

## Eficácia da aplicação da Lei da Arbitragem: a cláusula compromissória.



### **Antonio Vicente Vieira**

O autor é formado em Filosofia, Pedagogia, Direito, Pós graduado em Direito Público, em Direito Processual Civil, em Educação. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino, Buenos Aires. Professor convidado da mesma.

#### 1.1. Considerações preliminares

A Lei n.º 9.307/96 estabelece nova e revigorante disciplina para a arbitragem no Brasil. Havia dificuldade na utilização da arbitragem, tendo em vista duas situações:

A primeira referente à cláusula compromissória, promessa de resolver, através de árbitros, uma controvérsia futura e eventual, que entre nós não produzia praticamente efeito algum; e,

A segunda, pela necessidade de homologação do laudo arbitral para produzir os mesmos efeitos da sentença estatal.

Assim, os possíveis usuários da arbitragem acabavam recorrendo à tutela processual estatal, já que, mesmo diante da existência de uma cláusula compromissória, era comum a atitude da parte de simplesmente ignorar a promessa de fazer arbitrar a controvérsia, sem que o adversário pudesse fazer valer qualquer exceção no Poder Judiciário.

A necessidade de homologação do laudo arbitral, por sua vez, destruía as vantagens da arbitragem, isto é, o custo do processo acabava acrescido das despesas carreadas com a demanda perante o Poder Judiciário; a celeridade esperada para a solução do litígio ficava totalmente comprometida, eis que, apesar da simplicidade aparente do procedimento homologatório, a sentença proferida pelo juiz togado, oficializado ou não o laudo, desafiava recurso de apelação, que, por sua vez, poderia abrir as portas ao recurso especial e/ou ao recurso extraordinário; por derradeiro o sigilo, que estimula a solução arbitral de conflitos, ficava prejudicado, já que a publicidade do processo estatal não preservava o segredo do litígio nem a decisão a ela dada pelo árbitro.

A Lei n.º 9.307/96, por força destes desajustes, instituiu uma nova estrutura para o juízo arbitral, ou seja, fortalecer a cláusula compromissória, que agora é capaz, por si só, de afastar a competência do juiz togado e estabelecer que o laudo arbitral (agora, sentença arbitral), tenha a mesma eficácia da sentença estatal.

#### 1.2. Definição de cláusula compromissória

O legislador pátrio alterou de forma radical o sistema vigente denominado de convenção de arbitragem, previsto tanto pelo Código Civil (art.851) quanto pelo Código de Processo Civil

(arts. 267, VII e 301, IX), englobando para tanto a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, além de atribuir-lhes o efeito mencionado, sem qualquer reserva.

Foi criado, então, o gênero de convenção de arbitragem que ficou subdividido em cláusula compromissória e compromisso arbitral, sendo a cláusula: presente, específica e definitiva, tendo o propósito de solucionar a controvérsia e o compromisso, é futuro, condicional e genérico, objetivando resolver uma divergência ainda não definida. Pelo aspecto de permanência, a cláusula dura o mesmo que o contrato em que está inserida, enquanto o compromisso persiste com o litígio a ser solucionado.

Essa diferença alterou o sistema anterior, no qual a cláusula compromissória foi sempre tida e havida como mero pactum de contrahendo, não tendo, porém, nenhum efeito para alguns, já que não tinha o condão de afastar a atividade jurisdicional e por não possuir o caráter vinculativo, reservado apenas ao compromisso arbitral.

Tem-se, então, a opinião de César Fiúza que, baseado nos estudos do italiano Antonio Oricchio sobre arbitragem, recomenda este conceito:

“A cláusula compromissória é um negócio jurídico que determina a subtração da jurisdição estatal das controvérsias que possam originar entre os contratantes, estabelecendo a competência da solução de seus eventuais litígios para instância arbitral. A celebração desse contrato há que ser realizada em momento anterior ao surgimento da lide, como pretensão deduzida em juízo estatal através da propositura de uma ação judicial, ou celebração do compromisso arbitral”.<sup>[1]</sup>

Washington de Barros Monteiro, ensina que:

“A cláusula compromissória constitui apenas parte acessória do contrato constitutivo da obrigação; é a cláusula pela qual as partes, preventivamente, se obrigam a submeter-se à decisão do juízo arbitral, a respeito de qualquer dúvida emergente na execução do contrato”.<sup>[2]</sup>

Também Alexandre de Freitas Câmara, relata que a cláusula compromissória:

“É um contrato preliminar, ou seja, uma promessa de celebrar o contrato definitivo, que é o compromisso arbitral”<sup>[3]</sup>.

A cláusula compromissória deverá ser sempre escrita e constar do contrato

celebrado ou documento separado (art.4º, § 1º), vedando-se a presunção de sua existência, isso porque constitui um elemento autônomo em relação ao contrato em que está inserida. Assim, desde que inserida no corpo do contrato original das partes, se este chegar ao seu termo, a arbitragem sobrevive, sendo, portanto, obrigação independente, separável do resto do contrato.<sup>[4]</sup>

### 1.3. Natureza jurídica

César Fiúza, afirma que da própria definição pode-se delinear a natureza jurídica da cláusula compromissória. É negócio jurídico, assim como o compromisso arbitral, por ser fruto de emissão lícita de vontade, dirigida a certo fim, desejado pelos agentes, cujos efeitos dependem mais da vontade do que da lei, que apenas garante sua eficácia.

Assim como o compromisso, também é negócio jurídico plurilateral, pois, orientam-se, para o mesmo norte, qual seja renunciar à jurisdição ordinária, recorrendo a instância arbitral para dirimir possíveis controvérsias.

E esclarece ainda, que por ser acordo de vontade, tem a mesma natureza dos contratos, sendo, portanto, um deles. Mas é, antes de tudo, acordo visando a situação futura e incerta, acentuando-se mais à categoria dos contratos promissórios<sup>[5]</sup>.

Contudo, há quem afirme que a cláusula compromissória não é sempre promessa de contrato, sendo, quando nada, contrato de promessa, e a razão é muito simples, encontrando-se no estudo de seu conteúdo e de suas conseqüências.

Nela, as partes apenas se comprometem a renunciar à jurisdição comum, optando pela arbitragem. Ao surgir controvérsias, ela será aplicada, por meio de compromisso, ou, dispensando-se este, por interpelação direta ao juízo arbitral. Vê-se, pois, que necessariamente, não será seguida pelo contrato de compromisso arbitral, podendo-se assim afirmar ser a cláusula arbitral contrato de promessa, mas nem sempre promessa de contrato.

Atente-se para o fato de que a cláusula compromissória será sempre promessa de contrato, pois o compromisso arbitral pode ser celebrado oralmente. É o que ocorre quando as partes se remetem diretamente aos árbitros, com base na cláusula compromissória. Na verdade celebram compromisso verbal, o que torna a cláusula promessa de contrato<sup>[6]</sup>.

De qualquer forma, é contrato acessório que só existe em virtude de outra relação jurídica, que pode ser como vimos, de direito obrigacional ou real. É, também, contrato aleatório, por não se saber de antemão se irá concretizar-se, ou seja, se irá ser utilizada.

Carlos Alberto Carmona, ao abordar o assunto afirma que a cláusula, segundo o seu tratamento legal, deixou de ser apenas um pré-contrato de compromisso, já que, de acordo com os termos do art. 5º, o juízo arbitral pode ser instituído (art. 19) sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral.<sup>[7]</sup>

Quando o autor em foco afirma que a cláusula compromissória deixou de ser apenas um pré-contrato de compromisso, o faz na certeza de que tal instrumento produz efeitos próprios e imediato, independentemente da celebração do compromisso arbitral, tomando-a por um negócio jurídico processual.<sup>[8]</sup>

Pelo fato de se ter a cláusula compromissória como um negócio jurídico processual ou como um contrato, é de se reconhecer que sua origem pode estar, portanto na manifestação de vontade das partes.

#### 1.4. Características jurídicas

César Fiúza<sup>[9]</sup>, eminente jurista mineiro, afirma que por sua própria natureza, pode-se atribuir algumas características importantes à cláusula compromissória. Sendo assim, é contrato de promessa:

a) típico, por não ser possível qualquer renúncia à jurisdição estatal sem previsão legal. A possibilidade da cláusula compromissória tem que ser prevista em lei, o que a torna, portanto, contrato típico;

b) puro, visto não ser fruto de qualquer combinação contratual, como, por exemplo, leasing, mistura de locação e compra e venda;

c) formal, porque é de sua essência o instrumento escrito, posto que apenas ad probationem. Como já foi dito a renúncia à Justiça Comum é ato muito sério. Tão sério que seria inconcebível qualquer outro meio de prova que não o escrito e, que por sua natureza, e, pela gravidade de seus efeitos, é contrato que deve ser formal;

d) bilateral, de vez que ambas as partes possuem direitos e assumem deveres;

e) aleatório, por não se poder prever, no momento de sua celebração, se sequer será aplicada, muito embora seus efeitos sejam previsíveis;

f) de execução diferida, pois não se realiza no momento de sua execução, mas em momento futuro;

g) individual, uma vez que só obriga as partes que de sua celebração, diretamente, participaram;

h) normalmente negociado, por ser resultado de debates entre as partes envolvidas. Há, entretanto, tese defensável de que pode compor-se por adesão;

i) acessório, pelas razões supramencionadas.

## 1.5. Cláusula compromissória X Compromisso Arbitral

No artigo 4º da Lei de Arbitragem encontramos que 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. Nela não se menciona o nome dos árbitros e o litígio em espécie. E no artigo 9º, define-se compromisso arbitral como a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Assim, partindo das definições propostas, podemos apontar diferenças específicas entre cláusula e o compromisso. Cláusula é o contrato preliminar a promessa de arbitragem. A lei utiliza a expressão comprometem-se, pois a mesma refere-se a litígio futuro e incerto. Compromisso é o contrato definitivo que institui a arbitragem. A lei utiliza a expressão submetem-se, afirmando que o compromisso é presente e definitivo, com o escopo de solucionar o litígio.

## 1.6. Requisitos de validade

A cláusula compromissória como contrato acessório, deve apresentar certas condições para sua validade.

É necessário que a cláusula seja firmada por pessoas capazes, que sua causa seja lícita, objeto possível, e a validade da situação jurídica em função da qual existe.

A seguir, serão nomeados os requisitos subjetivos, objetivos e formais.

### 1.6.1. Requisitos subjetivos

Capacidade das partes e expressão da vontade livre.

### 1.6.2. Requisitos objetivos

Deve ser o objeto possível materialmente e juridicamente, determinável e apresentar valor econômico.

Na cláusula compromissória, o objeto do litígio é designado genericamente, não podendo ser indeterminável, pois deve permitir especificação futura.

### 1.6.3. Requisitos formais

Normalmente, a cláusula compromissória vem inserida no contrato do qual faz parte. Pode também ser pactuada em instrumento separado.

A cláusula compromissória é contrato formal e a escritura é essencial para sua existência. A não apresentação dos requisitos de validade traz à cláusula compromissória, vício, podendo ser judicialmente anulada.

### 1.7. Momento e lugar da celebração

A celebração pode ocorrer entre presentes ou entre ausentes.

Quando considera-se concluída entre presentes?

Normalmente, no momento da conclusão do contrato, por ser a cláusula parte integrante de contrato, mas pode ser realizada posteriormente, em instrumento separado.

Entre ausentes, existem várias teorias: a teoria da informação ou cognição; a da recepção, a da agnição ou declaração e a teoria da expedição, adotada no Direito Brasileiro, de acordo com a qual o contrato se forma quando o oblato envia a aceitação.

Segundo o artigo 435 do Código Civil brasileiro, “reputar-se à celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. Admite-se prova em contrário.

### 1.8. Interpretação

Interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma procurando a significação dos conceitos jurídicos. Interpretar é esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para vida real e conduzente a uma decisão.

A interpretação pode ser extensiva, que desenvolve-se em torno de um preceito normativo, para nele compreender casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente, incluídos, conferindo, assim, à norma o mais amplo raio de ação possível, todavia sempre dentro de seu sentido literal. A interpretação restritiva, limitando a incidência do comando normativo, impedindo que produza efeitos injustos ou danosos, porque suas palavras abrangem hipóteses que nelas, na realidade, não se contém. Esse ato interpretativo não reduz o campo da norma, determina-lhe tão-somente os limites ou as fronteiras exatas, com o auxílio de elementos lógicos e de fatores jurídico-sociais, possibilitando a aplicação razoável e justa da norma de modo que corresponda à sua conexão de sentido<sup>[10]</sup>.

Pelo exposto, a cláusula compromissória deve ser interpretada de maneira restritiva. Podemos afirmar também que a cláusula existe apenas para a solução do conflito estabelecido pelo acordo entre as partes e nos limites ali delineados. O árbitro ou árbitros que devem interpretá-la não podem disso se afastar.

### 1.9. Efeitos da cláusula compromissória

A cláusula compromissória, assim como o compromisso arbitral, apresenta efeitos negativos e positivos. Pelo efeito negativo têm-se o poder de excluir lesão ou ameaça a direito à apreciação do Poder Judiciário. Restringe a liberdade de comportamento do juízo estatal. Pelo efeito positivo, procura-se dirigir a conduta das partes contratantes, obrigando a permanência delas sobre a via arbitral eleita, garantindo, inclusive, a possibilidade de execução específica da convenção arbitral. Incluímos também, o princípio segundo o qual o árbitro é juiz da própria competência – dito competência – competência – e a primazia da convenção de arbitragem sobre eventuais privilégios ou imunidades de jurisdição.

#### 1.9.1. Quanto às partes

Apresentando a cláusula compromissória os requisitos que determinam sua validade, torna-se lei entre as partes e a sua modificação só pode se processar com o consentimento das mesmas. Também faz efeito em relação aos sucessores maiores das partes, não importando que a sucessão seja mortis causa ou inter vivos. E afeta ainda os credores de quem a celebrou, ressalvando-se fraude contra credores.

### 1.9.2. Quanto a terceiros

A princípio, a cláusula compromissória não seria oponível a terceiros. É, quanto a estes, res inter alios acta. Terceiro alheio à cláusula não seria forçado pelas partes contratantes a se submeter à arbitragem. É claro que a parte assinante da cláusula compromissória não pode ser acionada perante o Poder Judiciário, mesmo tratando-se de litisconsórcio em que os outros litisconsortes não estejam sujeitos à arbitragem.

Podemos afirmar que existindo litisconsórcio, é na instância arbitral que as partes comprometidas pela cláusula devem ser acionadas; e as partes estranhas à cláusula devem ser acionadas perante a instância comum. Não se aplicam, nesse caso, as regras pertinentes ao litisconsórcio passivo.

### 1.9.3. Autonomia

De acordo com o artigo 8º da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória é independente do contrato negocial, e a nulidade deste não implica a nulidade daquela. Ou seja, é peculiar da cláusula compromissória a autonomia, cuja intenção do legislador foi dar maior segurança às partes que, livre e voluntariamente, acordaram pela instituição do juízo arbitral.

Assim, surgindo o conflito, estão as partes obrigadas, por força da cláusula, a celebrarem o compromisso arbitral. Havendo recusa de qualquer das partes em celebrar o compromisso, gera para a outra parte o direito de recorrer à justiça comum para ver garantido a instauração do procedimento arbitral. Sendo procedente o pedido de instauração do procedimento arbitral, consoante o § 7º do artigo 7º, da Lei arbitral, a sentença judicial valerá como o compromisso arbitral.

Entende Venosa<sup>[11]</sup> que “eventual nulidade na futura arbitragem em princípio, não inquirará a obrigatoriedade da cláusula. Assim, por exemplo, ao se comprometer para arbitragem, as partes podem indicar árbitros impedidos ou suspeitos, bem como, entidade inexistente. Tal não obsta que se obtenha judicialmente a arbitragem, cabendo ao Juiz, na sentença proferida conforme os §§ 3º e 7º do artigo 7º, suprir deficiências ou falhas perpetradas pelas partes. Em resumo: não se contamina de nulidade a cláusula compromissória somente porque aspectos delineados pelos contratantes esbarram em proibições legais, nos bons costumes ou na ordem pública”.

Outros entendem que a nulidade do contrato ensejaria a nulidade da cláusula compromissória. Não existe razão para que a cláusula não sofra o mesmo destino do contrato principal. Este entendimento baseia-se no princípio segundo o qual *accessorium sequitur principale*.

Isto levou Caivano a manifestar-se:

“Como se observa de la sucinta resefia de falias judiciales, la jurisprudência ha oscilado entre consagrar en plenitud el principio de la autonomia del pacto de arbitraje, o restringir la competencia de los árbitros a las resultas de una previa sentencia de un juez que determine la validez o la nulidad del contrato base y de la cláusula compromisoria”.<sup>[12]</sup>

A tendência tem sido, porém, no sentido de admitir a autonomia da cláusula compromissória.

Na verdade, segundo opinião de Mauro Rubino-Sammartano, em estudos realizados por Tarcísio Kroetz, a questão deve ser colocada em perspectiva diversa, pois, trata-se de estabelecer a distinção do aspecto material - se a nulidade do contrato principal é capaz de afetar a cláusula compromissória - com o aspecto processual - fixar a competência para decidir as controvérsias.<sup>[13]</sup>

Os efeitos da cláusula compromissória decorrem exclusivamente de sua natureza contratual como consectário da autonomia da vontade, entretanto, encontram limitação legal no sentido de se sujeitar à posterior celebração do compromisso arbitral. Assim, com a advertência de que cláusula compromissória caracteriza-se como pacto preliminar, é de admitir-se sua autonomia com relação ao contrato principal.<sup>[14]</sup> Com efeito, a cláusula compromissória resguarda objeto e função própria e distinta do contrato principal.

Todavia, observa José Carlos Magalhães que:

“No Brasil, onde a matéria não tem sido abordada na jurisprudência, pode-se também concluir ser essa (caráter independente da cláusula compromissória) a tendência predominante, uma vez que há consenso de que a cláusula arbitral, em contratos internos, encerra um pactum de contrahendo, enquanto que as demais disposições contratuais fogem a obrigações definidas. Trata-se, portanto, diferentemente a cláusula compromissória das demais, não obstante integrante de um único instrumento. Essa distinção decorre da natureza especial e peculiar da cláusula, que tem objetivo específico e inconfundível, qual seja, o de prever meio de solução de litígios, alternativos do judiciário”.<sup>[15]</sup>

Assim sendo, os eventuais vícios do contrato principal poderão ser suscitados perante a instância arbitral, de modo que sua competência permanecerá íntegra a despeito da ausência de validade do contrato principal.

A nova Lei de Arbitragem, em seu art. 8º, recepcionou expressamente a corrente doutrinária que admite autonomia da cláusula compromissória.

#### 1.10. Execução propriamente dita da cláusula compromissória

Pelo art. 7º da Lei de Arbitragem, foi prevista solução judicial e imperativa por meio de processo e procedimento próprios, visando o cumprimento da cláusula compromissória e buscando-se o compromisso arbitral.

Permite a lei que a parte interessada na instituição da arbitragem, em caso de recusa da outra parte, convocada por via postal ou qualquer outro meio de comunicação, devidamente documentado o ato e evidenciada a sua resistência (art.6º), utilize-se da via judicial para sua citação, objetivando o comparecimento à audiência previamente designada para lavratura do compromisso arbitral (art.7º).

A petição inicial deve conter os requisitos do art.282 do Código de Processo Civil e do § 1º do art. 7º da Lei de Arbitragem que determina ao autor indicar, com precisão o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

Os §§ 2º ao 7º do art.7º da referida lei traçam todo o desenrolar da execução da cláusula compromissória, assim dispendo:

a) O juiz tentará previamente a conciliação das partes. Não obtendo sucesso tentará conduzir as partes à celebração, de comum acordo do compromisso arbitral. Conseguindo sucesso, extinguirá o processo com julgamento de mérito (art.296, III do CPC).

b) Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, o juiz decidirá após oitiva do réu sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo os requisitos exigidos pelo art.10 da Lei de Arbitragem para validade do compromisso e respeitando-se os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. (art.21, § 2º).

c) Permite-se às partes postular por intermédio de advogado.

d) Não existindo disposição na cláusula compromissória a respeito da nomeação de árbitros, o juiz, ouvindo as partes poderá nomear árbitro único para solução do conflito.

e) Se o autor não comparecer, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, o processo será extinto sem julgamento de mérito.

f) Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso nomeando árbitro único (art.7º, § 6º).

Assinale-se, todavia, segundo Belisário Lacerda, que o § 6º do referido artigo 7º da Lei de Arbitragem, informa que, quando ocorre a revelia, é atribuído ao juiz poderes para estabelecer os termos do compromisso, respeitando-se como sempre o conteúdo da cláusula compromissória, dispondo, entretanto, que será nomeado árbitro único. <sup>[16]</sup>

O autor afirma ainda que:

“Se é o réu que não comparece à audiência, deverá o juiz ouvido o autor, estabelecer a respeito das cláusulas compromissórias nomeando árbitro único. Nesse caso, deverá o juiz verificar apenas se as cláusulas estabelecidas pelas partes não ferem os bons costumes e a ordem pública, observando no mais as cláusulas já contidas no compromisso, ainda que estabelecidas somente pelo autor. E tal procedimento se impõe uma vez que, versando a convenção de arbitragem sobre direito patrimonial disponível, a ausência do réu à audiência implica em aceitar como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, conforme soam os artigos 319 c/c 320, item II, todos do Código de Processo Civil”. <sup>[17]</sup>

Nesse caso, se o litígio apenas englobar os direitos patrimoniais disponíveis, dispõe o Código de Processo Civil nos artigos 319 e 320, - Capítulo III – Da Revelia – que:

“Art.319 – Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”..

“Art.320 – A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

...

II – Se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

Afirma Almeida <sup>[18]</sup>, ilustre professor mineiro, que “não pode passar despercebido, porém, que consta do artigo 7º, § 6º, da Lei de Arbitragem, que o réu será considerado revel caso não compareça à audiência”. Esse dispositivo não tem a mesma redação dada ao artigo 319, do Código de Processo Civil, no qual se considera revel aquele que não apresenta defesa.

Pode parecer um equívoco de técnica, mas, da forma como está exposto, parece que o legislador quis acentuar a gravidade da ausência das partes. <sup>[19]</sup>

Apesar de se colocar no texto da lei que a simples ausência da parte acarreta a revelia, gerando a presunção de que são verdadeiros os fatos narrados pela parte autora, na prática,



não se abandonam os princípios do processo civil que tratam dos efeitos da revelia como meio de prova e dão ao juiz liberdade para confrontá-los com outros meios de prova constantes dos autos, formando o seu convencimento definido nos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil, o que atenua, sobremaneira, os efeitos da revelia.

Mas, não se pode concluir, como já afirmado, que a simples ausência da parte autorize o juiz a abandonar os termos, porventura existentes, da cláusula compromissória, devendo o magistrado completar a vontade da parte ausente naquilo em que a cláusula for omissa, respeitando sempre a vontade já manifestada, seja em conformidade com os bons costumes ou com a ordem pública, e, ainda, considerando os elementos de prova trazidos aos autos pelo autor, ou até mesmo pelo réu, que poderá fazê-lo por seu advogado ou por meio de protocolo.<sup>[20]</sup>

Ressalta-se que, no entanto, que em caso de ausência do autor da audiência inaugural, sem motivo que justifique o seu não-comparecimento, o processo será extinto sem julgamento de mérito. Nesse caso, pressupõe-se que o postulante não tem mais interesse naquele feito, daí a extinção do mesmo.

Nos termos do § 7º do artigo 7º da Lei de Arbitragem, a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso, permitindo às partes, ou a uma das partes, instituírem o juízo arbitral.

Como nos reporta Humberto Theodoro Júnior ao examinar o procedimento estabelecido para a execução da cláusula compromissória, vê-se que o legislador quis prevê-lo de forma concentrada, procurando evitar, ao máximo, que se pudesse utilizar da via judicial para inviabilizar o juízo arbitral.<sup>[21]</sup>

#### 1.11. Cláusula Compromissória: cheia, vazia, patológica. Conseqüências.

A Lei 9.307/96 definiu cláusula compromissória como a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Dois termos tornam-se necessários serem esclarecidos:

**Cláusula:** É o artigo ou preceito que faz parte de um contrato ou de um instrumento público ou particular.

**Contrato:** É o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial<sup>[22]</sup>.

Inserida no contrato, a Lei de Arbitragem outorgou à cláusula compromissória execução específica (art.7º) atribuindo-se a ela, desde que seja “cláusula cheia”, o condão de ser suficiente para instituir a arbitragem. Considerando-se a importância da cláusula compromissória no procedimento arbitral, é de bom alvitre, estabelecermos o sentido de “cláusula cheia”. E também o de “cláusula vazia” e “cláusula patológica”.

A cláusula compromissória cheia especifica de maneira detalhada a opção pela arbitragem. Apresenta dados como número de árbitros, sede da arbitragem, idioma escolhido, lei aplicável, indicação da Câmara Arbitral (se institucional) ou determina se a arbitragem é “ad-hoc”. Convém ressaltar que se a cláusula compromissória determinar que a arbitragem processar-se-á conforme as regras de uma instituição ou entidade especializada na matéria, no caso de recusa de uma das partes, o Poder Judiciário não será invocado, pois a arbitragem ocorrerá com a provocação, pelo interessado, da entidade arbitral escolhida, cujas regras serão aplicadas ao procedimento (art. 5º).

José Emílio Nunes<sup>[23]</sup> alerta-nos sobre a importância da cláusula cheia e os cuidados na sua redação. Devemos evitar a qualquer custo, que venhamos a incidir na criação de “cláusulas vazias” ou “cláusulas patológicas” que, além de frustrarem o interesse e expectativa das partes signatárias, levam à instauração de um “contencioso parasita”, ao amparo do artigo 7º da Lei de Arbitragem. Esse dispositivo foi criado para regular situações excepcionais ou anômalas, sendo dever dos operadores de direito zelar

para que a incidência de cláusulas dessa natureza seja cada vez menor. Isso significa que precisão e clareza são elementos fundamentais na elaboração de cláusulas compromissórias.

Cláusula compromissória vazia: Contém apenas a obrigação de submeter futura controvérsia oriunda do contrato ao juízo arbitral, sem, entretanto, conter acordo prévio sob a forma de instituí-lo. Somente nesta hipótese é que deverá haver intervenção judicial, através de sentença, para a instituição compulsória de arbitragem, no caso de resistência de uma das partes (arts. 6º e 7º). O artigo 6º determina a liturgia a ser adotada. O parágrafo único desse artigo regula as exceções possíveis, ou seja, a recalcitrância da parte em comparecer, mantendo-se revel ou, ainda, embora comparecendo, recuse-se a instaurar a arbitragem. Para essas hipóteses, a lei prescreve, no artigo 7º, a demanda judicial adequada, ou seja, consagra a execução específica da cláusula compromissória. A intervenção judicial prevista no artigo 7º visa assegurar o efeito vinculativo da cláusula compromissória. Busca-se resgatar, na cláusula “vazia” ou mesmo na cláusula “patológica” a verdadeira intenção das partes ao celebrar a cláusula compromissória. Por exemplo: “qualquer divergência decorrente das cláusulas deste contrato serão resolvidas pela arbitragem”. Essa cláusula não vai produzir os mesmos efeitos da cláusula cheia, fazendo-se necessária a assinatura de compromisso arbitral para que seja instituída a arbitragem.

Cláusula “patológica”: Cláusula arbitral que apresenta erro ou redação confusa. Fato que causa danos, no momento em que a arbitragem faz-se necessária. Não fornecem os requisitos suficientes para instaurar imediatamente a arbitragem. Fará incidir um contencioso com o objetivo de esclarecer qual foi a real intenção das partes em eleger a arbitragem. Esse contencioso para instaurar o procedimento arbitral poderá adiar o início da arbitragem no mínimo, em seis meses, além de deixar aberta a porta da via recursal, já que no futuro poderá vir a ser decidido que aquela cláusula não tinha validade.

Selma Ferreira Lemes<sup>[24]</sup>, em síntese magistral, nos apresenta alguns casos de cláusula patológica, por ela chamada também de “doentes”:

a) cláusula de arbitragem e cláusula de eleição de foro incluídas no mesmo contrato. Estas são excludentes. Não se pode inserir uma cláusula de arbitragem no contrato e ao mesmo tempo dispor sobre a eleição de foro judicial. Pode-se assim proceder desde que esteja perfeitamente esclarecido e delimitado no contrato que para tais questões, as partes reportar-se-ão à arbitragem e, para outras, o foro judicial. A cumulatividade de cláusula de arbitragem com a eleição de foro judicial são cláusulas contraditórias, inserindo-se no rol de cláusula patológica.

b) contratos estabelecem de forma lacônica que as dúvidas e controvérsias dele surgidas, serão solucionadas por arbitragem - Esses contratos não indicam a forma de operacionalizá-la, isto é, se farão uso da arbitragem institucional, quando nomeiam uma Câmara ou Centro de Arbitragem para administrar o procedimento arbitral, ou a “ad-hoc”, quando as partes estabelecem as regras nas quais a arbitragem será processada naquele caso específico.

c) partes esclarecem na cláusula arbitral que a arbitragem será processada perante uma Câmara de Arbitragem, em Minas Gerais – Mas esquecem de indicar especificamente a instituição, ou quando indicam, com a denominação incompleta ou equivocada.

Tudo isso pode ser evitado se os negociadores do contrato derem a correta redação à cláusula arbitral. Basta ter o mínimo de cuidado para que a arbitragem seja celeremente instalada e processada.

### 1.12. Considerações conclusivas

Como exposto, a Lei de Arbitragem prestigia sobremaneira a autonomia da vontade das partes, permitindo não só que elas regulem integralmente o procedimento arbitral, como também, que estabeleçam o direito material que o árbitro haverá de empregar. Permite-se que o árbitro julgue por equidade, ou então que aplique as regras corporativas escolhidas pelos litigantes, bem como princípios de direito ou até a *lex mercatoria*.

Resistindo uma das partes à instauração do juízo arbitral, dispõe o art. 19 da Lei, que a arbitragem está instituída assim que os árbitros aceitem a função que lhes foi outorgada pelas partes, poderá ser necessária à intervenção do Poder Judiciário, através de procedimento ágil e simplificado, a parte interessada pleiteará ao juiz a instituição do juízo arbitral, convocando-se o adversário para firmar, em juízo, o compromisso; não havendo acordo, o juiz decidirá, substituindo com sua sentença a vontade das partes, respeitando, dentro do possível, o que eventualmente tiver sido estipulado na cláusula compromissória.

O art. 5º da Lei, porém, prevê a possibilidade de evitar-se o acesso ao Poder Judiciário para a instauração do juízo arbitral, bastando, para tanto, que a cláusula compromissória preveja outro mecanismo para a hipótese, se uma das partes deixar de indicar árbitro, como por exemplo, a nomeação de árbitro único pelo presidente do órgão arbitral institucional. Ficando, para tanto, uma recomendação aos advogados no sentido de redigirem cláusulas arbitrais completas e precisas, para a arbitragem *ad hoc*, ou então, escolherem cuidadosamente o órgão arbitral cujo regulamento, referido na cláusula compromissória, há de subordinar a resolução de litígios.

Estas considerações dão mostra das importantes inovações preconizadas pela Lei n.º 9.307/96, por tratar-se de diploma legislativo moderno, que tende a fazer florescer a arbitragem no Brasil. Contudo, é preciso paciência e boa vontade para que o instituto se desenvolva em nosso país, sendo primordial que os operadores do direito entendam que a arbitragem pressupõe atitude diferente daquela adotada, em regra, no processo estatal, pois, não há lugar, no juízo arbitral, para o advogado que esteja pronto a criar incidentes que possam favorecer os interesses de seu cliente, nem possa explorar tecnicamente e, dentro dos limites da lei, as misérias do processo. Espera-se, pois, do advogado em suma, postura conciliatória, descartando todas as atitudes procrastinatórias, fazendo, para tanto, imperar o princípio básico da arbitragem: *pacta sunt servanda*. Se assim for, é certo que em breve a arbitragem no Brasil há de superar todas as expectativas daqueles que procuram colaborar para o sucesso da aplicação da Lei da Arbitragem.

### **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, João Alberto de. *Processo Arbitral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

BRASIL. *Novo Código Civil Brasileiro*. Lei n.º 10.406/2002, em vigor a partir de 11/01/2003. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2003.

- BRASIL. Poder Executivo Federal. Decreto 4.719, de 04/06/2003 que promulga o acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. Boletim Informativo Juruá. Curitiba, n. 345, p. 5-8, de 01/15 de junho 2003.
- CAIVANO, Roque J. Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución e conflictos. 2ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1993.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, Lei 9.307/96. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. "Compêndio de Introdução à Ciência do Direito", 17ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.
- FIÚZA, César. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- HERBON, Hebe Leonardi de; CÁRDENAS Sara Feldstein de. Arbitraje interno e internacional: una mirada al futuro. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- KROETZ, Tarcísio Araújo. Arbitragem: conceito e pressupostos de validade, de acordo com a Lei n.º 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LACERDA, Belisário Antônio de. Comentários à lei de arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviço público. Perspectivas. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 342-354, jul./set. 2002.
- \_\_\_\_\_. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. Revista Trabalhista, São Paulo, n. 688, p. 73-89, dez.1992.
- \_\_\_\_\_. A Terminologia e a Desformalização do Processo Arbitral. Revista de Mediação e Arbitragem, Brasília, ano 1, n.5, p.10, 2004.
- \_\_\_\_\_. Princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: LTr, 2001.
- \_\_\_\_\_. Solução de conflitos: a equivalência da sentença arbitral à decisão judicial. Disponível em < [www.uol.com.br/consultor](http://www.uol.com.br/consultor)>. Acesso em mar.2004.
- LEMONS, Eduardo Manoel. Arbitragem e Conciliação: reflexões jurídicas para juristas e não juristas. Brasília: Consulex, 2001.
- MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na arbitragem privada. São Paulo: Max Limonad, 1988.
- \_\_\_\_\_. e BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 30ª ed., v.4, São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES, José Emílio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Inteligentia Jurídica*. São Paulo, ano 4. n.53. jun.2005.

STRENGER, Irineu. Arbitragem comercial internacional. São Paulo: LTr, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

\_\_\_\_\_. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, nov./dez./1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2004.

## NOTAS

[1] ORICCHIO, Antonio. L'arbitrato - commento alle norme del CPC art. 806-840.1.5 gennaio 1994, n. 25, annotato con giurisprudenza e riferimenti di dottrina. Napoli: Scientifiche Italiane, 1994, p. 28, apud FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*, op. cit., p. 130.

[2] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros (1999:319)

[3] Cf. CÂMARA (1997:28)

[4] Cf. STRENGER (1996: 110).

[5] Cf. FIÚZA (1995:107)

[6] Cf. FIGUEIRA JÚNIOR (1999:184)

[7] Cf. CARMONA (1998: 29).

[8] *Idem*, p. 82.

[9] Cf. FIÚZA (1995:108-109)

[10] Cf. DINIZ (2005:422-423)

[11] Cf. VENOSA (2004:607)

[12] Cf. CAIVANO (1993: 154).

[13] Cf. KROETZ (1997: 17)

[14] O caráter autônomo da cláusula compromissória, por outro lado, também não condiciona de nulidade do contrato principal. HERBON, Hebe Leonardi de; CÁRDENAS, Sara Feldstein de. *Arbitraje interno e internacional: una mirada al futuro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 99.