

3

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO: UM ESTUDO SOBRE A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O COMPROMISSO ARBITRAL

ARBITRATION AGREEMENT IN BRAZILIAN LAW: A STUDY ABOUT THE ARBITRATION CLAUSE AND THE SUBMISSION AGREEMENT

Fernando Schwarz Gaggini¹

RESUMO

A utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos exige que as partes envolvidas escolham essa modalidade por meio de uma convenção de arbitragem, que pode ser a cláusula arbitral ou o compromisso arbitral, de modo que o referido tema é da maior importância para o instituto da arbitragem. Nesse contexto, o presente trabalho faz um estudo das regras aplicáveis às cláusulas arbitrais e dos compromissos arbitrais, apresenta suas características e analisa, ao final, questões polêmicas a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVES: Arbitragem; cláusula arbitral; compromisso arbitral.

ABSTRACT

The use of arbitration as a method of conflict resolution requires that the parties choose this modality through an arbitration agreement, which may be the arbitration clause or the submission agreement, so that issue is one of the most important for the institute of arbitration. In this context, this paper presents a study about the rules applicable to arbitration clauses and arbitration agreements, demonstrates its characteristics and analyzes controversial issues on the subject.

KEYWORDS: Arbitration; arbitration clause; submission agreement.

¹ Advogado e professor universitário. Especialista e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Contato: fernando.schwarz@uol.com.br

1 A convenção de arbitragem

1.1 Precedentes históricos da arbitragem no Brasil

O instituto da arbitragem já é previsto há muito tempo na legislação brasileira. A doutrina (ALVIM, 2002, p. 3) menciona que, já em 1824, verificou-se previsão de uso da arbitragem, no artigo 160 da Constituição Imperial do referido ano. A essa previsão se seguiram muitas outras, dentre as quais: a Resolução de 26 julho de 1831, que admitia o Juízo arbitral para as causas de seguros; a Lei nº 108, de 11 de outubro de 1837, que estipulava a arbitragem para as locações de serviços; o Código Comercial brasileiro de 1850, que no artigo 20, do “Título Único – Da Administração da Justiça nos Negócios e Causas Comerciais”, instituiu arbitragem obrigatória para determinadas causas; o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que tratou sobre as arbitragem obrigatórias e facultativas; entre outros textos legais, que estipulavam o uso da arbitragem para solucionar litígios.

Como se vê, a arbitragem é instituto reconhecido pelo legislador há quase dois séculos. Contudo, não se observa uma cultura de utilização da arbitragem condizente com o seu histórico legislativo. Isso decorre do fato de que, por diversos anos, o uso da arbitragem não foi estimulado pela legislação.

Nesse sentido, com enfoque no século passado, a arbitragem brasileira enfrentava dois grandes obstáculos práticos, decorrentes da disciplina constante do Código de Processo Civil (que tratava sobre o “Juízo Arbitral”, em seus artigos 1072 a 1102). De um lado, o CPC, bem como o Código Civil de 1916, silenciavam absolutamente a respeito da cláusula compromissória, não reconhecendo força vinculante a esse tipo de estipulação, o que na prática inviabilizava a contratação prévia de arbitragem³. Por outro lado, superada a questão da vinculação prévia, restava ainda o obstáculo de que a decisão proferida pelos árbitros, por si só, não tinha força de sentença, demandando a homologação pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, o antigo artigo 1097 do CPC estipulava que “o laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; conteúdo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo”.

Portanto, frente à inexistência de força vinculante da cláusula compromissória e à obrigação de homologação

judicial do laudo arbitral, a arbitragem no Brasil caiu em desuso, ficando relegada a poucos casos esparsos, dado o evidente desprestígio do instituto, que impedia a disseminação e popularização de sua prática.

Referido cenário só veio a se alterar com o advento da Lei nº 9.307/96, atual Lei de Arbitragem, que pretendeu sanar os problemas que impediam o desenvolvimento da arbitragem no país, criando o suporte legal necessário para permitir o uso desse instrumento, com o respaldo do Poder Judiciário (a quem a referida lei atribui funções no contexto da arbitragem), de modo que, sendo assegurado às partes segurança jurídica, o caminho para o desenvolvimento da arbitragem estaria livre. Assim, tratou a lei de enfrentar ambos os obstáculos acima mencionados, atribuindo força vinculante à cláusula compromissória e eliminando a necessidade de homologação da decisão arbitral (então elevada ao patamar de sentença, equivalente à decisão judicial).

1.2 A convenção de arbitragem na atual legislação

A atual Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) revogou os dispositivos do CPC sobre o juízo arbitral e consolidou o tratamento da matéria em seu texto.

Dentre as diversas disposições constantes dos seus 44 artigos, a Lei nº 9.307/96 inovou de forma considerável a questão da contratação da arbitragem, com imensos reflexos práticos. Se antes o Código de Processo Civil somente reconhecia o compromisso arbitral como forma de vinculação das partes⁴, a nova lei passou a tratar do tema com base na denominada “convenção de arbitragem”.

Assim, no contexto da atual lei, presente a capacidade das partes para contratar (configurando a denominada “arbitrabilidade subjetiva”) e o objeto da discussão caracterizando direito patrimonial disponível (configurando a denominada “arbitrabilidade objetiva”), as partes poderão manifestar consenso de uso da arbitragem mediante a convenção de arbitragem. É nesse sentido que estipula o artigo 3º da Lei de Arbitragem: “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”.

Logo, é pressuposto da arbitragem o consenso entre as partes quanto ao seu uso, visto que na atualidade é vedada a arbitragem compulsória (CARMONA, 2004, p. 53)⁵.

³ A esse respeito: “A cláusula arbitral ou cláusula compromissória (...) foi totalmente desprestigiada no direito interno brasileiro até o advento da Lei nº 9.307/96, de tal sorte que o Código de Processo Civil não permitia a instauração do juízo arbitral a não ser na presença do compromisso arbitral (...)”, in CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.

Portanto, necessariamente deverá existir a concordância quanto à arbitragem, que se dará por meio da convenção de arbitragem, gênero que se divide em duas espécies, quais sejam: (i) a cláusula compromissória, e (ii) o compromisso arbitral, nos termos do artigo 3º da lei.

Assim, na atual realidade brasileira, a escolha da arbitragem pelas partes pode se manifestar através de duas formas, mediante a contratação via cláusula compromissória ou via compromisso arbitral, em oposição ao sistema anterior do CPC, que somente reconhecia a segunda forma. Sob esse aspecto, menciona Carlos Alberto Carmona que “segundo a sistemática adotada, tanto a cláusula quanto o compromisso excluem a jurisdição estatal, efeito que, até o advento da Lei 9.307/96, só era produzido pelo compromisso arbitral” (2004, P. 53). A Lei de Arbitragem trata do tema da convenção de arbitragem e suas respectivas espécies entre os artigos 3º e 12º, regulamentando a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A principal diferença entre as duas espécies está no fato de que a cláusula é um instrumento de escolha da arbitragem anterior à existência do litígio, sendo ela genérica e destinada a quaisquer casos futuros que venham a surgir relativas ao contrato em que insere a cláusula, enquanto o compromisso arbitral é a forma de escolha da arbitragem posterior ao surgimento do litígio, e por consequência ele é documento específico para um caso em concreto.

É certo que, imediatamente após a sua promulgação, a Lei de Arbitragem foi objeto de diversos questionamentos quanto à sua constitucionalidade. Nesse sentido, opositores do instituto alegavam ofensas à garantia do devido processo legal, à inafastabilidade do Poder Judiciário, ao direito à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição etc. Entretanto, tais argumentos foram derrotados a partir do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da lei, o que se deu no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206, encerrado em 12 de dezembro de 2001, no qual foi reconhecida a constitucionalidade dos dispositivos introduzidos pela Lei nº 9.307/96.

2 Cláusula compromissória de arbitragem

2.1 Caracterização

A Lei nº 9.307/96 tratou expressamente da cláusula compromissória, assunto até então omitido nas legislações que a precederam. Para tanto, destinou os artigos 4º a 8º para essa finalidade, sendo que o caput do artigo 4º apresenta a sua definição legal: “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”.

A cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) se destina a vincular as partes de um contrato, previamente à existência de qualquer litígio, à aceitação da arbitragem como forma de solução de conflitos. Tem ela, portanto, nítida feição preventiva e genérica, aspecto destacado no texto legal, ao mencionar que ela envolve litígios “que possam vir a surgir”. Ademais, da leitura da legislação, nota-se evidente cuidado em atribuir força vinculante à cláusula, dado que esta representa, na prática, a principal forma de vinculação a um procedimento de arbitragem.

2.2 Obrigatoriedade e vinculação (mecanismos processuais de vinculação)

Com a força atribuída à cláusula compromissória pela Lei nº 9.307/96, a sua previsão em contrato obriga os contratantes, de modo que a opção pela arbitragem já foi manifestada de modo suficiente, dispensando ratificação ou nova manifestação. Trata-se assim a cláusula, como dito antes, do principal instrumento vinculante para a arbitragem. E, ciente de tal aspecto, o legislador, ao optar por transformar a cláusula em forma de convenção, instituiu mecanismos processuais que compelem a parte resistente à participação na arbitragem. Portanto, a escolha pela arbitragem, por meio de cláusula, é manifestação de vontade suficiente para obrigar as partes, e não comporta arrependimento unilateral posterior (visto que a desistência quanto à arbitragem só pode ocorrer por acordo entre as partes).

Em relação aos mecanismos processuais de vinculação à arbitragem, podemos classificá-los como mecanismos (i) passivo ou (ii) ativo.

A primeira hipótese, que denominamos de mecanismo passivo de vinculação, consiste na situação em que uma das partes do contrato se vê réu de uma ação proposta

⁴ Vide o revogado artigo 1072 do CPC: “Art. 1.072. As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação”.

⁵ Note-se que a arbitragem obrigatória, como relata Carlos Alberto Carmona, foi banida de nosso sistema em 1866, cf. Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 53.

pela outra parte, perante o Poder Judiciário, em evidente infração à cláusula arbitral. Assim, o réu, querendo ver respeitada a cláusula de arbitragem, dispõe de previsões na legislação processual, que permitem inviabilizar essa ação judicial, forçando a outra parte, se desejar instituir um processo, a respeitar a previsão de arbitragem. Ou seja, nesse caso o mecanismo é passivo, pois a parte que reivindica a arbitragem não está instituindo o processo, mas apenas impedindo que a parte contrária proponha ação perante o Poder Judiciário.

Tal mecanismo consta do CPC (com alterações da Lei nº 9.307/96), que em seu artigo 301, IX, estipula como matéria preliminar da contestação a alegação de existência de convenção de arbitragem. Frente a tal aspecto, o artigo 267, VII, determina ao juiz a extinção do processo sem resolução de mérito, quando verificada a existência de convenção de arbitragem. Desta maneira, inviabiliza-se o acesso ao judiciário pela parte resistente, quando em infração a cláusula arbitral.

Ainda, fortalecendo esse mecanismo passivo, parte da doutrina entende que, pela interpretação literal do artigo 301, parágrafo 4º, o juiz deverá conhecer de ofício a existência de cláusula compromissória, independentemente de alegação preliminar da parte contrária. Entretanto, tal interpretação é objeto de discussões doutrinárias.

Por outro lado, a legislação também previu mecanismos destinados a assegurar, à parte interessada em iniciar uma arbitragem, formas de impor à parte contrária resistente a participação na arbitragem. Esses mecanismos, que denominamos ativos (visto que agora a parte interessada na arbitragem deseja efetivamente instituir o procedimento) serão tratados mais à frente, por ocasião da menção à instituição da arbitragem.

2.3 Requisitos

No que tange a requisitos da cláusula arbitral, a lei é bastante sucinta, limitando-se a exigir que a cláusula deva obrigatoriamente ser elaborada por escrito. É o que se observa do parágrafo 1º do artigo 4º: “A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

Embora, via de regra, a cláusula conste de um contrato, a lei admite a previsão arbitral, por meio de cláusula estipulada fora do contrato, em documento apartado que a estipule e faça referência expressa ao contrato a que se destina.

2.4 Modalidades

Aspecto de grande importância no contexto da arbitragem diz respeito às modalidades de cláusula compromissória,

visto que a escolha da modalidade de cláusula terá repercussões quanto à forma de instituição do procedimento arbitral.

A doutrina costuma classificar a cláusula compromissória em (i) cláusula arbitral vazia e (ii) cláusula arbitral cheia (sendo essa última subdividida em cheia institucional e cheia ad hoc).

2.4.1 Cláusula vazia

Uma cláusula compromissória é considerada vazia quando se limita a eleger a arbitragem como método de solução de conflitos, mas não faz qualquer referência às regras aplicáveis ao procedimento, aos árbitros ou a uma instituição responsável pela administração do procedimento.

Observe-se que essa cláusula é válida e produz plenos efeitos (vinculando as partes à arbitragem, com renúncia expressa ao Poder Judiciário), mas oferecerá dificuldades práticas para a instituição do procedimento, dada a falta de parâmetros previamente estabelecidos pelas partes.

Logo, embora válida, essa modalidade de cláusula é indesejável pelas dificuldades operacionais que proporciona às partes contratantes. A título ilustrativo, seria considerada vazia uma cláusula com a seguinte redação: “As partes têm justo e acertado que todos os conflitos decorrentes do presente contrato serão solucionados necessariamente por arbitragem”.

2.4.2 Cláusula cheia

A cláusula compromissória é considerada “cheia” quando, além de eleger expressamente a arbitragem como método de solução do litígio, ainda oferece, adicionalmente, parâmetros para o procedimento a ser adotado, visando à instituição da arbitragem.

Desta maneira, uma cláusula que escolha a arbitragem e conjuntamente faça referência expressa a um órgão (câmara de arbitragem) responsável pela administração do litígio, será considerada uma “cláusula cheia institucional”. Nesta hipótese, a menção à câmara determina que o procedimento, se vier a ser efetivamente instituído, observará o regulamento da câmara escolhida pelas partes.

A título ilustrativo, vejamos a redação de algumas cláusulas institucionais, sugeridas por órgãos administradores de procedimentos arbitrais:

Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem: Todas as controvérsias decorrentes do presente contrato, de sua execução e liquidação, serão resolvidas, em definitivo, nos termos do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas, por um ou mais árbitros nomeados na conformidade do mesmo

Regulamento.

Câmara de Arbitragem do Mercado – BM&FBOVESPA: As partes, desde já, assumem o compromisso de submeter à arbitragem, de forma definitiva, toda e qualquer divergência ou disputa relacionada ao presente instrumento, inclusive quanto à sua interpretação, execução, inadimplemento, rescisão ou nulidade, que deverá ser conduzida na Câmara de Arbitragem do Mercado, de acordo com os termos de seu Regulamento, com a estrita observância à legislação vigente, em especial a Lei nº 9.307/96, valendo, outrossim, a presente como Cláusula Compromissória, nos termos do artigo 4º dessa mesma Lei. Obrigam-se, para tanto, a firmar o respectivo termo de arbitragem e a acatar a sentença arbitral que vier a ser proferida, relativa a qualquer disputa ou controvérsia eventualmente surgida.

Por outro lado, uma cláusula que escolha a arbitragem e conjuntamente faça referência expressa aos árbitros, ou determine regras específicas para a instituição da arbitragem no caso em concreto (sem mencionar órgão institucional), será considerada uma “cláusula cheia ad hoc”. Nesta hipótese, a menção aos árbitros ou às regras para sua eleição estipulam parâmetros suficientes a permitir a realização do processo arbitral. Note-se que, nessa alternativa, as partes criam regras específicas para a solução de sua situação em concreto, em oposição à cláusula institucional, quando as partes simplesmente aderem às regras padronizadas e previamente estabelecidas por um órgão institucional.

Como exemplo, poderia ser considerada ad hoc uma cláusula com a seguinte redação:

Quaisquer dúvidas ou controvérsias decorrentes do presente contrato serão resolvidas, de forma definitiva, por arbitragem. Para tanto, desde já as partes convencionam que será indicado como árbitro único o sr. Antonio Silva, brasileiro, advogado inscrito na OAB/SP sob nº 00.000, com escritório na Av. Ipiranga, 321, São Paulo/SP.

Parágrafo Primeiro: A arbitragem será realizada no escritório do árbitro, ficando a cargo dele o estabelecimento das regras procedimentais, prazos e demais informações vinculadas à arbitragem.

Parágrafo Segundo: A parte que desejar iniciar o procedimento arbitral deverá apresentar ao árbitro requerimento escrito nesse sentido, frente ao qual o árbitro procederá à notificação extrajudicial da outra parte, através de cartório. A recusa da parte notificada em participar da arbitragem não impedirá seu desenvolvimento e julgamento, aspecto do qual ambas as partes expressam plena ciência e concordância.

2.4.3 A instituição do procedimento arbitral frente à modalidade da cláusula compromissória

A importância da classificação acima, entre cláusulas arbitrais cheias e vazias, está no trâmite que se observará para o início da arbitragem. Isso porque, diferentes regras nortearão a instituição do procedimento, dependendo da espécie de cláusula adotada.

Quando o contrato contiver uma cláusula considerada “cheia”, será observado o disposto no artigo 5o da Lei de Arbitragem:

Art. 5º – Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Nota-se que o texto do artigo 5o privilegiou a vontade das partes, de modo que o referido artigo assegura que, em se tratando de cláusula cheia, a arbitragem será instituída e processada de acordo com as regras do órgão arbitral eleito (caso seja cláusula cheia institucional) ou observará as regras específicas estipuladas pelas partes para a solução do caso em concreto (em se tratando de cláusula cheia ad hoc).

Por outro lado, em se tratando de uma cláusula arbitral “vazia”, dada a falta de parâmetros expressos para a instituição do procedimento (visto que as partes não elegeram regras específicas e tampouco indicaram órgão institucional), deverá ser observado o trâmite disposto nos artigos 6o e 7o da Lei de Arbitragem:

Art. 6º – Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocária o julgamento da causa.

Art. 7º – Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo, a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

Portanto, se a cláusula for vazia, o procedimento de instituição a ser seguido é o estipulado em lei. Logo, a parte interessada deverá inicialmente notificar a outra parte

para celebrar o compromisso arbitral. Se a outra parte concordar em assinar o compromisso amigavelmente, terá início a arbitragem. Caso a outra parte ofereça resistência, a parte

interessada poderá propor ação judicial de instituição de arbitragem, visando a obtenção do compromisso arbitral. Obtido o compromisso (amigavelmente ou judicialmente), terá início a arbitragem. Ou seja, nesse caso, se a lacuna da cláusula não for solucionada amigavelmente, caberá ao Poder Judiciário determinar a solução, podendo até mesmo obrigar a parte resistente a participar da arbitragem, se necessário, efetivando a execução específica da cláusula compromissória.

Esses trâmites, determinados a obrigar a parte resistente a integrar o procedimento de arbitragem, configuram o que chamamos de “mecanismo processual ativo de vinculação”, como mencionado por ocasião do ponto 2.2, acima, e representam inovação da Lei nº 9.307/96, destinada a assegurar a força vinculante da cláusula arbitral.

2.4.4 Eleição de foro residual e a questão da “cláusula patológica”

Tema que causa alguma discussão é a questão da coexistência, em um mesmo contrato, de cláusula arbitral e de menção a foro de eleição. Referido assunto deve ser observado sob diferentes perspectivas.

É certo que a escolha pela arbitragem impõe, em contrapartida, a renúncia ao Poder Judiciário. Porém, tal renúncia é válida e aplicável somente em relação às questões passíveis de arbitragem, sendo que em relação às demais questões, não arbitráveis, exigir-se-á solução judicial. Ainda nessa linha de raciocínio, mesmo uma questão submetida à arbitragem pode demandar intervenção do judiciário, seja para instituir o procedimento (vide artigo 7º da lei), para determinar a condução de testemunha (vide artigo 22, parágrafo 2º da lei), para executar a sentença arbitral, ou mesmo para executar diretamente o contrato quando o litígio envolva somente o inadimplemento de título executivo, entre outras possibilidades.

Portanto, a escolha pela arbitragem não elimina, por completo, a necessidade de medidas judiciais. Por consequência, a inserção de cláusula arbitral em um contrato não inviabiliza a eleição, no mesmo contrato, de um foro competente para eventuais medidas judiciais que se mostrem necessárias. Sendo assim, é possível, e até desejável, a coexistência de uma cláusula arbitral com previsão de foro judicial. Contudo, diante de tal aspecto, entendemos que a redação do contrato deve deixar evidente que as partes efetivamente optaram pela arbitragem como método de solução de litígios, sendo que a eleição do foro é residual, destinada somente para as situações não passíveis de solução arbitral. Logo, por questões de segurança jurídica, deve-se empregar boa técnica na redação do

contrato para deixar claro que a eleição do foro determina competência judicial somente para as situações não passíveis de solução por arbitragem (como é o caso do cumprimento de sentença arbitral, ação de nulidade de sentença arbitral, cumprimento de liminares etc). Estando nítida tal delimitação, nenhum problema existe na convivência entre tais disposições.

Inclusive, é admitido que as partes delimitem, no contrato, que somente algumas espécies de litígios serão solucionadas por arbitragem, remetendo outros (que seriam arbitráveis) ao judiciário. Aqui também, desde que nítida a delimitação, nenhum óbice quanto à coexistência de disposições.

O problema que pode surgir dessa convivência é quando, a partir da leitura do contrato, não se consiga identificar a efetiva vontade das partes quanto ao método de solução de litígios adotado, em razão da redação contratual utilizar termos contraditórios ou incompatíveis. Seria o caso de uma cláusula com a seguinte redação:

Para os litígios decorrentes do presente contrato, desde já as partes elegem o Foro da Comarca de Sorocaba, podendo o conflito, alternativamente, ser solucionado também através de arbitragem ou mediação, a critério das partes.

Nesses casos, a redação adota posicionamento conflitante, não indicando qual a forma de solução de litígios foi escolhida pelas partes. Não existe qualquer delimitação de competência, e tampouco segurança jurídica quanto à interpretação, visto que a escolha pela arbitragem deve levar à consequente renúncia ao judiciário, no campo das matérias arbitráveis. Como nesses casos não é possível identificar tal escolha, dada a imprecisão da redação, tem-se que são elas as chamadas “cláusulas patológicas”, que embora façam menção à arbitragem, não se prestam a vincular as partes e tampouco geram qualquer obrigação quanto à arbitragem. Nesses casos, predominará a escolha pelo Judiciário.

2.5 Cláusula compromissória em contratos por adesão

Em se tratando de contrato de adesão, a Lei de Arbitragem estipula regras específicas para a elaboração de cláusula compromissória, vide o parágrafo 2º do artigo 4º:

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito, em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto, especialmente para essa cláusula.

A preocupação do legislador, ao dedicar especial menção

ao tema, diz respeito à situação de desequilíbrio existente entre os contratantes. Entretanto, a redação falha do parágrafo 2o, decorrente de deformação a que foi submetida ao longo do processo legislativo, é objeto constante de críticas, com razão, da doutrina. Isso porque, o texto, destinado a proteger o aderente, ficou contraditório e impreciso, sujeito a diversas interpretações.

Essa contradição fica evidente ao final do parágrafo quando observamos que o texto condiciona a eficácia da cláusula ao aderente, quando (i) ele concordar com a instituição da arbitragem, (ii) desde que o faça por escrito, em documento anexo ou em negrito, com assinatura especial ou visto para essa cláusula (grifos nossos).

Ora, a instituição da arbitragem se dá, nos termos do artigo 19 da Lei de Arbitragem, “quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”, momento este que se dá, portanto, após o surgimento do litígio. O final do parágrafo 2o, entretanto, menciona que essa concordância à instituição (que é posterior ao litígio) se dê por meio da cláusula compromissória (que é anterior ao litígio).

Ou seja, evidencia-se total contradição presente no texto de lei, que ensejou diferentes interpretações pela doutrina, algumas no sentido de que o aderente só se obriga mediante concordância, após o surgimento do litígio (quando da instituição da arbitragem), outras no sentido de que basta a cláusula compromissória (anterior ao litígio) conter os destaques e requisitos especiais para vincular o aderente desde a contratação.

Nesse sentido, apesar da divergência, nos parece mais lógica, frente à contradição textual, adotar a primeira interpretação, por ser a única que efetivamente se presta ao objetivo legal de proteção do aderente, visto que um mero destaque da cláusula não traria qualquer efeito concreto de proteção do aderente. Assim, adotamos a mesma linha de pensamento de J. E. Carreira Alvim (2002, p. 54-55), que menciona que

(...) a garantia da facultatividade da cláusula compromissória, que o parágrafo 2o do art. 4o vem complementar, é assegurada, nos contratos de adesão, pela previsão legal de que ela só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, e não pela sua pactuação por escrito em documento anexo ou em negrito (...).

Ou seja, nessa interpretação, entende-se que a vinculação do aderente se dá somente com a concordância, após o surgimento do litígio, ocasião da instituição da arbitragem. 2.6. Autonomia da cláusula compromissória

Nos termos do artigo 8o da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória é considerada autônoma em relação ao próprio contrato em que se encontra inserida, de modo que a sua contratação submete à arbitragem até mesmo os casos de nulidade do contrato, visto que a autonomia da cláusula lhe permite se destacar em relação à nulidade do próprio contrato, sendo que o parágrafo único do referido artigo atribui competência aos árbitros para analisar e decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, no que se costumou chamar de kompetenz - kompetenz (princípio que ilustra a competência do árbitro para analisar sua própria competência sobre o caso).

Art. 8º – A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória

3 Compromisso arbitral

3.1 Caracterização

Na mesma sistemática adotada em relação à cláusula compromissória, a Lei de Arbitragem, em seu artigo 9o⁸, apresenta o conceito de compromisso arbitral, forma de convenção de arbitragem que se destina à escolha da arbitragem para conflitos já existentes. A lei adota a seguinte definição: “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

O compromisso arbitral se destina a vincular as partes à arbitragem, posteriormente à existência de um litígio. Trata-se ele, portanto, de documento específico, destinado à solução de um determinado caso concreto, aspecto destacado no texto legal, ao mencionar que, por meio dele “se submete um litígio à arbitragem”, no que fica evidente a distinção para a cláusula compromissória, que tem nítido caráter genérico e preventivo.

3.2 Obrigatoriedade e vinculação (mecanismo processual de vinculação)

Uma vez celebrado o compromisso, ficam as partes vinculadas ao procedimento arbitral, visto que manifestaram

⁸ Também o Código Civil prevê a figura do compromisso, inserido dentre as espécies de contratos, dele tratando nos artigos 851 a 853.

expressamente recusa ao conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário, pela convenção de arbitragem.

Buscando assegurar o respeito a essa vinculação, a legislação, tal qual fez em relação à cláusula compromissória, estabeleceu mecanismos processuais destinados a fazer valer a força vinculante do compromisso arbitral. Logo, uma vez exercida a opção pela arbitragem através de celebração de compromisso, ficam as partes obrigadas a respeitá-lo, não existindo possibilidade de arrependimento unilateral posterior.

Para tanto, é aplicável, também ao compromisso, o mecanismo processual de vinculação que identificamos como “passivo”, já comentado anteriormente (por ocasião do estudo da cláusula compromissória). Por esse instrumento, quando uma das partes se vê réu de uma ação proposta pela outra, perante o Poder Judiciário, em evidente infração ao compromisso arbitral, poderá ela exigir a observância da convenção de arbitragem, inviabilizando a continuidade da ação judicial.

Tal possibilidade consta do CPC, que em seu artigo 301, IX, estipula como matéria preliminar da contestação a alegação de existência de convenção de arbitragem (no caso, o compromisso arbitral). Frente a tal aspecto, o artigo 267, VII, determina ao juiz a extinção do processo, sem resolução de mérito, quando verificada a existência de convenção de arbitragem. Desta forma, inviabiliza-se o acesso ao judiciário pela parte resistente, quando em infração ao compromisso arbitral.

3.3 Modalidades: judicial e extrajudicial (público ou particular)

Os parágrafos 1o e 2o do artigo 9º⁹ tratam das modalidades de compromisso arbitral; ponto a partir do qual podemos estabelecer algumas classificações.

Inicialmente, é possível classificar o compromisso arbitral entre as modalidades de (i) judicial e (ii) extrajudicial.

O compromisso será judicial quando celebrado por termo nos autos, diante do juízo ou do tribunal onde corre o processo a que diz respeito. Logo, existindo um processo judicial em curso, podem as partes, a qualquer tempo (anteriormente ao trânsito em julgado da decisão), celebrar livremente um compromisso arbitral, renunciando ao Judiciário em favor de um procedimento arbitral. Nessa hipótese, será extinto o processo, ficando a cargo da arbitragem a solução do litígio. Note-se que, nesses casos, inexistia qualquer estipulação prévia de arbitragem pelas partes, sendo que a opção foi manifestada livremente por meio do compromisso celebrado no curso do processo judicial.

Também será judicial o compromisso arbitral obtido em decorrência da ação de instituição de arbitragem prevista no artigo 7o da lei, tendo em vista que o parágrafo 2o do referido artigo contempla a hipótese das partes celebrarem nos autos o compromisso arbitral, bem como o parágrafo 7o estipula que a sentença de procedência proferida pelo juiz valerá como compromisso arbitral.

A diferença entre esses casos está na motivação das partes para a celebração do compromisso, visto que no primeiro caso, acima (estipulação do art. 9o, parágrafo 1o) inexistia vínculo arbitral anterior, enquanto que, no segundo (previsão do art. 7º), necessariamente existia uma cláusula vazia, cuja inobservância levou à propositura da ação de instituição de arbitragem, de modo que a escolha pela arbitragem fora efetivada anteriormente ao surgimento do litígio.

O compromisso arbitral, quando extrajudicial, pode ser subdividido em (i) extrajudicial por instrumento particular ou (ii) extrajudicial por instrumento público. Em se tratando de compromisso arbitral extrajudicial por instrumento particular, deverão as partes observar a exigência (complementar aos requisitos obrigatórios do compromisso, de que trata o ponto seguinte), de que o instrumento seja subscrito por duas testemunhas. Alternativamente, poderão optar por celebrar o compromisso por meio de escritura pública.

3.4 Requisitos: obrigatórios e facultativos

Por se tratar de documento para a solução de um caso específico já existente, que permitirá início imediato do procedimento de arbitragem, o legislador optou por dar-lhe minuciosa disciplina, indicando os elementos que deverão constar desse documento, dividindo-os em obrigatórios e facultativos. A tal finalidade se destinaram os artigos 10 e 11 da Lei de Arbitragem.

Dessa maneira, são elementos obrigatórios do compromisso arbitral, nos termos do artigo 10, (1) a identificação e respectiva qualificação das partes litigantes; (2) a identificação e qualificação do(s) árbitro(s) ou a identificação da instituição responsável pela indicação dos árbitros; (3) a indicação da matéria da arbitragem; e (4) a indicação do local em que será proferida a sentença arbitral. Tais aspectos são considerados indispensáveis pelo legislador para a configuração de um compromisso arbitral.

Complementando-os, elencou o legislador, no artigo 11 da Lei de Arbitragem, elementos facultativos do compromisso, assim considerados: (1) local onde ocorrerá a arbitragem; (2) autorização para que o árbitro julgue por equidade, se houver acordo das partes nesse sentido; (3) a indicação do prazo para apresentação da sentença; (4) a

⁹ E nesse sentido também o artigo 851 do Código Civil.

indicação da lei ou regras aplicáveis ao procedimento de arbitragem; (5) definição quanto à responsabilidade pelo pagamento das despesas e honorários dos árbitros; (6) a fixação de honorários dos árbitros.

Os elementos facultativos indicados pela lei não esgotam os temas passíveis de tratamento pelo compromisso arbitral, de modo que diversos outros aspectos da arbitragem podem ser contemplados neste documento, tal como a indicação do idioma da arbitragem, estipulação quanto a sigilo ou divulgação dos atos do procedimento, entre outros.

3.5 Extinção do compromisso arbitral

Ao final da disciplina sobre o compromisso, a Lei de Arbitragem, em seu artigo 12, determina as hipóteses de extinção dessa forma de convenção de arbitragem. Referido artigo contempla três hipóteses de extinção.

As duas primeiras fazem referência à situação peculiar de uma arbitragem personalíssima, onde a pessoa do árbitro escolhido é fator determinando e condicionante para a aceitação da arbitragem, de modo que as partes recusam qualquer substituição de árbitro, frente a eventual recusa ou impossibilidade do escolhido, e por consequência recusam a própria arbitragem. Logo, nesses casos, a impossibilidade do escolhido atuar como árbitro leva à extinção do próprio compromisso arbitral. Nesse sentido, os incisos I e II do artigo 12:

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

A terceira hipótese de extinção contempla o caso de os árbitros não respeitarem o prazo limite estipulado para proferimento da sentença arbitral.

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Nessa hipótese, a extinção do compromisso não decorre do mero esgotamento do prazo, visto que o inciso III do artigo 12 impõe procedimento prévio à parte interessada, que deverá notificar o árbitro (ou o presidente, em se tratando de colegiado de árbitros) para proferir a sentença em dez dias, sob pena de extinção do compromisso arbitral.

4 Questões polêmicas atinentes à convenção de arbitragem

4.1 A questão da obrigatoriedade do compromisso arbitral

Ponto de grande discussão e divergência diz respeito à existência (ou não) de obrigatoriedade de celebração do compromisso arbitral em todos os procedimentos arbitrais, mesmo diante da existência de cláusula compromissória (e independentemente da modalidade da cláusula compromissória). Em outras palavras, sob perspectiva diversa, a questão a ser analisada é: seria o compromisso arbitral dispensável, quando existente cláusula compromissória anterior?

O tema não é pacífico na doutrina, sendo analisado sob visões bastante distintas. Vejamos:

4.1.1 O compromisso arbitral como documento essencial aos procedimentos arbitrais em geral (corrente doutrinária)

Uma corrente doutrinária adota uma visão rígida e tradicional, entendendo o compromisso arbitral como o instrumento específico que instituirá a arbitragem em definitivo, e que, por tal razão, se faz necessário em toda e qualquer arbitragem, como forma de completar os aspectos específicos do litígio não contemplados anteriormente pela cláusula, em razão de sua natural característica genérica. Seria, portanto, o instrumento que estipula as regras definitivas que serão observadas ao longo da arbitragem, e nesse contexto representaria elemento essencial para a instituição de qualquer procedimento arbitral.

Filiam-se a esta corrente de pensamento diversos autores de prestígio. Como observa José Maria Rossani Garcez (2004, p. 135),

(...) grande parte da doutrina nacional (Carreira Alvim, Celso Barbi Filho, Humberto Teodoro Júnior, dentre outros), composta em sua maioria por consagrados processualistas, defende a tese de que, conforme nosso direito interno, o compromisso arbitral é sempre necessário à realização da arbitragem.

Nesse sentido, ilustrando tal entendimento, menciona J.E. Carreira Alvim (2002, p. 59-61) que

(...) a principal arma na arbitragem é o compromisso, com os requisitos impostos pelo art. 10 da Lei nº 9.307/96, sem o que não se instaura a arbitragem, sendo a cláu-

sula compromissória uma autentica obrigação de fazer (verdadeiro contrato), consistente no dever de celebrar oportunamente um segundo ajuste, este último o verdadeiro compromisso; a cláusula compromissória só não poderá dispor sobre o litígio a ser resolvido por meio da arbitragem mesma, porque este inexistente a esse tempo – se existir, a hipótese será de compromisso – mas pode funcionar como um autêntico esboço do compromisso, deixando para a ocasião deste apenas o que não for possível convencionar por antecipação; havendo cláusula compromissória, e estando as partes de acordo quanto à forma de arbitragem, podem celebrar o compromisso (...) produzindo assim o documento indispensável à deflagração do procedimento arbitral.

De fato, nota-se da leitura de Carreira Alvim (2002, p. 83, 153, 155-156) que toda a sua interpretação da Lei de Arbitragem pressupõe a existência obrigatória do compromisso arbitral, como consta de passagens como as seguintes:

(...) O compromisso é o momento de se dizer o que é (no presente); e não o que será (no futuro), objetivo esse que deve ser cumprido pela cláusula compromissória; A base da sentença (e a sua segurança) está no compromisso, devendo ser proferida de conformidade com o que houverem as partes convencionado nesse instrumento (...); prescreve o inciso IV do art. 32 que será nula a sentença que for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, o que, em outros termos, significa que a sentença deve conter-se nos lindes do compromisso; (...).

Assim, nesse entendimento, toda e qualquer arbitragem dependerá essencialmente da existência de um compromisso arbitral, indiferentemente à celebração prévia de cláusula compromissória. Como dito acima, trata-se de uma visão rígida e tradicional, que enxerga o compromisso como o elemento essencial à instituição da arbitragem, como ocorria por ocasião da legislação anterior.

4.1.2 O compromisso arbitral como documento dispensável aos procedimentos arbitrais instituídos a partir de cláusula arbitral cheia (corrente doutrinária)

Uma segunda corrente doutrinária adota visão diversa e mais moderna, visando conferir maior agilidade e efetividade ao procedimento arbitral, entendendo o compromisso como instrumento dispensável quando existente cláusula arbitral cheia. É o que observa José Maria Rossani Garcez (2004, p. 135-136), ao mencionar que

(...) em contraposição à corrente que considera sempre obrigatório o compromisso, outra existe, que considera possível, em determinadas circunstâncias, em que esteja sendo aplicada uma cláusula compromissória completa, ser prescindida a assinatura do compromisso arbitral.

Tal raciocínio fundamenta-se no disposto no artigo 5o da Lei de Arbitragem, que estipula que:

(...) reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Portanto, a menção, na própria cláusula, às regras institucionais ou regras customizadas adotadas pelas partes, determina que a arbitragem, se necessária, será instituída e processada nos termos das regras escolhidas, dispensando a celebração posterior de compromisso arbitral. No mesmo sentido, verifica-se o texto do artigo 21, que, note-se, faz referência ao gênero "convenção", justamente por poder tratar-se de qualquer de suas espécies:

A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes, delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

A essa linha de pensamento filiam-se inúmeros doutrinadores e estudiosos do tema, dentre os quais Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e José Maria Rossani Garcez.

Enfatizando sua posição quanto à dispensabilidade do compromisso frente à existência de cláusula anterior, Carlos Alberto Carmona (2004, p. 133, 241) menciona, ao comentar a instituição da arbitragem (previsão do artigo 19) que

(...) a Lei refere-se a convenção de arbitragem, e não a compromisso, reafirmando que também a cláusula pode levar à instituição da arbitragem, sem necessidade de compromisso arbitral.

E, na mesma linha:

(...) repito, portanto, à exaustão: o compromisso arbitral não é imprescindível para a instituição da arbitragem. Pode perfeitamente ocorrer que as partes disponham em determinada cláusula arbitral que qualquer matéria decorrente de um eventual contrato seja submetida à solução de árbitros, e ainda assim o compromisso será dispensável¹⁸.

Logo, esse raciocínio, respaldado na equivalência de forças conferidas às espécies de convenção de arbitragem, representa mecanismo destinado a facilitar a instituição da arbitragem, mesmo diante da resistência indevida da parte contrária. Interessante notar o ponto de vista de Rossani Garcez (2004, p. 140), ao afirmar que não aceitar

esse entendimento seria conceder uma dose excessiva de indulgência para com a parte resistente.

Nesse contexto, dada a dispensabilidade do compromisso arbitral, surgem questões práticas que, à primeira vista, criam obstáculos ao procedimento. Isto porque, inexistindo o compromisso arbitral, o vínculo à arbitragem fica restrito à cláusula compromissória. Contudo, a cláusula, por ser adotada anteriormente à existência do litígio, tem intrínseco perfil generalista (visto que faz menção genericamente a “conflitos futuros”) e predispõe informações e escolhas prévias para uma eventual arbitragem que poderá (ou não) vir a se instituir. Portanto, algumas das previsões estipuladas em cláusula podem ficar dependentes de confirmação futura (como a escolha específica de um árbitro, que ficará condicionada à aceitação futura da função pelo escolhido). Essa incerteza e imprevisibilidade do litígio, em específico (decorrentes da condição de vinculação prévia da cláusula), podem gerar problemas quando da instituição da arbitragem porque, nesse momento, será necessária a definição de regras definitivas e específicas.

Tal dificuldade tem sido solucionada, no decorrer da arbitragem, mediante a celebração, quando da instituição da arbitragem, de um documento que define as regras e disposições específicas que serão observadas na arbitragem em efetivo. Tal documento não seria exatamente o compromisso arbitral (dado que a vinculação se deu pela cláusula), e portanto seria indiferente a ele eventual recusa de uma das partes em aceitá-lo ou firmá-lo (até porque a própria lei admite a revelia na arbitragem, vide artigo 22, parágrafo 3o). Ele seria somente um instrumento facilitador para o procedimento. Esse procedimento é aceitável desde que integre as regras institucionais ou customizadas eleitas pelas partes para solução do litígio (e que, portanto, deverá ser seguido, conforme dispõe o artigo 5o da Lei de Arbitragem).

Referido documento costuma ser denominado “termo de arbitragem” (também chamado, no exterior, de ata de missão ou terms of reference), e é definido por Selma Lemes (p. 97) como “um instrumento processual arbitral previsto em regulamentos de diversas instituições arbitrais no Brasil, tendo importante função ordenadora da arbitragem”. O termo de arbitragem permite realizar ajustes no procedimento, adequados ao caso em concreto, delimitar o litígio, estipular prazos, entre outros aspectos. Como reconhece Selma Lemes (p. 98), na prática, o termo de arbitragem em tudo se assemelha ao compromisso arbitral. Entretanto, note-se que a recusa de uma parte em firmar o termo de arbitragem não impede o andamento do procedimento, visto que a opção pela arbitragem já fora manifestada anteriormente por meio da convenção de arbitragem. Trata-se assim, de solução apta a permitir o pleno funcionamento de uma arbitragem, desde que convenionada

por cláusula cheia, mesmo diante da resistência de uma parte.

4.1.3 A questão da exigibilidade do compromisso arbitral em procedimentos arbitrais instituídos com base em cláusula vazia

O raciocínio empregado no ponto anterior é válido em se tratando de cláusula arbitral cheia, mas não será aplicável nas hipóteses em que a cláusula compromissória for vazia. Nesse caso específico, apesar da existência de cláusula, a Lei de Arbitragem exige a celebração do compromisso arbitral, como forma de preencher algumas lacunas, para permitir a efetiva instituição da arbitragem. Tal procedimento encontra-se nos artigos 6o e 7o da Lei de Arbitragem, que dispõem que:

art. 6º – Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

art. 7º – Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

(...)

§ 2º – Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

(...)

§ 7º – A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral. (grifos nossos)

Tal previsão, de exigência do compromisso em casos de cláusula vazia, embora prevista em lei e aceita por boa parte da doutrina e jurisprudência, é objeto de críticas por alguns estudiosos do tema. A respeito do assunto, Carlos Alberto Carmona (2004, p. 132), comentando o artigo 6o da Lei de Arbitragem, faz crítica ao texto legal e entende

⁵⁵ Nos termos do Decreto n. 5.174, de 09 de agosto de 2004.

que também no caso das cláusulas vazias seria dispensável o compromisso, mencionando que

(...) insiste a Lei no sentido de que o interessado será instado a comparecer em dia, hora e local certos para firmar o compromisso arbitral. Disse o legislador mais do que devia: o compromisso não é imprescindível para a instauração da arbitragem, de tal sorte que bastaria que as partes indicassem o árbitro (ou os árbitros), para que este (ou estes), aceitando o encargo, pudessem dar início ao processo arbitral.

Na mesma linha, Selma Lemes (p. 96) alega que “o artigo 7o deve ser interpretado em sua função teleológica, notando que sua finalidade é de instituir a arbitragem, e não, como argumentam alguns, que seria a de firmar compromisso arbitral”.

Não obstante a coerência das críticas, a menção legal expressa e reiterada à figura do compromisso nos leva a crer que a plena segurança jurídica para a arbitragem, em uma situação que envolva cláusula vazia, deve observar a celebração do compromisso arbitral, como forma de atendimento à disposição legal e de evitar controvérsias formais indesejáveis.

Frente a isso, entendemos que, em se tratando de cláusula arbitral vazia, será necessário o compromisso arbitral posterior.

4.1.4 A dispensabilidade versus a conveniência do compromisso arbitral

Reconhecida, por um lado, a tese de que o compromisso pode ser dispensado, frente à existência de cláusula compromissória cheia anterior, é válido, sob a ótica prática, reconhecer também que, ainda que dispensável, a celebração voluntária do compromisso pode ser conveniente, como forma de garantir maior segurança jurídica e formalismo ao procedimento arbitral.

Ou seja, dentro da lógica simplista de que “quem pode o mais” (que no caso seria a dispensa do compromisso) “pode o menos” (que no caso seria a celebração voluntária do compromisso), a opção pela celebração do compromisso elimina riscos de discussão formal da arbitragem, ainda mais pelo fato de que, como visto, existe corrente doutrinária e jurisprudencial que entende essencial o compromisso arbitral, de modo que, frente a determinados juízes, a inexistência do compromisso pode levar a discussões formais que comprometem toda a arbitragem.

Mesmo os mais ardorosos defensores da tese da dispensabilidade do compromisso arbitral reconhecem as conveniências de sua celebração espontânea. Nesse sentido, o professor Carmona (2004, p. 133) argumenta que

(...) é bem verdade que, sendo possível – e apenas para evitar controvérsias – convém que as partes firmem compromisso, pois não só resolverão o problema de indicação dos árbitros como também disciplinarão outras questões relevantes do processo arbitral.

Logo, a celebração voluntária do compromisso, quando da instituição da arbitragem, ainda que tal medida não seja obrigatória, revela-se como cautela apta a solucionar eventuais dúvidas e lacunas, ao mesmo tempo em que confere ainda mais força e segurança à arbitragem, visto que as partes, já suficientemente vinculadas pela cláusula arbitral, ainda reiteram a disposição em participar da arbitragem mediante celebração voluntária do compromisso.

4.1.5 Tratamento jurisprudencial da questão

A jurisprudência tem reconhecido e aceito a tese de que, para a vinculação das partes à arbitragem, basta a existência de cláusula compromissória cheia, sendo desnecessária a celebração posterior de compromisso arbitral, bem como da ação de instituição de arbitragem (que seria reservada às hipóteses de cláusula vazia).

Nesse sentido, Rodrigo Garcia da Fonseca, em artigo veiculado na Revista de Arbitragem e Mediação (FONSECA, p. 22-24), menciona julgados favoráveis a esse entendimento, dos quais ressalto a referência à Sentença Estrangeira Contestada 1.210-EX, pela qual o STJ reiterou que:

(...) as duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado.

Fernando da Fonseca Gajardoni (p. 56), também em estudo jurisprudencial sobre a arbitragem, e analisando especificamente a questão da instituição do procedimento, aponta diversas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo em que se reconheceu que, existindo cláusula cheia, é desnecessária a propositura da ação de instituição de arbitragem, mesmo diante da resistência de uma das partes, de modo que a instituição far-se-á de acordo com as determinações estipuladas na cláusula.

Não obstante a jurisprudência majoritária favorável, eventualmente surgem decisões em sentido contrário, como se verificou em determinado momento processual do caso Inepar vs. Itiquira, no qual decisão do Tribunal de Justiça do Paraná entendeu obrigatória a celebração do compromisso arbitral, mesmo diante da existência de cláusula cheia²⁷, em caso que ganhou destaque nos meios jurídicos, frente à surpresa que tal posicionamento gerou.

4.2. Análise da aplicabilidade da convenção de arbitragem às relações de consumo

Em se tratando de contrato de consumo, tem se admitido o uso de arbitragem. Entretanto, existe nesse campo uma restrição quanto às formas de convenção de arbitragem, visto que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, VII, veda a estipulação de cláusula contratual, em relações de consumo, que determinem a utilização compulsória de arbitragem.

Buscou referido dispositivo proteger o consumidor de eventual imposição do fornecedor quanto à escolha da arbitragem, e para tanto determinou que a cláusula compromissória é nula em contrato de consumo. Entretanto, a proteção se limita a impedir a imposição da cláusula, não impedindo o uso da arbitragem como um todo. Logo, a arbitragem é permitida para solucionar litígios decorrentes de relações de consumo, mas a convenção de arbitragem deverá se dar, obrigatoriamente, após o surgimento do litígio, por meio da celebração de compromisso arbitral (contra o qual não existe qualquer vedação ou restrição no campo consumerista).

Portanto, em síntese, é admissível a arbitragem no campo do direito do consumidor, mas esta é condicionada à aceitação, pelo consumidor, após a existência do litígio, mediante celebração de compromisso arbitral (visto que é vedada a contratação prévia, via cláusula compromissória).

4.3 Análise da aplicabilidade da convenção de arbitragem às questões trabalhistas individuais

O debate acerca da possibilidade de uso da arbitragem para apreciar litígios que envolvam direitos trabalhistas individuais é tema permanente de discussões, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial, sem que ainda exista atualmente uma posição pacificada. Dada a indefinição quanto à possibilidade de uso do instituto da arbitragem como um todo a essas questões, igualmente não é possível avaliar, com plena certeza e segurança, os aspectos que envolvem cada uma das formas de convenção de arbitragem no contexto das relações trabalhistas.

Independente dessa indefinição, observamos, a partir da análise dos debates propostos acerca do tema, alguns aspectos que parecem incompatibilizar a legislação arbitral brasileira e o direito do trabalho, no que tange a questões individuais, em razão de três aspectos principais.

(i) Inicialmente, existe uma aparente incompatibilidade em relação ao objeto do litígio, dado que a arbitragem só é permitida quando envolva direitos patrimoniais disponíveis, o que não parece ser o caso dos direitos trabalhistas no Brasil. Nesse sentido, observe-se o posicionamento contido em decisão unânime da 6ª Turma do TST (RR - 2253/2003-009-05-00), publicada em 15/05/2009, manifestando o entendimento de que:

(...)no direito do trabalho não há como se entender compatível a arbitragem, pela inserção no contrato de trabalho da cláusula compromissória, ou pelo compromisso arbitral posterior ao fim da relação contratual, com o fim de solucionar o conflito decorrente da relação de emprego, visto que a essência do instituto é a disponibilidade dos direitos que as partes pretendem submeter, conforme art. 1º da Lei da Arbitragem.

Embora tal decisão não tenha o condão de pacificar o tema, ela demonstrou uma possível tendência. Isso porque, após uma surpreendente decisão da 7ª Turma do TST, em outubro de 2008, reconhecendo a arbitragem para dissídios individuais, que sugeriu uma possível aceitação do tema pelo tribunal superior, diversas decisões posteriores tem reiterado posição inversa, na linha com a decisão acima mencionada.

Prevalecendo tal entendimento, ambas as formas de convenção de arbitragem seriam inaceitáveis, em se tratando de dissídios individuais, como inclusive constou expressamente da decisão acima transcrita, ao fazer referência expressa tanto à cláusula arbitral quanto ao compromisso.

(ii) Um segundo ponto de análise envolve o aspecto da contratação da arbitragem, em razão do caráter de hipossuficiência do empregado perante o empregador. Frente ao desequilíbrio de forças entre as partes, não parece admissível a inserção de cláusula compromissória em contrato de trabalho. Seria essa situação semelhante à do consumidor, frente à qual o CDC vedou por completo a estipulação compulsória de arbitragem. Por existir na relação de emprego situação equivalente, e em se tratando de contrato de adesão (aplicável o parágrafo 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem), ainda que se aceitasse a arbitragem para a matéria, ela ficaria condicionada à concordância do aderente à instituição do procedimento, de modo que a cláusula não pode ser admitida nessas situações.

(iii) O terceiro aspecto a ser observado é a questão das regras de mérito aplicáveis na solução do conflito. De um lado, a legislação trabalhista adota nítido caráter protecionista em favor do empregado. Por outro lado, a Lei de Arbitragem, por envolver direito efetivamente disponível, admite às partes a livre escolha das regras materiais (vide

¹⁸ Interessante observar, como forma de evidenciar as divergências entre as correntes de pensamento, a nota nº 61, constante às fls. 133 do livro *Arbitragem e Processo*, em que Carlos Alberto Carmona argumenta expressamente a discordância em relação ao posicionamento adotado por J. E. Carreira Alvim.

artigo 2o), permitindo inclusive a utilização de leis estrangeiras e, em caso extremo, o julgamento por equidade pelo árbitro. Diante dessas duas realidades, parece inviável compatibilizar o julgamento de uma questão trabalhista, no contexto protecionista brasileiro, com a ampla liberdade atribuída pelo artigo 2o à arbitragem, o que fortalece o entendimento da impossibilidade de uso da arbitragem para solucionar litígios trabalhistas individuais.

Além de tais aspectos, existe também a problemática de que, caso se admitisse ao empregador a estipulação de cláusula arbitral em contratos de trabalho, surgiriam riscos potenciais de conflito de interesse nos procedimentos administrados por câmaras escolhidas exclusivamente pelo empregador. Ou seja, embora tal aspecto não possa ser tomado como um impeditivo à prática, é sem dúvida tema para reflexão (lembrando que, no campo do Direito do Consumidor, diante de risco semelhante, tal risco foi combatido mediante a vedação à estipulação prévia unilateral pelo fornecedor).

Em conclusão, não obstante os renomados autores que admitem o uso da arbitragem no campo trabalhista, parece-nos, pelas razões acima, que na atual realidade brasileira a arbitragem não se compatibiliza plenamente com as questões trabalhistas individuais.

5 Conclusão

O instituto da arbitragem, embora previsto há muito tempo no Brasil, voltou a ganhar prestígio com o surgimento da atual Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Como decorrência da nova legislação, a arbitragem voltou a ser utilizada na prática, bem como voltou a ser objeto de estudos e debates.

Contudo, mesmo passados muitos anos da criação da referida lei, ainda hoje persistem questões controversas e polêmicas relativas ao uso da arbitragem. Nesse contexto, o presente trabalho pretendeu analisar, de maneira profunda, um dos temas principais relacionados ao instituto da arbitragem, que é a convenção de arbitragem, aspecto obrigatório e essencial aos procedimentos arbitrais, pois é o elemento que vincula as partes ao procedimento.

Para tratar do referido tema, o trabalho se propôs a, inicialmente, apresentar as duas formas de convenção, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, demonstrando suas características e o regime jurídico aplicável. Tal análise se fez necessária para permitir, em um segundo momento, enfrentar algumas das principais questões polêmicas que envolvem esse instituto, quais sejam: a necessidade de existência de compromisso arbitral nos procedimentos arbitrais (avaliando as correntes doutrinárias e a aplicação jurisprudencial do tema); a questão da possibilidade de uso da arbitragem em matéria de Direito do Consumidor; e, por fim, o debate sobre a possibilidade

ou não de uso da arbitragem em questões envolvendo Direito do Trabalho individual.

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. Comentários à Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem - Lei 9.307/96. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia. A arbitragem na Jurisprudência recente do STJ. in Revista de Arbitragem e Mediação, v. 19.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. in Revista do Advogado (AASP), v. 87.

GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LEME, Selma M. Ferreira. Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções, in Revista do Advogado (AASP), v. 87.

_____. Arbitragem e direito do consumo. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri19.pdf>. Acesso em 21 mai 2012>.

_____. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri32.pdf>. Acesso em 21 mai 2012.

SANTOS, Maurício Gomm. Brazil swimming against the tide, in Revista de Arbitragem e Mediação, v. 17.