse sentido: PITOMBO, Eleonora Coelho. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins (coords.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 115. Em sentido contrário: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 28-30.

²⁰ CARVALHOSA, Modesto. Arbitragem estatutária na sociedade anônima: aspectos constitucionais e legais, op. cit., p. 139.

vez que os demais requisitos do art. 10 poderão ser preenchidos pelo árbitro ou tribunal arbitral, se as partes que lhe atribuírem a função, o que, normalmente, acontece nos regulamentos das entidades especializadas em arbitragem”.²¹ Não reputamos correto esse posicionamento. O inciso IV do art. 10, que se refere ao “lugar em que será proferida a sentença arbitral”, pode muito bem ser resolvido posteriormente, como na ata de missão, caso a lide surja. Ademais, se as partes já aderiram a um regulamento de uma instituição de arbitragem, possivelmente tal requisito já se encontrará devidamente disciplinado.

Também é digno de registro entendimento equivocado exposto em aresto do TJMG, no qual se decidiu que “a cláusula compromissória não dispensa o compromisso arbitral posto que, tem este, o condão de regulamentar a mesma. Mesmo que a cláusula compromissória firmada entre as partes seja aquela denominada cláusula cheia, ou seja, aquela que preenche quase todos os requisitos para a instituição da arbitragem, ainda assim, o compromisso arbitral não perde a sua essencialidade”.²² Ora, é evidente que o compromisso é desnecessário, para se iniciar um processo arbitral, se já se tem cláusula compromissória cheia, conforme já explanado anteriormente.

Infelizmente, há outro precedente na mesma linha do acima citado, dessa vez do TJPR, que, além de afirmar que o compromisso arbitral é sempre indispensável, afirma que a ata de missão não pode e não tem o condão de substituir o compromisso.²³ É, realmente, uma pena verificar que existem decisões judiciais demonstrando total desconhecimento da arbitragem.

Algo que é defendido pela doutrina²⁴ há muitos anos é a possibilidade de os árbitros já serem indicados na própria cláusula compromissória. Às vezes, não necessariamente

²¹ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e convenção arbitral*, p. 241.

²² TJMG, 15ª C., AI n. 1.0024.07.790963-8/001, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 12/6/2008. Consta ainda do voto do relator o seguinte: “no caso dos autos, a convenção de arbitragem firmada entre as partes é da espécie cláusula compromissória, pois a estipulação contratual refere-se a evento futuro e incerto, de forma abstrata. Nestes casos, quando há a estipulação da cláusula compromissória e o conflito de fato vem a acontecer e se torna concreto, imprescindível que, para a instauração do juízo arbitral, seja firmado um compromisso arbitral que vai tornar efetiva a cláusula firmada e regulamentará o processo arbitral a ser instaurado com objetivo de dirimir o conflito. Isso significa dizer que a simples previsão da cláusula compromissória não autoriza a instauração, de plano, do juízo arbitral. Necessário que seja firmado o compromisso arbitral, com base no conflito concreto, com vistas a efetivar a cláusula compromissória”.

²³ Cf. “I – A jurisdição é matéria de ordem pública, não se adquire por prescrição, não se perde pelo desuso, não se prorroga (o que se prorroga é a competência) e não se aliena (Mário Guimarães, *O Juiz e a Função Judicial*, nº 24, pág. 54). II – Somente após a celebração do compromisso arbitral é que haverá o deslocamento da jurisdição, pois a simples existência da cláusula compromissória não é suficiente para submeter o litígio à arbitragem. III – Não importa se foi a parte que deu início ao procedimento, firmou a ‘Ata de Missão’ e participou de todos os atos, pois, diante da ausência da realização do compromisso arbitral, não houve o deslocamento da jurisdição e, portanto, o juízo arbitral não foi apto a substituir o Poder Judiciário. IV – ‘Ata de Missão’: não pode ser equiparada ao compromisso arbitral, ainda mais quando incompleta, sem a qualificação dos árbitros e sem ser firmada por duas testemunhas. V – É nula a sentença arbitral se o procedimento teve início sem a observância de requisito essencial: assinatura do compromisso arbitral” (TJPR, 18ª C., AI n. 428.067-1, Rel. Des. Carlos Mansur Arida, j. 30/1/2008).

²⁴ Dentre todos, confira-se: LIMA, Leandro Rigueira Rennó. *Arbitragem: uma análise pré-arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 131-132.

indicar o nome do árbitro, mas, sim, qualidades técnicas que deve ter. O cuidado que cremos deve ser tomado aqui é o de deixar claro que, na eventualidade de o árbitro indicado pela parte recusar ou não poder atender ao pleito, caberá à parte indicar outro árbitro, no prazo de dez dias, por exemplo. Isso é prudente porque, no momento de tensão entre as partes, qualquer mínimo detalhe é motivo para desentendimentos e querer acionar o Poder Judiciário. A propósito, o § 4º do art. 7º da LA estatui que “se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio”. Consideramos, no entanto, que tal dispositivo só poderá ser aplicado nos seguintes casos: (i) arbitragem *ad hoc* em que não haja consenso entre as partes sobre a forma de nomeação; e (ii) arbitragem institucional em que o regulamento da câmara não contenha previsão para a solução do impasse. Caso a arbitragem seja institucional, e o regulamento contenha previsão sobre a questão, deve-se aplicá-lo, não podendo ser resolvida pelo juízo estatal.

É preciso deixar claro que o simples fato de as partes terem, no contrato, apenas uma cláusula compromissória vazia não significa que o Judiciário, necessariamente, precisará ser acionado para que se possa iniciar um procedimento arbitral. Não é isso, de forma alguma. O que estamos sustentando é que, nessa hipótese, fica fácil para a parte, que está munida de má-fé, criar um sem número de empecilhos e evitar a instauração da arbitragem. Aliás, mesmo se todas as partes estiverem de boa-fé, ainda assim poderá haver divergências sobre qual seria a melhor câmara de arbitragem para conduzir o processo a ser formado. Enfim, mas caso haja cláusula vazia, e as partes chegarem a um acordo sobre o tipo e local da arbitragem, bem como o objeto a ser apreciado pelo árbitro, não será preciso que a jurisdição estatal interfira e nem mesmo que se faça compromisso arbitral.

Ratificando, quando no contrato há cláusula arbitral cheia bem redigida, o procedimento arbitral iniciar-se-á sem a intervenção da jurisdição estatal, o que é ótimo, especialmente se se lembrar que, no passado, antes da lei vigente, o seu inadimplemento tinha como sanção apenas a condenação do contratante, que não cumpriu com a sua palavra, em perdas e danos. Como se sabe, essa era tarefa árdua, pois é difícil se mensurar o dano nesse caso, bem como não atendia ao principal anseio da parte que não estava em mora, que era justamente o de ver o litígio ser dirimido pela via arbitral. Em sentido contrário, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA aduz que, mesmo sendo cheia a cláusula arbitral, será necessário o ajuizamento da ação de instituição de arbitragem. Para esse autor, a diferença é que, por ser cláusula completa, deverá o juiz togado respeitar tudo o que foi nela pactuado.²⁵ Acreditamos que esse seu raciocínio decorre do fato de ele defender a natureza pré-contratual da cláusula compromissória, o que, como já visto, não corresponde ao melhor entendimento do instituto, *d.v.*

A cláusula compromissória, segundo a melhor doutrina, ainda produz *efeitos positivos e negativos* perante as partes. O afastamento da jurisdição estatal é o negativo e a utilização da arbitragem, o positivo. Contudo, terceiros também são atingidos pelos efeitos da cláusula arbitral, apesar do princípio da relatividade dos contratos, pois, de acordo com

²⁵ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 34. Em sentido contrário, concordando com a nossa opinião, confira-se: MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e convenção arbitral*, p. 239.

CÉSAR FIUZA, a parte que está vinculada a esse pacto adjeto não pode obrigar terceiros a dele participar, mesmo em se tratando de litisconsórcio.²⁶ Seriam, a nosso ver, efeitos reflexos e negativos, isto é, de não poderem participar do certame.

Em tempo, reitera-se o apelo para que os profissionais do Direito tenham muito cuidado em redigir as cláusulas compromissórias, de modo que não sejam contraditórias, obscuras, incompletas demais, uma vez que, caso a questão deságue no Judiciário, meses ou anos passarão e a tão esperada celeridade que as partes queriam inexistirá.

Discorrendo sobre os pontos que devem constar da cláusula compromissória, bem como o grau de importância, confira-se que

(A) são *pontos fundamentais*, cuja inserção na cláusula compromissória é altamente recomendável: (a1) a menção clara de quem é atingido pela cláusula compromissória (aspecto subjetivo da cláusula); (a2) a menção clara de quais tipos de questões contratuais se todas ou se somente alguns tipos – serão resolvidos por arbitragem (aspecto objetivo da cláusula); (a3) a utilização de uma cláusula cheia, com a menção expressa de que a arbitragem será institucional, ou seja, que ela será administrada por determinado órgão arbitral institucional, desde logo escolhido pelas partes; obviamente, se as partes não querem que a arbitragem seja institucional, se refletiram expressamente sobre o tema e preferem a arbitragem *ad hoc*, então essa sugestão é só parcialmente válida, mantendo-se a recomendação de que prevejam uma forma de iniciar-se a arbitragem, ou seja, de que a cláusula, apesar de prever arbitragem *ad hoc*, permanece sendo uma cláusula cheia; (a4) a menção expressa de qual é o regulamento que vai disciplinar a arbitragem, o qual pode ou não ser o regulamento do órgão arbitral escolhido pelas partes; essa sugestão continua sendo válida mesmo quando a arbitragem é *ad hoc*, pois as partes podem determinar que o árbitro aplique o regulamento arbitral de um órgão institucional arbitral ou um regulamento autônomo, como a *UNCITRAL Arbitration Rules* ou a *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (IBA Rules)*. (B) São *pontos importantes*, cuja inserção na cláusula compromissória deve ser avaliada pelas partes, e que dependem muito de cada caso concreto: (b1) a quantidade de árbitros; (b2) o local em que a sentença arbitral será proferida, o local em que os atos processuais serão realizados, e/ou a sede da arbitragem, expressão essa, todavia, que deve ser usada com cuidado quando as arbitragens forem realizadas no Brasil; (b3) o idioma da arbitragem; (b4) a qualificação dos árbitros, inclusive sua nacionalidade; (b5) qual é o direito material aplicável, ou se a arbitragem será por equidade; (b6) a vinculação das partes à sentença arbitral (o que pode ser necessário dependendo da legislação arbitral aplicável às partes ou à arbitragem); (b7) o sigilo. (C) São *pontos controversos*, que às vezes podem mais atrapalhar do que ajudar, e que por isso devem ser avaliados pelas partes com extremo cuidado: (c1) o estabelecimento de uma cláusula escalonada, prevendo primeiro uma etapa obrigatória de mediação, e somente depois a arbi-

²⁶ Cf. FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*, p. 118. Com posicionamento parecido a este: ROCHA, José de Albuquerque. *A lei de arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

tragem; (c2) escolha de um procedimento “cautelar” pré-arbitral, o que tem vantagens e desvantagens; (c3) divisão prévia das custas da arbitragem; (c4) prazo para iniciar a arbitragem; (c5) o prazo para terminar a arbitragem; (c6) prever-se que a arbitragem é “facultativa”, que ela não é obrigatória, mas mera opção das (ou de uma das) partes; (c7) a escolha do(s) árbitro(s), já feita na cláusula compromissória, mesmo sem ter surgido o litígio; (c8) a escolha de uma lei processual nacional para reger a arbitragem; (c9) a fixação de regras sobre a produção de provas; (c10) o detalhamento excessivo de outras regras procedimentais, como fixando prazos etc., que podem engessar o procedimento, e também não serem as mais adequadas quando surgir o litígio (mas que podem ser depois alteradas).²⁷

Antes de terminarmos, faz-se mister tecer breves comentários sobre acórdão do TJBA²⁸ que, com todo o respeito, tomou decisão equivocada em questão envolvendo duas cláusulas compromissórias, em dois contratos relacionados, e que eram, aparentemente, conflitantes. Entendam o caso. Foi celebrado contrato de *joint venture* (apesar de não ter ficado claro no acórdão, parece ser da espécie societária ou *corporate*) entre duas pessoas jurídicas e, no contrato, havia cláusula compromissória prevendo a aplicação do “Regulamento de Arbitragem da Câmara e Comércio Internacional de São Paulo”. No contrato social (sem dizer de que sociedade) firmado pelas mesmas partes, havia outra cláusula compromissória, mas determinando a aplicabilidade da “Regra da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC)”.

Por se tratarem de contratos que estão umbilicalmente interligados, qual câmara de arbitragem deveria julgar o processo?

O normal seria aplicar o disposto no art. 20 da LA, que dispõe que “a parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”, ocorre que, no caso em tela, uma das partes procurou direta e primeiramente o Judiciário. Foi ajuizada medida cautelar visando a suspensão do procedimento arbitral, tendo conseguido a liminar para tanto. Entendeu, o juízo primevo, que o processo arbitral deveria tramitar na CCI, e, não, na CCBC. A parte contrária interpôs recurso de agravo de instrumento, ao qual se negou provimento. Este, por sua vez, ao invés de aplicar o já citado art. 20, e extinguir o processo sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VII, do CPC, preferiu manter a liminar deferida em primeira instância, ao argumento de que existem cláusulas compromissórias divergentes regulando o mesmo tema, e, ainda, que, em situações excepcionais, pode o Judiciário intervir antes mesmo do juízo arbitral. Pasmem, mas

²⁷ MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010, p. 95-97.

²⁸ Cf. TJBA, 4ª C., AI n. 0002546-67.2010.805.0000-0, Rel. Des. Gardenia Pereira Duarte, j. 22/07/2010. O curioso é que não conseguimos encontrar o referido julgado no site do tribunal. A ementa, bem como o inteiro teor do acórdão, podem ser encontrados no seguinte texto: MIRANDA, Isabel Alves de Melo. Cláusulas compromissórias conflitantes inseridas em contratos relacionados – Comentários ao AgIn 0002546-67.2010.805.0000-0 do TJBA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 285-308.

foi essa a solução dada. Não obstante a parte ter interposto recurso especial, o mesmo foi dado por prejudicado, uma vez que a sentença foi proferida no caso em tela.²⁹

Ora, como é sabido, o juiz togado somente poderia afastar o art. 20 da LA em hipóteses de nulidade absoluta,³⁰ o que, certamente, não foi o que ocorreu. Sendo assim, esperamos que essa decisão seja isolada nos nossos tribunais, pois o que ocorreu, em suma, foi a prevalência de uma medida antiarbitragem de uma das partes sobre a boa-fé da outra.

*E o que dizer de uma cláusula compromissória estipulada em transação judicial, fruto de acordo entre as partes, e homologada pelo juiz? É possível? Sim, não há qualquer óbice quanto a isso. Em caso julgado pelo TJMG, foi exatamente o que ocorreu, todavia, num segundo momento, uma das partes quis discutir questões sobre a transação e, ao invés de iniciar procedimento arbitral, foi direto ao Judiciário. A sentença de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução de mérito, tendo em vista a existência de convenção de arbitragem (art. 267, VII, do CPC). A parte perdedora interpôs recurso de apelação, ao qual se negou provimento, tendo sido salientado pela relatora que “a cláusula compromissória de arbitragem, contida em acordo judicial, livre e volitivamente escolhida, homologado por sentença transitado em julgado, impede a apreciação pelo judiciário dos temas transacionados pelas partes, devendo serem observados os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*”.³¹ Foi ressaltado, ainda, que “não há vício de consentimento e tão pouco objeto juridicamente impossível de se solucionar pela via do juízo arbitral, estando presentes os requisitos previstos no art. 1º da Lei da Arbitragem para dirimir o conflito ora reclamado pelo apelante”.³²*

Finalmente, a cláusula compromissória deve ser interpretada restritivamente,³³ abrangendo apenas aquilo que dela consta. É claro que o princípio da boa-fé objetiva deve ser aplicado nos casos que puderem gerar dúvidas, buscando-se o seu efeito útil, todavia, a regra geral é a da interpretação restritiva.

3. Compromisso arbitral: conceito, natureza, espécies e elementos

O compromisso arbitral, que pode ser judicial ou extrajudicial, dependendo do local em que for celebrado, é conceituado pelo art. 9º da LA como sendo “a convenção através

²⁹ A propósito, em outro aresto do STJ, decidiu-se exatamente como dissemos que deveria ser, isto é, preservando-se o princípio da competência-competência: STJ, 3ª T., REsp nº 1.302.900/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 9/10/2012, DJe 16/10/2012.

³⁰ Nesse sentido: MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 122.

³¹ TJMG, 17ª C., Ap. nº 1.0521.08.078583-0/001, Rel. Des. Márcia De Paoli Balbino, j. 7/10/2010.

³² TJMG, 17ª C., Ap. nº 1.0521.08.078583-0/001, Rel. Des. Márcia De Paoli Balbino, j. 7/10/2010 – trecho do voto da relatora.

³³ Nesse sentido: “A convenção de arbitragem contratada para dirimir eventuais litígios relativos à administração da sociedade não pode ser interpretada de forma extensiva, para abranger a divergência acerca do valor das quotas do sócio que exerceu o direito de retirada, eis que se trata de norma restritiva do direito de acesso à jurisdição” (TJSP, 5ª C., AI n. 9046704-74.2007.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Giarusso Santos, j. 3/10/2007).

da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Acerca das já citadas espécies de compromisso, o § 1º do art. 9º da LA estabelece que “o compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda”, e o § 2º que “o compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”.

Reforce-se que, mesmo que o processo judicial esteja tramitando, ainda assim é possível a celebração do compromisso arbitral. O prazo para tanto seria até o trânsito em julgado. É claro que a parte que já tiver, a seu favor, sentença judicial, dificilmente aceitaria desistir do processo estatal para ir à arbitragem. É permitido, contudo, que as partes celebrem um compromisso apenas para discutir o *quantum debeat*, e, quanto ao *an debeat*, este poderia ser tido como incontroverso pelas partes do compromisso. Com isso, ao árbitro restaria apenas a tarefa de apurar o valor devido, uma vez que o dever de indenizar já foi objeto do compromisso.

A sua *natureza jurídica* gera discussões doutrinárias, já tendo sido apontado como um contrato,³⁴ como forma de extinção das obrigações³⁵ ou como negócio jurídico processual.³⁶ A nosso ver, é um contrato com efeitos na esfera processual, haja vista o fato de se permitir que a lide seja julgada perante a jurisdição arbitral.

Não se pode, ainda, querer confundir compromisso com *transação*, pois que, neste, as partes celebram um acordo para pôr fim a uma controvérsia judicial ou extrajudicial, enquanto que, com aquele, as partes abrem mão da jurisdição estatal para que um árbitro, escolhido pelos contratantes, possa decidir a demanda, nos limites que determinarem. Na transação, todos já sabem qual será o resultado, porque eles próprios entabularam exatamente os termos do acordo; já no compromisso, que gerará um processo arbitral, o futuro é incerto, pois um terceiro, que é o árbitro, é quem decidirá a demanda.

O art. 10 da LA determina quais são os seus *elementos obrigatórios*, que são: “I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes

³⁴ Cf. “Renego, porém, a categoria dos ‘contratos processuais’, por entender que os mesmos são, como quaisquer contratos, institutos de direito material. O que alguns autores chamam ‘contrato processual’ nada mais é do que um contrato capaz de produzir consequências no campo do processo. [...] O que se tem aqui, como também na transação, por exemplo, é um ato jurídico (*lato sensu*) que, aos olhos do direito material, tem natureza de negócio jurídico e, do ponto de vista do direito processual, deve ser entendido como mero ato processual” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 36-37).

³⁵ Cf. CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 2ª ed. v. XIII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 11. Simplesmente aplicou a letra fria da lei da época (CC de 1916), porque, na vigência do CC atual, o compromisso figura na parte na qual se trata dos contratos em espécie.

³⁶ Cf. “A natureza jurídica do compromisso arbitral só poderá ser a de um negócio jurídico processual, porque as partes submetem um litígio à solução de terceiros (árbitros), com força vinculante para elas, afastando a jurisdição estatal, e organizando o modo através do qual deverá se processar a arbitragem” (MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e convenção arbitral*, p. 176).