

**CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS PATOLÓGICAS:
A INTERPRETAÇÃO DA VONTADE DAS PARTES NO DIREITO ARBITRAL**

Rio de Janeiro

2016

**CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS PATOLÓGICAS:
A INTERPRETAÇÃO DA VONTADE DAS PARTES NO DIREITO ARBITRAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Rio de Janeiro
2016

RESUMO

O presente trabalho busca verificar os desdobramentos da má redação de cláusulas compromissórias na operacionalização do procedimento arbitral, bem como propor medidas preventivas para garantir a eficácia da convenção de arbitragem e possíveis remédios para mitigar os efeitos das chamadas “cláusulas patológicas”. Para tanto, o autor faz uma detida análise dos elementos formativos da cláusula compromissória e dos prejuízos que a ausência de um ou mais desses elementos pode acarretar à boa condução do procedimento arbitral. Para melhor ilustrar tais impactos, são analisados sete casos nos quais a má redação da cláusula compromissória se mostrou problemática tanto na etapa pré-arbitral quanto durante o procedimento e, posteriormente, na fase de execução da sentença arbitral perante o Poder Judiciário. Em um segundo momento, mapeadas as deficiências mais recorrentes na redação das cláusulas compromissórias, busca-se enfrentá-las à luz dos princípios interpretativos propostos por Frédéric Eisemann em sua obra *La clause d'arbitrage pathologique*, além dos princípios gerais da arbitragem, regras de competência interna e, em se tratando de arbitragem internacional, normas de direito internacional que regulam o conflito das leis no espaço. A análise considera, ainda, em que medida a vontade das partes signatárias de uma cláusula compromissória patológica pode ser interpretada pelo Tribunal Arbitral ou pelo Poder Judiciário na busca pela preservação do espírito e da finalidade da convenção de arbitragem.

Palavras-chave: arbitragem – cláusula compromissória – cláusula compromissória patológica – princípios interpretativos – direito internacional privado – autonomia da vontade das partes

ABSTRACT

This study aims to verify the ramifications of the poor drafting of arbitration clauses in the operationalization of arbitral proceedings, and propose preventive measures to ensure the effectiveness of the arbitration agreement as well as potential remedies to mitigate the effects of the so-called "pathological clauses". Therefore, the author analyses meticulously the formative elements of the arbitration clause and the damages that the absence of one or more of these formative elements can cause to the proper conduct of arbitral proceedings. To better illustrate these impacts, seven cases are analysed in which the poor drafting of the arbitration clause proved to be problematic both in pre-arbitration stages, during the procedure or later in the enforcement of the award before a court. By mapping the most frequent pitfalls in the drafting of arbitration clauses, the study seeks to address them in the light of the interpretative principles proposed by Frédéric Eisemann in his work *La clause d'arbitrage pathologique*, in addition to the general principles of arbitration, the rules of internal competence and, in dealing with international arbitration, the provisions of international law that governs the conflict of laws in space. The analysis also considers to what extent the will of the parties to a pathological arbitration clause can be interpreted by the Arbitral Tribunal or by a State Court in the pursuit to preserve the spirit and purpose of the arbitration agreement.

Keywords: arbitration – arbitration clause – pathological arbitration clause – interpretative principles – private international law – party autonomy

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A AUTONOMIA PRIVADA COMO NASCEDOURO DA ARBITRAGEM	12
2.1	BREVE HISTÓRICO.....	13
2.2	A RUPTURA DO MONOPÓLIO JURISDICIONAL ESTATAL.....	15
2.3	NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM.....	16
2.3.1	A ARBITRAGEM COMO “CRIATURA” DE CONTRATO.....	16
2.3.2	O INAFASTÁVEL COMPONENTE JURISDICIONAL.....	17
2.3.3	TEORIA HÍBRIDA OU SINCRÉTICA.....	18
2.3.4	TEORIA AUTÔNOMA.....	18
2.4	PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM.....	19
2.5	O DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL.....	27
3	A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	31
3.1	CONCEITO.....	31
3.2	A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL.....	34
3.2.1	EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	35
3.2.1.1	CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA OU COMPLETA.....	37
3.2.1.2	CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VAZIA OU EM BRANCO.....	37
3.2.2	FORMAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	38
3.2.2.1	CONSENTIMENTO DAS PARTES.....	39
3.2.2.2	ESCOPO DA CLÁUSULA.....	41
3.2.2.3	ARBITRABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA.....	42
3.2.2.4	ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AO PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	44
3.2.2.5	ESCOLHA DA SEDE DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	45
3.2.2.6	ARBITRAGEM INSTITUCIONAL E <i>AD HOC</i>	46
3.2.2.7	ESCOLHA DO ÁRBITROS.....	47
3.2.2.8	IDIOMA.....	49
3.2.2.9	DEMAIS DISPOSIÇÕES PROCEDIMENTAIS.....	49
4	CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS PATOLÓGICAS	51
4.1	CONCEITO.....	52
4.2	AS QUATRO FUNÇÕES ESSENCIAIS DE FRÉDÉRIC EISEMANN.....	53
4.3	NÍVEIS DE PATOLOGIA: CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS SANÁVEIS E CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS “HIPERPATOLÓGICAS”.....	54

4.4	JOGO DOS 7 ERROS: EXEMPLOS DE PATOLOGIAS RECORRENTES	58
4.4.1	CLÁUSULA NÃO VINCULATIVA	59
4.4.2	IMPRECISÃO OU OMISSÃO NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL	61
4.4.3	CLÁUSULA ESCALONADA PATOLÓGICA (<i>MULTI-TIERED</i>)	64
4.4.4	IMPRECISÃO OU OMISSÃO NA INDICAÇÃO DOS ÁRBITROS	66
4.4.5	ERRO MATERIAL NA INDICAÇÃO DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL	68
4.4.6	CLÁUSULAS CONFLITANTES EM CONTRATOS RELACIONADOS	70
4.4.7	CLÁUSULAS AMBÍGUAS OU CONTRADITÓRIAS	73
4.5	INTERVENÇÃO ESTATAL OU JURISDIÇÃO ARBITRAL?	75
4.6	A INTERPRETAÇÃO DA VONTADE DAS PARTES COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	78
4.6.1	PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	79
4.6.2	PRINCÍPIO DO EFEITO ÚTIL (OU EFETIVA INTERPRETAÇÃO)	81
4.6.3	PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO <i>CONTRA PROFERENTEM</i>	81
4.6.4	PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA	83
4.6.5	PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO <i>PRO-VALIDATE</i>	84
5	CONCLUSÃO	84
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87
7	ANEXO I – PRECEDENTES ANALISADOS	

1 INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento, a arbitragem comercial é calcada na autonomia privada¹, o que autoriza às partes disciplinarem – no limite da lei e da ordem pública – cada um dos aspectos do procedimento arbitral. A primeira, e talvez a mais importante das manifestações da autonomia privada na arbitragem é o momento da redação da cláusula compromissória. Nesse ponto, as partes contratantes têm a oportunidade de, conjuntamente, desenhar a estrutura da arbitragem que se instaurará para a resolução de eventuais litígios no âmbito daquela relação obrigacional.

A redação da cláusula compromissória pressupõe a observância de alguns requisitos essenciais de forma e conteúdo, cuja finalidade é garantir sua exequibilidade e, por conseguinte, a operacionalização do procedimento arbitral de maneira autônoma, isto é, sem a intervenção do poder judiciário ou do tribunal arbitral. Não obstante esses requisitos essenciais, a cláusula compromissória pode, literalmente, conter incontáveis combinações de disposições e regramentos, disciplinando desde elementos cruciais como a lei aplicável ao procedimento, até os mais esotéricos como o tempo mínimo de profissão do árbitro indicado.

Diante disso, é preciso ter cautela para que a cláusula compromissória não seja maculada nem por regramento excessivo e nem por omissão redacional, já que ambas as deficiências – em maior ou menor medida – podem torná-la inexecutável. Nesse sentido, importante ressaltar que não existe um “modelo ideal” de cláusula compromissória, muito menos um modelo que atenda a todo o tipo de relação contratual. Necessário, portanto, que a cláusula compromissória seja redigida sob medida, levando sempre em consideração quais disposições contratuais são mais propensas a causarem eventuais litígios, o tipo de relacionamento estabelecido entre as partes e as leis aplicáveis.

Depreende-se da prática contratual que a cláusula compromissória é usualmente uma das últimas disposições negociadas entre as partes² – após inclusas as cláusulas atinentes à execução do objeto do contrato – e, por conta disso, opta-se frequentemente pela inserção de cláusulas “padrão” ou confere-se à parte com maior poder de barganha a atribuição de ditar o qual será seu conteúdo.

¹ VAN DEN BERG, Albert jan (ed.). ICCA Congress Series nº 9, 1998, Paris. Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 114

² POUURET, Jean-François. BESSON, Sébastien. Comparative Law of International Arbitration. Thomson & Schulthess. 2007. p. 123.

Para bem redigir uma cláusula compromissória, é preciso ter em mente quais elementos são de fato essenciais e quais são meramente optativos (ou até mesmo indesejados). Muito além do contrato no qual se insere a cláusula compromissória, as partes devem ter uma visão macro do negócio, atentando principalmente para contratos celebrados anteriormente que possam de alguma forma guardar relação com a relação contratual que se está pactuando.

Não raro as companhias de grande porte celebram dezenas de contratos relacionados com o objetivo de viabilizar a realização de um único projeto (ex. contrato de empreitada, contrato de distribuição, contrato de *know-how*, contrato de prestação de serviços e etc.). Cada um desses contratos envolve diferentes cláusulas de resolução de conflitos, o que por si só constitui potencial óbice para a instauração do procedimento arbitral em caso de litígio, razão pela qual é recomendada a inserção de cláusulas quando não iguais, ao menos compatíveis entre si³.

A inobservância das particularidades de cada relação contratual é o que dá causa ao surgimento das chamadas “cláusulas compromissórias patológicas”, que nada mais são do que inconsistências ou omissões que se convertem em obstáculos para a regular instauração da arbitragem. Contudo, ainda que patológicas, tais disposições, em sua maioria, indicam a vontade das partes de submeterem suas controvérsias a um juízo arbitral e tal fato não pode ser ignorado. Nas palavras de SELMA LEMES⁴ mesmo as cláusulas patológicas “*podem prosperar no sentido de instituir a arbitragem, desde que em consonância com a vontade das partes em elegê-la*”.

Em função da natureza consensual da arbitragem, a “cura” para as cláusulas compromissórias patológicas, ao menos em um primeiro momento, cabe às próprias partes, mediante a celebração de aditamento ou acordo posterior, desde que haja o interesse mútuo em fazê-lo, obviamente. Em não havendo interesse de uma das partes na instauração da arbitragem, só resta à parte requerente buscar a tutela do juízo arbitral ou estatal, cuja competência para a resolução da questão preliminar decorrerá da situação fática.

Fato é que o surgimento de disputas preliminares relacionadas à existência e validade da cláusula compromissória gera para as partes prejuízos incalculáveis, tanto do ponto de

³ KAUFMANN-KÖHLER, Gabrielle. RIGOZZI. Antonio. International Arbitration: Law and Practice in Switzerland. Oxford University Press. 2015. p.135.

⁴ LEMES. Selma Ferreira. Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes. Reflexões sobre Arbitragem, In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo, LTr, 2002, p. 22.

vista econômico quanto em relação a duração do procedimento⁵. Perde-se, com isso, alguns dos principais atrativos da resolução de conflitos por meio de arbitragem comercial: a eficiência na prestação jurisdicional e a celeridade na obtenção de uma sentença.

A escolha do tema em questão se justifica em virtude de sua relevância e atualidade tanto na seara contratual quanto na arbitral. A perenidade do problema apresentado e seus evidentes desdobramentos práticos reforçam a necessidade de um trabalho que não funcione apenas como mero levantamento empírico, mas também como manual para o interlocutor que deseja se prevenir das armadilhas que a redação de cláusulas compromissórias reserva. Justamente esse o objetivo do autor (e perdoe-se a sua pretensão).

Para tanto, o presente trabalho foi dividido essencialmente em três partes: a primeira delas dedicada à conceituação da arbitragem, seus princípios norteadores e sua evolução histórica no Brasil e no mundo; a segunda parte dedicada à convenção de arbitragem suas subespécies, efeitos e elementos formativos; e o terceiro e último dedicado inteiramente às cláusulas compromissórias patológicas suas espécies, níveis, exemplos de patologias recorrentes e remédios cabíveis.

Por fim, cumpre mencionar que o presente trabalho não pretende, de forma alguma, esgotar o tema ora tratado, mas tão somente problematiza-lo através do confronto entre os elementos considerados essenciais a toda cláusula compromissória e dos casos práticos analisados, nos quais tais elementos foram, em alguma medida, negligenciados pelas partes, dando causa a conflitos.

⁵ VAN DEN BERG, Albert jan (ed.). ICCA Congress Series nº 9, 1998, Paris. Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 255

2 A AUTONOMIA PRIVADA COMO NASCEDOURO DA ARBITRAGEM

Na seara do Direito Civil, a autonomia privada consiste no poder que é dado a cada indivíduo para regular as suas próprias ações⁶, ficando a cargo do ordenamento jurídico o papel de fixar as regras gerais que nortearão, indistintamente, cada uma dessas condutas particulares. A autonomia privada está, portanto, diretamente relacionada ao conceito de liberdade negativa e à faculdade de agir licitamente, segundo a qual o que não é proibido é permitido (do latim *Permittitur quod non prohibetur*).

O conceito de liberdade negativa foi originalmente introduzido pelo filósofo inglês THOMAS HOBBS em sua obra “Leviatã”. Em trecho do capítulo XXI, intitulado “Liberdade dos súditos”, Hobbes define o homem livre como aquele que “*naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer*”⁷. Em outras palavras, entende-se a liberdade não como uma conduta positiva, mas sim como um produto da não intervenção estatal.

Com efeito, a Constituição de 1988 alça a autonomia privada à categoria de princípio constitucional em seu art. 5º, II: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, em clara aplicação do princípio da legalidade às relações privadas. A autonomia privada funciona, portanto, como verdadeiro poder jurídico particular, através do qual se pode criar, transformar e extinguir obrigações.

É possível afirmar que a autonomia privada permeia o direito arbitral desde o seu nascedouro, na medida em que constitui elemento necessário para o afastamento da jurisdição estatal, conferindo às partes liberdade para escolher as leis aplicáveis (procedimentais e substantivas), o local da sede da arbitragem, os árbitros que integrarão o tribunal arbitral e quaisquer outras disposições procedimentais.

PEDRO BATISTA MARTINS afirma que a autonomia privada é a “espinha dorsal” da arbitragem, uma vez que a possibilidade de autodeterminação no acesso à justiça foi o que propiciou, em primeiro lugar, a resolução de conflitos sem a intervenção estatal⁸.

⁶ NEVES, José Roberto de Castro. Direito das Obrigações. 4. Ed. 2004. p. 61.

⁷ HOBBS, Thomas. Leviatã (ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil). 1651, p. 73.

⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no Direito Societário. São Paulo. Quartier Latin, 2012, p. 34.

Conforme se demonstrará a seguir, o surgimento da autonomia privada está atrelado a diversos eventos e fatores de natureza econômica, política e moral, que contribuíram para seu desenvolvimento e posterior consolidação como princípio do direito. Para melhor compreensão de sua origem e função, faz-se necessária a devida contextualização histórica.

2.1 BREVE HISTÓRICO

Conforme mencionado, a autonomia privada constitui elemento intrínseco ao instituto da arbitragem e, justamente por isso, suas origens se confundem em diversos momentos da história. Tanto a autonomia privada quanto a arbitragem parecem ter evoluído de maneira instável e cíclica até a sua consolidação no século XVIII, isso porque diretamente afetadas pela intervenção do Estado nas relações privadas. Ora eram suprimidas em detrimento de um maior dirigismo estatal, ora incentivadas como manifestação do antropocentrismo.

Dentre as primeiras expressões da autonomia privada no âmbito jurídico está a disciplina da *lex privata*, consagrada pelo Direito Romano como expressão do Direito privado. A *lex privata* exercia o papel de reguladora dos negócios particulares, através dos quais declarantes e destinatários dispunham de algo de sua propriedade⁹.

No entanto, o pleno exercício das liberdades individuais em oposição ao dirigismo estatal só ganhou fôlego a partir da disseminação do individualismo, corrente filosófica capitaneada por LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU. Posteriormente, o individualismo deixou o campo teórico, resultando no movimento cultural intitulado iluminismo, cuja finalidade era reposicionar a figura do homem na sociedade, trazendo o pensamento científico para o centro do poder.

Ao descrever o movimento iluminista, IMMANUEL KANT¹⁰, importante precursor da autonomia privada, citou célebre frase do poeta romano HORÁCIO “*Dimidium facti, qui coepit, habet; sapere aude, incipe!*” (Aquele que começou já está na metade do caminho, ouse saber, comece!).

⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – Perspectivas estrutural e funcional. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, Vol. 2, p. 588.

¹⁰ KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: O que é esclarecimento? Originalmente publicado em 05/12/1783. Traduzido para o português por Luiz Paulo Rouanet.

Esclarecimento (Aufklärung) significa a saída do homem de sua minoridade, pela qual ele próprio é responsável. A minoridade é a incapacidade de se servir de seu próprio entendimento sem a tutela de um outro. É a si próprio que se deve atribuir essa minoridade, uma vez que ela não resulta da falta de entendimento, mas da falta de resolução e de coragem necessárias para utilizar seu entendimento sem a tutela de outro. *Sapere aude!* Tenha a coragem de te servir de teu próprio entendimento, tal é, portanto, a divisa do esclarecimento

A autonomia privada se consolida, portanto, como produto de processos políticos e econômicos ocorridos na Europa no século XVIII. Passado o momento de transição dos regimes dinásticos e autoritários para uma sociedade antropocentrista, naturalmente houve uma sofisticação das bases políticas do Estado e, por conseguinte, um fortalecimento do Direito.

Com isso, a autonomia privada perdeu seu protagonismo, deixando de ser classificada como um Direito objetivo e passando a ocupar o lugar de princípio geral do Direito. Nesse ponto, a despeito do reconhecimento da autonomia privada como direito subjetivo, o interesse social e a justiça passaram a prevalecer sobre as liberdades individuais.

Especialmente no decorrer do século XX, o individualismo liberal cedeu espaço a um maior intervencionismo estatal, o que em conjunto com os ideais de justiça social perseguidos àquela época, deu origem ao chamado “dirigismo contratual”, sob a égide do qual vivemos até os dias atuais. Segundo ARNOLDO WALD *“As ideias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o Direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente mais fracos”*¹¹.

Importa dizer que o fato de o Código Civil recepcionar o dirigismo contratual não implica na superação do princípio da autonomia privada, mas tão somente impõe limitações com o objetivo de harmonizar as relações de direito privado com o interesse público.

¹¹ WALD, Arnaldo. O Contrato: Passado, Presente e Futuro. Revista Cidadania e Justiça. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, ano 4, n°8, 2000. p.44.

2.2 A RUPTURA DO MONOPÓLIO JURISDICIONAL ESTATAL

Há quem sugira que a arbitragem era tão difundida na Grécia Antiga que se encontram registros até mesmo na Mitologia Grega¹². Paris, filho de Príamo e Hécuba, teria atuado como árbitro em disputa entre Atena e Afrodite pela posse da maçã de ouro, destinada à mulher mais bela. A arbitragem é mencionada, ainda, nos poemas de HOMERO, através da figura do árbitro *Istor*, que em grego antigo significa “aquele que vê” ou “aquele que sabe”¹³.

É impossível, no entanto, estabelecer com precisão quando teria surgido a arbitragem, vez que sua origem se confunde até mesmo com as origens da própria lei¹⁴. Sabe-se que, além dos Gregos, os Romanos e Egípcios também faziam uso de métodos de resolução de disputas análogos ao que entendemos por arbitragem nos dias de hoje. Segundo PEDRO BATISTA MARTINS¹⁵, pode-se afirmar que a arbitragem é até mesmo anterior ao Direito positivo e à justiça estatal.

Mais adiante, a partir do século XI, com a intensificação das relações comerciais entre os povos, a arbitragem ganha novo impulso pelas mãos dos comerciantes, que tentavam a todo custo se esquivar da aplicação de normas jurídicas estrangeiras e, para tanto, recorriam à arbitragem para solucionar suas contendas comerciais com base nos usos, costumes e práticas do comércio (*lex mercatoria*)¹⁶.

No último século, a arbitragem tem se consolidado como o melhor e mais eficaz método alternativo de resolução de controvérsias, sobretudo no que tange às disputas transnacionais. Em recente pesquisa conduzida pela *Queen Mary University of London*¹⁷ para investigar a popularidade da arbitragem entre seus usuários e potenciais usuários, ficou demonstrado que 90% (noventa por cento) dos consultados elegeu a arbitragem como o melhor mecanismo de resolução de disputas.

¹² CRETILLA NETO, José. Curso de Arbitragem. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 7.

¹³ HOMERO. *Ilíada*, Canto XIII, verso 486. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/iliadap.pdf>

¹⁴ WOLAVER, Earl S. The historical background of commercial arbitration. 1934. Disponível em http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8693&context=penn_law_review

¹⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no Direito Societário. 1. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2012. pp. 35.

¹⁶ GÜÇER, Sülün. Lex Mercatoria in International Arbitration. Ankara, Ankara Bar Review, 2009. Disponível em: <http://www.ankarabaru.org.tr/siteiler/ankarabarreview/tekmakale/2009-1/4.pdf>

¹⁷ Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>

2.3. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

A natureza jurídica da arbitragem suscita debates intensos por parte da doutrina até os dias de hoje. Desse debate surgiram quatro principais teorias que caracterizam a natureza jurídica da arbitragem, são elas (i) teoria jurisdicional; (ii) teoria contratual; (iii) teoria híbrida ou sincrética; e (iv) teoria autônoma.

Cada uma delas se propõe a determinar sob qual prisma a arbitragem será tratada pelos diferentes ordenamentos jurídicos, o que de certa forma traz à tona debates relacionados à soberania e ordem pública. Importante mencionar que nenhuma das quatro teorias acima é suportada de forma unânime pela doutrina ou jurisprudência.

2.3.1 A ARBITRAGEM COMO “CRIATURA” DE CONTRATO

A primeira teoria sobre a qual iremos nos debruçar pressupõe que a arbitragem tem um caráter eminentemente contratual, isto é, decorre e depende exclusivamente do consentimento das partes. Os adeptos dessa corrente rejeitam por completo a ideia de que o procedimento arbitral de alguma forma estaria relacionado com os sistemas legais que gravitam ao redor da arbitragem (lei da sede do Tribunal Arbitral, lei do domicílio das partes e etc.).

À luz da teoria contratual, todos os aspectos relacionados à arbitragem devem ser livremente pactuados pelas partes, sem que seja admitida nenhuma interferência, seja pelo critério geográfico (sede da arbitragem), seja pelas disposições legais dos países nos quais as partes residem (a menos que assim expressamente convencionado na convenção de arbitragem).

A teoria contratual preconiza o *pacta sunt servanda*, princípio já consagrado no Direito brasileiro, também chamado de princípio da obrigatoriedade dos contratos, que, em apertada síntese, consiste na regra de que o contrato se torna “lei” entre as partes, desde que celebrado em conformidade com as normas e princípios aplicáveis¹⁸.

De acordo com a teoria contratual, tanto a convenção de arbitragem quanto a sentença arbitral refletem o caráter contratual da arbitragem, portanto, se houver consenso para

¹⁸ GOMES, Orlando. Contratos, 7ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 40.

submeter uma controvérsia à arbitragem, nenhum Estado terá qualquer tipo de ingerência durante o procedimento ou após a prolação da sentença arbitral¹⁹.

A principal crítica acerca dessa corrente doutrinária consiste no fato de que, por mais que se tente desvincular o procedimento arbitral da jurisdição estatal, não se pode olvidar que o Estado, queira ou não, exerce papel importante não só na execução forçada da sentença arbitral, mas também em etapas anteriores do procedimento, quando se faz necessário o uso do poder coercitivo conferido aos juízes estatais. Dessa forma, não me parece ser a teoria contratual a mais acertada para refletir com completude a natureza jurídica da arbitragem.

2.3.2 O INAFASTÁVEL COMPONENTE JURISDICIONAL

Militantes da teoria jurisdicional acreditam que a atuação do árbitro durante o procedimento decorre da lei do local (*lex loci*) e que o próprio árbitro exerceria verdadeira jurisdição a ele concedida pelo Estado. A principal premissa da teoria jurisdicional é de que a lei da sede do procedimento arbitral prevalece sobre qualquer disposição contratada pelas partes.

Nesse ponto, de acordo com os jurisdicionalistas, os tribunais estatais teriam competência para “fiscalizar” os atos do árbitro, atuando como instância revisora e, por conseguinte, exercendo função pública similar à do juiz de direito. Essa teoria se mostra, dessa forma, excessivamente apegada ao conceito de soberania da jurisdição estatal.

Assim como a teoria contratual, a teoria jurisdicional sofre pesadas críticas da doutrina, na medida em que descaracteriza o instituto da arbitragem ao submetê-lo ao jugo do Estado, tal qual a justiça comum. Ademais, sob essa ótica, como se explicaria então a figura da arbitragem por equidade (que apesar de não se submeter a nenhum sistema legal é plenamente válida desde que as partes assim concordem)?²⁰

Desta forma, também não parece ser esta a teoria mais adequada a devidamente caracterizar a natureza jurídica da arbitragem.

¹⁹ LEW, Julian D.M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan Michael. Comparative International Commercial Arbitration. 1. ed. The Hague, Kluwer International, 2003. pp. 84.

²⁰ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. FONTES, André Ricardo da Cruz. A Teoria Autonomista da Arbitragem. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, Vol. 1, 2014, p.668.

2.3.3 TEORIA HÍBRIDA OU SINCRÉTICA

A teoria híbrida ou sincrética, criada por SAUSER-HALL em 1952²¹, conjuga elementos das duas teorias elencadas anteriormente (contratual e jurisdicional), de forma que a celebração da convenção de arbitragem é tida como elemento contratual, enquanto que a sentença arbitral é revestida de caráter jurisdicional, uma vez que a lei cumpre importante papel em sua validação e execução.

Entende-se, ainda, que o árbitro exerceria uma espécie de jurisdição quase-judicial, sem, no entanto, receber do Estado a jurisdição, conforme preconizado pela teoria jurisdicional. Na teoria híbrida (ou mista, ou, ainda, sincrética) tanto o componente jurisdicional quanto a vontade das partes são respeitados.

Apesar de parecer bastante razoável à primeira vista, a teoria mista ou sincrética, assim como as teorias contratual e jurisdicional, padece de algumas inconsistências, sendo a principal delas a necessidade de se enquadrar a arbitragem em “pública” ou “privada”, ou até mesmo em dividi-la, reduzindo o debate a uma dicotomia há muito ultrapassada em diversas áreas do direito.

2.3.4 TEORIA AUTÔNOMA

A mais recente das quatro teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem foi proposta em 1965 por JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI e consiste na ideia de que a arbitragem decorre de um regime independente e autônomo, emancipando-se, portanto, da dicotomia público-privado. RUBELLIN-DEVICHI entendeu que a natureza jurídica da arbitragem deve ser depreendida de suas peculiaridades e não necessariamente vinculada a regimes preexistentes²².

Sob a ótica de RUBELLIN-DEVICHI, a arbitragem não pode ser classificada como meramente contratual ou jurisdicional, e tampouco como uma junção dos dois. Nessa concepção, a arbitragem deve ser analisada como uma quarta via, uma construção empírica com um fim em si mesma.

²¹ LEW, Julian M.D; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 79.

²² LEW, Julian D.M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan Michael. Comparative International Commercial Arbitration. 1. ed. The Hague, Kluwer International, 2003. p. 154.

Sobre esse assunto, ANDRÉ FONTES e ANA TEREZA BASÍLIO deram sua preciosa contribuição ao debate no artigo “A teoria autonomista da arbitragem”, do qual ora transcrevo o seguinte trecho, *in verbis*²³:

“O significado do debate aqui desenvolvido é de pura natureza e não se limita a um mero enquadramento enciclopédico. Como qualquer tipo ou espécie de instituto conhecido, não se justifica retirar da arbitragem a pretensão de ser objeto de um tratamento autônomo, dela ser, ela mesma, um específico campo de estudo, sem muletas do Direito Processual ou do Direito Civil. A arbitragem não pode ser uma exceção à ideia de que também ela deveria passar pelo debate de ter uma explicação científica autônoma, de constituir objeto de um estudo próprio e específico, e não ser classificada como um saber científico ancilar, caudatário de um outro. Não se justifica que nenhuma especulação científica, divorciada das cartilhas dos estudiosos do Direito Processual e do Civil, possa existir. As importantes contribuições do pensamento jurídico no terreno arbitral, longe de serem relegadas ao esquecimento, devem ser altamente valorizadas, porque conservam a riqueza e a vitalidade do interminável debate. Serão os contrastes entre arbitragem e jurisdição, assim como arbitragem e contrato, que nos permitirão concluir pela necessidade e importância de uma autonomia própria e científica da arbitragem e de seus estudos”.

Feitas essas considerações, me filio à posição dos ilustres juristas, posto que a discussão centenária acerca do enquadramento da arbitragem em público ou privado pouco contribuiu para a resolução dos problemas enfrentados diariamente na prática arbitral. Ora, sendo a arbitragem comercial uma prática difundida em todo o mundo, não parece razoável continuar despendendo esforços na busca por uma categorização “global” para o instituto. A natureza jurídica da arbitragem depende, em grande medida, do caso concreto e das normas aplicáveis ao procedimento.

2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM

Como não poderia deixar de ser, ao instituto da arbitragem aplicam-se os chamados princípios gerais do direito, os quais se dividem em constitucionais, contratuais e processuais, além daqueles especificamente aplicáveis ao procedimento arbitral e, portanto, previstos pela Lei de Arbitragem.

Em apertada síntese, nos debruçaremos sobre os princípios de maior importância para o procedimento arbitral, sem os quais não seria possível obter uma decisão válida e exequível.

²³ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. FONTES, André Ricardo da Cruz. A Teoria Autonomista da Arbitragem. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, Vol. 1, 2014, p.669.

A. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO

O princípio da imparcialidade do árbitro é elemento essencial que garante a validade e isonomia do procedimento arbitral. De acordo com esse princípio, o árbitro deve assumir posição absolutamente imparcial, independentemente de quem tenha lhe indicado, se a parte requerente ou requerida.

A preocupação com a imparcialidade dos árbitros data de mais de três décadas, quando em 1987, com o objetivo de fomentar a isonomia nos procedimentos arbitrais, bem como a padronização internacional das regras aplicáveis ao procedimento arbitral, a International Bar Association – IBA, editou um código de conduta para árbitros, o qual viria a se converter no *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*²⁴,

Uma das maiores discussões envolvendo o conflito de interesses na seara arbitral se resume à atuação do advogado militante na área de arbitragem como árbitro e vice-versa. Sobre esse ponto, o Juiz THOMAS BUERGENTHAL, ex-membro da Corte Internacional de Justiça de Haia resumiu²⁵:

I have long believed that the practice of allowing arbitrators to serve as counsel, and counsel to serve as arbitrators, raises due process of law issues. In my view, arbitrators and counsel should be required to decide to be one or the other, and be held to the choice they have made, at least for a specific period of time. That is necessary, in my opinion, in order to ensure that an arbitrator will not be tempted, consciously or unconsciously, to seek to obtain a result in an arbitral decision that might advance the interests of a client in a case he or she is handling as counsel. [...]

These revolving-door problems – counsel selecting an arbitrator who, the next time around when the arbitrator is counsel, selects the previous counsel as arbitrator – should be avoided. *Manus manum lavat*, in other words – you scratch my back and I’ll scratch yours, does not advance the rule of law

No Brasil, a disciplina acerca das hipóteses de impedimento dos árbitros é relegada aos artigos 14 e ss. da Lei de Arbitragem “*Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes [...]*”, bem como às instituições arbitrais, que o fazem por meio de seus regulamentos.

²⁴ IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration (2014). Disponível em: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

²⁵ BUERGENTHAL, Thomas. The proliferation of disputes, dispute settlement procedures and respect for the rule of law, *Arbitration International*, 22(4) 2006, p. 495.

O parágrafo 1º do art. 14 da Lei de Arbitragem impõe aos indicados à função de árbitro o “*dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência*”, é o chamado dever de revelação do árbitro.

O referido parágrafo delimita o escopo do dever de revelação, reduzindo-o às hipóteses em que determinado fato coloque em jogo a imparcialidade e independência do árbitro para funcionar naquele procedimento específico. Preserva-se, com isso, a intimidade e a vida privada do árbitro, que poderá recusar-se a arbitrar, posto que não é seu “dever” assumir todos os encargos que lhes são oferecidos²⁶.

B. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A aplicação do princípio do contraditório no Direito arbitral pressupõe que ambas as partes devam ser tratadas de maneira equânime durante todo o procedimento arbitral, o que significa dizer que é vedado ao árbitro decidir sobre qualquer pedido de uma das partes sem franquear à outra o direito de se manifestar. Às partes devem ser oferecidas as mesmas oportunidades no que se refere à manifestação e dilação probatória.

O artigo 139, I do Novo Código de Processo Civil expressamente prevê que compete ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”, o que analogamente pode ser sustentado também no âmbito do direito arbitral. O princípio do contraditório traduz-se no binômio informação-reação, no qual a primeira, isto é, a comunicação dos atos processuais, deve ocorrer em todas as etapas do processo, e a segunda, ou seja, a manifestação das partes acerca dos atos processuais, deve ser sempre franqueada às partes, sob pena de violação ao princípio do contraditório.

Para LIEBMAN²⁷ “*a garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias*”.

²⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. Constituição e Arbitragem: dever de revelação, devido processo legal. Revista do Advogado AASP, São Paulo, Ano XXXIII, Vol. 19, 2013, p. 106.

²⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. APUD MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório?. Revista de Processo, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980, p. 111.

C. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO ÁRBITRO

Consoante este princípio, é concedido ao árbitro o poder de formar sua livre convicção quanto aos fatos objeto do procedimento arbitral, resultando na livre apreciação de todas as provas produzidas, argumentos trazidos ao Tribunal Arbitral e demais documentos que julgar convenientes para a resolução da lide.

A Lei de Arbitragem dispõe, em seu artigo 22, que o árbitro ou tribunal arbitral poderá *“tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício”*.

O Novo Código de Processo Civil em seu artigo 371 prevê que *“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”*. Novamente, tal disposição se aplica analogamente em relação à figura do árbitro.

SELMA FERREIRA LEMES²⁸ conceitua o princípio do livre convencimento do árbitro ao afirmar que a ele *“é permitido o poder de formar sua livre convicção quanto à verdade apurada no procedimento arbitral. Efetuará livre apreciação das provas produzidas, dos argumentos trazidos ao Tribunal pelas partes, bem como outras que julgar oportunas para firmar sua convicção a respeito da demanda”*

Dessa forma, assim como o juiz de direito, tem o árbitro liberdade para formar seu convencimento, no entanto, há de se notar que, se assim convencionado entre as partes, o árbitro também poderá julgar por equidade, nos termos do artigo 2º da Lei de Arbitragem.

D. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

O princípio da autonomia da vontade das partes em muito se assemelha, na origem, ao da autonomia privada, o qual já foi objeto de algumas considerações acima. No entanto, faz-se relevante a distinção proposta por AMARAL NETO²⁹:

A esfera da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia

²⁸ LEMES, Selma Ferreira. Revista dos Tribunais, Vol. 686, dezembro de 1992, p. 78.

²⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica - Perspectivas Estrutural e Funcional, Revista Inf. Legislativa 109/207, 1989.

da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação da liberdade individual no campo do direito, psicológica; autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas.

Conforme demonstrado, o procedimento arbitral decorre necessariamente de uma convergência de vontades das partes contratantes, de modo que resulte em convenção de arbitragem escrita. São duas as espécies de convenção de arbitragem: (i) cláusula compromissória, como previsão contratual de que eventuais litígios serão dirimidos pela via arbitral; e (ii) compromisso arbitral, através do qual as partes submetem disputa já existente à arbitragem.

Com efeito, não há que se falar em procedimento arbitral sem o consentimento das partes. Como se verá adiante, outros tipos de defeitos são de certa forma “contornáveis” mediante a utilização de recursos interpretativos, o que, entretanto, não ocorre caso seja constatado vício de consentimento na convenção de arbitragem.

E. PRINCÍPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ

O princípio *Kompetenz-Kompetenz* dá ao árbitro a competência para, em primeiro lugar, decidir sobre a existência de jurisdição arbitral, o que inclui a análise de qualquer tipo de objeção à existência ou validade da convenção de arbitragem por qualquer uma das partes. Portanto, compete ao próprio Tribunal Arbitral, e somente a ele, a primeira análise de questões preliminares e de admissibilidade relacionadas à convenção de arbitragem e ao contrato no âmbito do qual a convenção foi celebrada.

Largamente aceito por jurisdições ao redor do mundo, o princípio *Kompetenz-Kompetenz* encontra previsão na grande maioria das convenções internacionais que tratam de arbitragem, como é o exemplo da Convenção de Genebra de 1961³⁰ e da Convenção de Nova

³⁰ Article VI, 3 - Where either the party to an arbitration agreement has initiated arbitration proceedings before any resort is had to a court, courts of Contracting States subsequently asked to deal with the same subject-matter between the same parties or with the question whether the arbitration agreement was non-existent or null and

Iorque de 1958³¹. O princípio *Kompetenz-Kompetenz* foi consagrado também pela Lei Modelo da United Nations Commission in International Trade Law ("UNCITRAL") (art. 16)³², bem como pelas principais instituições arbitrais do mundo: Câmara de Comércio Internacional ("CCI") (art. 6, III)³³ e London Court of International Arbitration ("LCIA") (art. 23)³⁴.

A Lei de Arbitragem reconhece o princípio *Kompetenz-Kompetenz* em seu artigo 8º, §1º: “*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*”.

Cada jurisdição tem normas jurídicas específicas acerca de como se dará a intervenção do juízo estatal na arbitragem. O modelo seguido pela Lei de Arbitragem brasileira é o da

void or bad lapsed, shall stay their ruling on the arbitrator’s jurisdiction until the arbitral award is made, unless they have good and substantial reasons to the contrary.

³¹ Article II, 3 - The Courts of the Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

³² (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified. The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

³³ Caso alguma das partes contra a qual uma demanda é formulada não apresente uma resposta, ou formule uma ou mais objeções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem ou quanto à possibilidade de todas as demandas apresentadas serem decididas em uma única arbitragem, a arbitragem deverá prosseguir e toda e qualquer questão relativa à jurisdição ou à possibilidade de as demandas serem decididas em conjunto em uma única arbitragem deverá ser decidida diretamente pelo tribunal arbitral, a menos que o Secretário Geral submeta tal questão à decisão da Corte de acordo com o artigo 6º(4).

³⁴ Article 23 Jurisdiction and Authority -

23.1 The Arbitral Tribunal shall have the power to rule upon its own jurisdiction and authority, including any objection to the initial or continuing existence, validity, effectiveness or scope of the Arbitration Agreement.

23.2 For that purpose, an arbitration clause which forms or was intended to form part of another agreement shall be treated as an arbitration agreement independent of that other agreement. A decision by the Arbitral Tribunal that such other agreement is non-existent, invalid or ineffective shall not entail (of itself) the non-existence, invalidity or ineffectiveness of the arbitration clause.

“prioridade dos árbitros no tempo”³⁵, isto é, o juízo *a priori* será exclusivamente dos árbitros, podendo o juízo estatal, *a posteriori*, analisar a validade e eficácia da convenção de arbitragem em sede de ação anulatória de sentença arbitral, conforme disposto no art. 32, inciso I.

Considerando que a arbitragem no Brasil é bastante recente, tendo tido sua constitucionalidade referendada pelo Supremo Tribunal Federal ("STF") há pouco mais de uma década³⁶, é natural que as questões mais complexas e controvertidas que gravitam em torno do instituto ainda sejam abordadas timidamente pelos tribunais superiores. No entanto, no que se refere à correta aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz* a jurisprudência pátria parece andar bem.

Em 19 de junho de 2013, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") proferiu importante acórdão disciplinando a aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil e, pela primeira vez, reconheceu que a análise relegada ao juízo estatal no âmbito de um procedimento arbitral é admitida em apenas um momento processual: após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem. Vejamos no trecho do acórdão da relatoria do Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO³⁷:

2. A cláusula compromissória "cheia", ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb).

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.

³⁵ COELHO, Eleonora Coelho. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil in S. M. Ferreira Lemes, C. A. Carmona e P. A. B. Martins (coord.), Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam, São Paulo, Atlas, 2007, p. 334.

³⁶ STF, SE 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/12/2001.

³⁷ *Samarco Mineração S/A v. Jerson Valadares da Cruz*. STJ, Recurso Especial nº 1.278.852-MG, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 19/06/2013.

Conclui-se, portanto, que apesar de pouco enfrentado pelos tribunais brasileiros, o princípio *Kompetenz-Kompetenz* vem sendo bem recepcionado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, o que certamente contribui para que seja alcançado o objetivo almejado pelo legislador, qual seja: a máxima autonomia e eficácia do instituto da arbitragem no Brasil.

F. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O princípio da autonomia da cláusula compromissória garante a independência da convenção de arbitragem do contrato que a contenha, garantindo a sobrevivência do favor arbitral (ou *favor arbitralis*) e, por conseguinte, garantindo a concretização da vontade das partes. Tal qual o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, o princípio da autonomia da cláusula compromissória encontra-se hoje consolidado mundialmente.

A Lei de Arbitragem dispõe sobre o princípio da autonomia da cláusula compromissória no caput de seu art. 8º “*A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória*”.

O principal objetivo desse princípio foi garantir a instrumentalidade e execução da convenção de arbitragem, desvinculando a figura da cláusula compromissória do contrato na qual ela está inserida e evitando que eventuais alegações de vícios de nulidade e invalidade no corpo do contrato pudessem ser arguidas com a finalidade de submeter a controvérsia ao jugo do Poder Judiciário.

Caso o legislador tivesse se abtido de expressamente dispor sobre o princípio da autonomia da cláusula compromissória, estaríamos diante de um panorama de verdadeira inexequibilidade da convenção arbitral em razão de eventuais vícios do negócio jurídico. Nessa linha os dizeres de ELEONORA COELHO³⁸:

Isso quer dizer que as eventuais nulidades do contrato em que a cláusula compromissória tiver sido estipulada não a contaminam num primeiro momento, ou seja, mesmo diante da alegação de nulidade do contrato e da cláusula compromissória, o litígio deverá ser submetido à arbitragem, cabendo aos árbitros decidir acerca de tal pretendida nulidade. E nem

³⁸ COELHO, Eleonora Coelho. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil *in* LESMES, S. M. Ferreira, CARMONA, C. Alberto e MARTINS, Pedro. A. Batista (coord.), Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam, São Paulo, Atlas, 2007, p. 329.

poderia ser diferente, pois, caso contrário, a arbitragem seria letra morta, eis que grande maioria dos litígios fundamentam-se em questionamentos sobre a validade dos contratos.

Nota-se, pois, que os efeitos do princípio da autonomia da cláusula compromissória possuem a mesma *ratio* do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, que é a de assegurar máxima eficácia à convenção de arbitragem além de conferir segurança jurídica àqueles que escolhem a via arbitral para a resolução de seus conflitos.

2.5 O DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem responde hoje pela resolução da grande maioria das disputas comerciais transnacionais no mundo, muito disso em decorrência da crescente globalização na área do comércio internacional e de investimentos. Para suprir tamanha demanda com qualidade e consistência, foram necessárias décadas de desenvolvimento e especialização tanto pelos profissionais militantes da área quanto pelas chamadas instituições arbitrais, que se propõem a administrar os procedimentos instaurados.

A harmonização das práticas arbitrais no último século possibilitou que advogados e árbitros oriundos de diferentes jurisdições passassem a falar uma “língua procedimental comum” em sede de arbitragem³⁹. Isso se deve, sobretudo, à elaboração dos chamados regulamentos de arbitragem, que nada mais são do que um conjunto de regras com o condão de disciplinar e padronizar procedimentos arbitrais institucionais, a exemplo do que ocorre na CCI, na American Arbitration Association ("AAA") e na LCIA.

Por óbvio, tais regras institucionais de nada servem se o Estado no qual se pretende executar a sentença arbitral não tiver o instituto da arbitragem devidamente recepcionado em seu ordenamento jurídico. A Convenção de Nova Iorque de 1959 foi uma iniciativa das Nações Unidas – através da UNCITRAL – justamente para fomentar a prática da arbitragem e estabelecer diretrizes internacionais comuns.

Ainda com a finalidade de estabelecer *standards* para a prática arbitral, a UNCITRAL elaborou, no ano de 1985, um modelo de legislação direcionado aos países signatários da

³⁹ BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, J. Martin. Redfern and Hunter on International Arbitration. 6. ed. Oxford, Oxford University Press, 2015. p. 29.

Convenção de Nova Iorque. A chamada “Lei Modelo” teve excelente aceitação e serviu como base para o poder legislativo de 72 países na modernização e reforma de suas leis internas⁴⁰.

A recepção da arbitragem comercial no ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do que se supõe, remonta ao fim do século XIX. Já o Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, ao regular resolução de controvérsias entre comerciantes, contemplava a arbitragem. Da mesma forma, o art. 245 do Código Comercial, editado em 25 de junho do mesmo ano, previa a arbitragem compulsória para a resolução de controvérsias que envolvessem a locação mercantil⁴¹. Idêntica regra se aplicava a litígios sobre matéria societária, direito marítimo e falências⁴². O tratamento legislativo da arbitragem no Brasil é, portanto, antigo e poderia ter resultado em prática difundida na sociedade há décadas atrás. Isso, contudo, não ocorreu.

O testemunho de CARVALHO DE MENDONÇA é categórico, ao comemorar a revogação dos dispositivos legais que a impunham, com a observação de que “*a arbitragem obrigatória desapareceu sem deixar saudades, pois nunca se reconheceu sua utilidade*”⁴³. Não obstante, a arbitragem sempre esteve prevista na legislação civil e processual do Brasil. O Código Civil de 1916 regulou-a de forma precisa, prevendo o compromisso como o instrumento básico do juízo arbitral⁴⁴. O Código de Processo Civil de 1939 também disciplinava o procedimento arbitral⁴⁵, o mesmo ocorreu com o Código de Processo Civil de 1973 que, nada dispondo sobre a cláusula arbitral, estabeleceu a extinção do processo judicial, pelo compromisso⁴⁶, consequência não expressamente admitida no Código de 1939.

O STF, competente para homologar sentenças judiciais estrangeiras, tomou para si o encargo de homologar laudos arbitrais, para tanto, exigindo previamente a homologação do laudo no país de origem, o chamado “*double exequatur*”, que por sinal tornava hercúlea a tarefa de se homologar uma sentença arbitral estrangeira no Brasil. Além do *double exequatur*, outros empecilhos contribuía para a não consolidação do instituto da arbitragem

⁴⁰ Extraído de: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

⁴¹ Art. 245 - Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

⁴² Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

⁴³ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. III, n. 599, p. 75

⁴⁴ Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais.

⁴⁵ Art. 1.032. Instituído o juízo arbitral, os árbitros deverão declarar, no prazo de dez (10) dias, si aceitam a nomeação, presumindo-se a recusa do que, interpelado, não responder.

⁴⁶ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VII - pela convenção de arbitragem;

no Brasil, são eles: (i) ausência de disposição legal que garantisse a execução forçada da convenção de arbitragem; e (ii) desigualdade entre sentenças judiciais e arbitrais.

Somente a partir da edição da Lei nº 9.307 de 1996 ("Lei de Arbitragem") passou-se a ter um arcabouço jurídico robusto em matéria de arbitragem. Apesar disso, os cinco primeiros anos de vigência da Lei foram marcados pela resistência dos tribunais brasileiros em admitir a disseminação da arbitragem. Apenas em 2002, por ocasião do julgamento da SE 5.206, o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, abrindo caminho para a evolução do instituto no Brasil⁴⁷.

De lá pra cá o crescimento foi exponencial, diversas outras leis especiais inseriram a arbitragem como mecanismo de resolução de disputas (arbitragem legal), como por exemplo, a Lei nº 11.079/2004⁴⁸ (Lei das Parcerias Público-Privadas), a Lei nº 8.978/1995 emendada pela Lei nº 11.196/2005⁴⁹ (Lei de Concessões Públicas), Lei nº 12.351/2010⁵⁰ (Lei do Pré-Sal) e Decreto nº 8.465/2015⁵¹ (Lei dos Portos).

Dados estatísticos da CCI deixam claro que nos últimos vinte anos o Brasil passou de país verdadeiramente insipiente em matéria de arbitragem comercial para um dos maiores *players* mundiais, figurando inclusive entre os cinco países que mais se utilizam da arbitragem no mundo⁵². Ainda de acordo com o estudo da ICC, o Brasil responde por 41% das arbitragens instauradas por países latino americanos, 19% das arbitragens instauradas por países em todas as Américas e aproximadamente 4% dos árbitros indicados.

⁴⁷ TEIXEIRA, Eliane Carvalho. Ao completar 18 anos, números mostram crescimento da arbitragem no Brasil. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-01/eliane-carvalho-crescimento-arbitragem-completa-18-anos>

⁴⁸ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

⁴⁹ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁵⁰ Art. 29. São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: [...] XVIII - as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem.

⁵¹ Art. 1º Este Decreto dispõe sobre as normas para a realização de arbitragem para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal indireta e as concessionárias, arrendatárias, autorizadas ou os operadores portuários em relação ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq, conforme o disposto no § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.

⁵² ICC Dispute Resolution Bulletin - Issue 1 2014 Edition.

A mais recente evolução legislativa no campo da arbitragem foi a Lei nº 13.129 (Nova Lei de Arbitragem ou "Reforma da Lei de Arbitragem", terminologia de minha preferência) que incorporou a já progressista Lei nº 9.307/96 algumas inovações, são elas: (i) utilização da arbitragem por entes da administração pública; (ii) interrupção de prazo prescricional com a instituição do procedimento arbitral; (iii) concessão e revisão de medidas cautelares pelos árbitros; (iv) comunicação do tribunal arbitral com o Poder Judiciário via carta arbitral; (v) validade das sentenças parciais; (vi) competência do árbitro para decidir sobre a natureza dos direitos discutidos (se disponíveis ou indisponíveis); (vii) possibilidade de convenção das partes acerca do prazo para pedidos de esclarecimentos; (viii) possibilidade de pleitear perante o Poder Judiciário sentença arbitral complementar em caso de omissão pelo tribunal arbitral; e (ix) vinculação obrigatória dos acionistas à cláusula compromissória estatutária, garantido o direito de retirada dos dissidentes.

Apesar dos inúmeros desafios que ainda se enfrenta e àqueles que ainda virão, não se pode negar que o Brasil hoje se posiciona em lugar de destaque entre os países de maior prestígio em matéria de arbitragem. O uso da arbitragem como método alternativo de resolução de disputas no Brasil é cada vez mais aceito e aclamado pelo mercado, tornando-se verdadeiramente imprescindível em áreas-chave de nossa economia, como nos setores de infraestrutura e investimentos estrangeiros⁵³. Inquestionável, portanto, a necessidade de manter a arbitragem brasileira alinhada com as melhores práticas mundiais, de forma a atrair cada vez mais investimentos estrangeiros e fomentar a economia interna.

⁵³ WALD, Arnaldo. A Evolução da Arbitragem Internacional no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 23, 2009. pp. 19-38.

3 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

“The cardinal rule of drafting an international arbitration agreement is to avoid the type of ambiguity and equivocation that will later delight a party wishing to drag its feet”

WILLIAM W. PARK

3.1 CONCEITO

Feita a devida contextualização histórica do instituto da arbitragem e apresentando seu conceito e evolução normativa, passamos agora a analisar a convenção de arbitragem em si. Esta que eventualmente apresentará as patologias a serem analisadas, compondo, portanto, o objeto do presente trabalho.

A convenção de arbitragem pode ser descrita como a manifestação voluntária de duas ou mais partes interessadas em dirimir seus conflitos, atuais ou futuros, pela via arbitral, para tanto, derogando a jurisdição estatal. Em outras palavras, através da convenção de arbitragem, as partes celebram verdadeiro negócio jurídico com a finalidade de submeterem determinada matéria à jurisdição privada concorrente com a estatal. Nessa linha os ensinamentos de CARMONA⁵⁴:

a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.

A definição legal da convenção de arbitragem no direito brasileiro está disposta no art. 4º da Lei de Arbitragem “*a convenção através da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato*”. Consiste, portanto, em verdadeira obrigação de fazer condicionada a evento futuro, que pode ou não ocorrer. Nessa linha, ensina CARREIRA ALVIM⁵⁵:

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo, 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2004, p. 89.

⁵⁵ ALVIM, J. E. Carreira. Direito Arbitral, 3. Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007, p. 96.

Trata-se de autêntica obrigação de fazer relativamente a litígio futuro, que pode ou não ocorrer, mas, ocorrendo, pode ser mantido na via arbitral por acordo espontâneo das partes, ou judicialmente, se uma delas resistir em cumprir a cláusula compromissória. Carnelutti considerava a cláusula compromissória como uma “disposição” constitutiva, sendo a disposição “o ato mediante o qual o agente regula, segundo seus interesses, a composição ou desenvolvimento do processo”. Idêntico caminho percorreu. Arredondo, para quem a natureza jurídica do compromisso e da cláusula compromissória apresenta as características de acordos constitutivos, podendo dizer-se mesmo que contém uma disposição

A convenção de arbitragem deve ser celebrada por pessoas capazes e ter por objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme disposto no art. 1º da Lei de Arbitragem: “*Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Aplica-se em relação à convenção de arbitragem o *favor negotii*, princípio já consagrado em nosso Código Civil e que consiste na conservação do negócio jurídico, isto é, busca evitar ao máximo que um negócio jurídico – no caso uma convenção de arbitragem – eventualmente maculado por defeito, deixe de produzir efeitos na esfera jurídica das partes contratantes. Nas palavras de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

Por ele [princípio da conservação], tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente.

Sobre a natureza jurídica da convenção de arbitragem, alguns doutrinadores acreditavam ter conteúdo transacional o acordo entre partes que se submetem ao juízo arbitral. No entanto, conforme asseverado por CARMONA⁵⁶, a transação no direito brasileiro extingue o conflito por si, ao passo que na arbitragem as partes estabelecem a forma através da qual o conflito será solucionado, inexistindo extinção imediata.

Posteriormente, no entanto, a convenção de arbitragem passou a ser tratada como relação contratual, na origem, com produção de efeitos processuais a partir da instauração do procedimento arbitral. Partindo deste entendimento, a convenção de arbitragem passou a ser tida como negócio jurídico processual, tendo em vista a existência de acordo de vontade celebrado entre as partes com o objetivo de produzir efeitos processuais futuros, em razão da

⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Op. cit., p. 169.

eleição da via arbitral para resolução de eventuais conflitos. Portanto, a forma da convenção serviria tão somente para atender aos requisitos de validade do direito material, na medida em que delimitava como seria dirimido o conflito e seu escopo, enquanto que os efeitos emanados desta convenção se propagariam eminentemente no campo do direito processual⁵⁷ com a efetiva instauração do procedimento arbitral.

Assim como no Código Civil francês⁵⁸, a Lei de Arbitragem brasileira prevê a convenção de arbitragem como bipartite, dividindo-a em duas espécies: a cláusula compromissória, disciplinada pelo art. 4º *“Art. 4º 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”* e o compromisso arbitral, disciplinado pelo art. 9º *“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 é a forma através da qual as partes de um negócio jurídico instituem a arbitragem para a resolução de um conflito já existente, isto é, o compromisso arbitral é o instrumento adequado para hipóteses nas quais a relação jurídica já existe. Já a cláusula compromissória se diferencia na medida em que é inserida no corpo do próprio contrato, sendo, portanto, celebrada concomitantemente com o negócio jurídico desenhado pelas partes e anteriormente a qualquer litígio que possa eventualmente decorrer daquela relação.

Como visto, embora conceitualmente distintas, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral apontam para o mesmo objetivo, qual seja a submissão de eventual conflito ao juízo arbitral. A diferenciação que de fato importa se refere ao litígio a ser solucionado, isto é, o escopo da matéria que será arbitrada. O compromisso arbitral, por ser celebrado, em regra⁵⁹, após o surgimento do conflito, tem seu objeto mais claro e delineado; já a cláusula compromissória, por ser redigida anteriormente ao surgimento do litígio, tende a ter conteúdo mais genérico, posteriormente especificado pela parte que decide instaurar o procedimento arbitral.

⁵⁷ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. 1. ed. São Paulo, Atlas, 2009, p. 10.

⁵⁸ Código Civil francês, arts. 1.442 a 1.459.

⁵⁹ GUERRERO, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 7.

Conclui-se, portanto, que a convenção de arbitragem, apesar de sua natureza bipartite, tem como objetivo único assegurar a efetiva submissão de eventuais litígios oriundos de relação contratual ao juízo arbitral, bem como derrogar a jurisdição estatal no âmbito do negócio jurídico avençado.

3.2 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL

Conforme já mencionado, a cláusula compromissória foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro através da ratificação do Protocolo de Genebra (1923), no entanto, sua aplicação e exequibilidade no direito brasileiro eram insipientes, uma vez que os tribunais pátrios, em regra, não reconheciam a arbitragem como mecanismo válido para a resolução de controvérsias, o que só começou a mudar a partir da edição da Lei de Arbitragem de 1996.

O disposto no art. 4º da Lei de Arbitragem estipula que as cláusulas compromissórias devem adotar a forma escrita, no próprio contrato ou em documento apartado. Não há, portanto, a possibilidade de se estabelecer um pacto verbal no que se refere à cláusula compromissória, devendo ser seguidas, além das disposições constantes na Lei de Arbitragem, as formalidades legais do Código Civil e de demais leis específicas para a redação contratual.

Quanto às fontes da cláusula compromissória, pode-se dividi-las em convencionais (autônomas) ou legais (heterônomas). A primeira decorre da vontade das partes em dispor contratualmente que irão se submeter ao juízo arbitral em caso de surgimento de disputas; a segunda decorre de disposição legal, isto é, quando em razão de uma relação jurídica específica prevista em lei é facultado às partes o afastamento da jurisdição estatal, dando ao juízo arbitral a competência para funcionar naquele conflito de maneira “imperativa”, em decorrência da própria legislação⁶⁰.

Quanto à forma da cláusula compromissória, o legislador criou um regramento específico em relação aos contratos de adesão. Na definição de ORLANDO GOMES, nos contratos de adesão uma das partes “*adere, em suma, a uma situação jurídica que se encontra*

⁶⁰ São exemplos o Decreto nº 8465/2015 (que regulamenta a arbitragem no setor portuário) e o art. 114, §1º da Constituição Federal (que faculta a utilização da arbitragem para a resolução de ações coletivas no âmbito da justiça do trabalho).

definida em todos os seus termos. O consentimento há de se manifestar como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica” ⁶¹. Desta forma, a inserção da cláusula compromissória em contratos de adesão deve se dar de forma diferenciada, uma vez que, como não há qualquer discussão binária entre as partes acerca do conteúdo do contrato, é preciso dar plena consciência ao aderente quanto à opção por submeter quaisquer conflitos à arbitragem.

A Lei de Arbitragem, portanto, estabeleceu em seu art. 4º, §2º que “§ 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*”. Importante mencionar que qualquer cláusula compromissória inserida em contrato de adesão cuja forma não esteja em consonância com o disposto no §2º do art. 4 da Lei de Arbitragem será ineficaz, a menos que as partes ainda assim optem por se submeterem à arbitragem por meio de nova manifestação de vontade⁶².

A cláusula compromissória, como já se disse, consiste na manifestação escrita da vontade das partes em derrogar a jurisdição estatal de uma relação contratual específica e submetê-la ao juízo arbitral. Tal manifestação de vontade só irá ter efeitos processuais a partir do momento em que constatada a exequibilidade da cláusula compromissória em questão.

Assim como qualquer outro contrato, a cláusula compromissória prescinde de uma série de elementos para que seja válida e exequível, tais elementos, se verificados, tornam possível a arbitrabilidade da matéria. No entanto, a ausência de um ou mais desses elementos pode colocar em xeque a eficácia da convenção de arbitragem e, por conseguinte, a operacionalização do procedimento arbitral.

3.2.1 EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Como se viu, a cláusula compromissória tem natureza de negócio jurídico processual e, como todo negócio jurídico, gera efeitos na esfera jurídica dos contratantes. Tais efeitos dividem-se em dois: efeito positivo (o qual obriga as partes a submeterem eventual litígio ao

⁶¹ GOMES, Orlando. Contratos. 23.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 133.

⁶² GUERRERO, Luis Fernando. Op. cit., p. 17

juízo arbitral) e efeito negativo (o qual afasta a jurisdição estatal diante da existência de convenção de arbitragem).

O efeito positivo da cláusula compromissória é fundado no princípio *pacta sunt servanda*, que determina a obrigatoriedade dos contratos para que, uma vez celebrados, sejam integralmente adimplidos pelas partes. De modo a garantir a observância desse princípio, os arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem prevêm a execução da cláusula compromissória perante o juízo estatal caso uma das partes resista à instauração do procedimento arbitral.

A grande maioria dos países adeptos da arbitragem garante em seus ordenamentos jurídicos a execução específica da cláusula compromissória⁶³, desta forma, havendo convenção de arbitragem válida e eficaz, o procedimento arbitral pode ter início ainda que contra a vontade de uma das partes.

A eficácia negativa da cláusula compromissória, por sua vez, exerce função complementar em relação à eficácia positiva na medida em que retira do Poder Judiciário a jurisdição para conhecer de questões abarcadas pela cláusula compromissória⁶⁴. Transfere-se do juiz estatal para o árbitro – com base na autonomia da vontade das partes e na Lei de Arbitragem – a competência para julgar determinada demanda.

Sobrevindo cláusula compromissória válida e eficaz, restará ao Poder Judiciário jurisdição limitada sobre a lide, na medida em que será dele a competência para processar e julgar eventual ação anulatória de sentença arbitral (art. 32 da Lei de Arbitragem). Conforme mencionado, também competirá ao juízo estatal a execução forçada da cláusula compromissória (art. 7º da Lei de Arbitragem) e a concessão de medidas liminares ou tutelas antecipadas, se assim acordado entre as partes.

Finalmente, a convenção de arbitragem válida e eficaz atribui obrigações às partes, que deverão, em regra, custear o procedimento arbitral e aos árbitros, que deverão processar e julgar a lide. Demonstrados os efeitos emanados da cláusula compromissória, passaremos agora a tratar dos elementos necessários e facultativos para formação das cláusulas compromissórias.

⁶³ SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. 1. ed. The Hague, Kluwer International, 1999. p. 400.

⁶⁴ GUERRERO, Luis Fernando. Op. cit., p. 125.

3.2.1.1 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA OU COMPLETA

A autonomia da vontade, como já se demonstrou, constitui elemento basilar da arbitragem e, por conseguinte, também da convenção arbitral. No entanto, para que a autonomia externada pelas partes produza efeitos processuais, necessária a redação clara e completa da cláusula compromissória, de modo deixar incontestado como querem as partes resolver suas eventuais e futuras disputas.

A cláusula compromissória cheia é justamente aquela que, por seus próprios elementos é capaz de instaurar o procedimento arbitral, sem qualquer necessidade de complementação ou interpretação pelo tribunal arbitral. Sobre a importância de se redigir uma cláusula compromissória cheia e, por conseguinte, autônoma e completa, certa a lição de JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO⁶⁵:

Dessa forma, a grande lição que resulta dessa análise é que devemos ser bastante cuidadosos ao redigir a cláusula compromissória. Devemos assegurar que, ao redigi-la, dela constem todos os elementos necessários capazes de torná-la uma "cláusula cheia", passível de dar lugar à instauração efetiva da arbitragem na forma convencionalizada pelas partes. Situemo-nos, como regra, no art. 5.º da Lei 9.307/1996, exerçamos a oportunidade de depurar a cláusula de seu traço patológico, na oportunidade outorgada pelo art. 6.º da Lei 9.307/1996, mas deixemos o art. 7.º da Lei 9.307/1996 para regular somente a exceção que, esperamos, seja menos e menos incidente.

Desta forma, ao redigir uma cláusula compromissória cheia, afasta-se a possibilidade de intervenção do juízo estatal por força do art. 7º da Lei de Arbitragem, vez que as partes, de comum acordo, elegeram instituição arbitral para administrar o procedimento. Não há, portanto, necessidade de intervenção do juiz estatal em razão da aplicação do rito previsto no regulamento da instituição.

3.2.1.2 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VAZIA OU EM BRANCO

A cláusula compromissória vazia, ou em branco é aquela em que há uma obrigação de instituir-se um compromisso arbitral, sem, no entanto, existir acordo prévio sobre a forma como isso será feito. É a antiga cláusula compromissória prevista na legislação pátria

⁶⁵ PINTO, José Emílio Nunes. A Cláusula Compromissória à Luz do Código Civil. Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, Vol. 2, 2014. Revista dos Tribunais. pp. 221-223.

pretérita, que hoje prescinde de execução específica, conforme disposto nos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem.

Nas palavras de CARMONA⁶⁶:

A cláusula vazia é aquela que não indica método ou critério para a nomeação de árbitros na hipótese de surgimento de litígio decorrente de determinada relação jurídica. Cingem-se as partes a afirmar que, em caso de litígio, recorrerão à solução arbitral. Tal cláusula, embora produza o efeito de afastar a competência do juiz togado, não é suficiente para levar a instituição do juízo arbitral, de modo que se os contendentes não chegarem a bom termo quanto à forma de nomear o árbitro (ou o painel arbitral) será necessário o recurso ao Poder Judiciário para a instituição da arbitragem.

Note-se que quanto menos aspectos do procedimento arbitral forem disciplinados pela cláusula compromissória, maior será a probabilidade de surgimento de litígios preliminares e maior será o “arsenal” à disposição da parte que tiver como objetivo protelar a instauração da arbitragem⁶⁷.

Mas quanto mais vaga for a cláusula, mais problemas haverá para resolver: se as partes nada avançarem sobre os honorários do árbitro, certamente haverá disputa sobre o tema; se nada ficar convencionado sobre o lugar para a prática dos atos processuais, haverá sempre espaço para ocupar o árbitro com a questão; se nada ficar convencionado sobre o procedimento, será o árbitro atormentado por alegações acerca de cerceamento de defesa.... Enfim, vale aqui a máxima popular: o combinado não sai caro! Estejam, pois, os advogados atentos ao problema para que o árbitro foque sua atenção sobre o que realmente conta, ou seja, dirija seus esforços para a solução do litígio, ao invés de ocupar-se com quizilas processuais.

Por fim, como já se disse, entendem a doutrina e jurisprudência pátrias que a ação prevista nos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem é exclusivamente destinada a hipóteses de cláusulas compromissórias vazias, não se aplicando às cláusulas compromissórias cheias.

3.2.2 FORMAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A fase das tratativas contratuais ou fase pré-contratual é o momento ideal e, em regra, o único, no qual as partes podem livremente desenhar o mecanismo de resolução de disputas que regerá àquela relação contratual. Qualquer descuido na redação da cláusula

⁶⁶ CARMONA, Carlos Alberto, Op. Cit. p. 112.

⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto. O Processo Arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 1, 2004. Revista dos Tribunais. p. 143.

compromissória, portanto, pode fulminar as chances das partes de fazerem valer a sua vontade e, ainda, seu controle sobre o procedimento que será adotado quando do surgimento de eventual controvérsia.

Hoje se observa que a desatenção no momento pré-contratual, a falta de uma assessoria jurídica de qualidade e, por conseguinte, a má-redação da cláusula compromissória dão causa a toda a sorte de prejuízos às partes quando da operacionalização do procedimento arbitral, sobretudo em se tratando do tempo despendido com as discussões acerca da interpretação das cláusulas defeituosas, bem como dos custos adicionais que tais discussões geram para as partes (custas administrativas, honorários de árbitro, honorários de advogados, custas judiciais, etc...). Justamente sobre esses desdobramentos se dedica o presente estudo.

Os elementos tidos como necessários para a formação da cláusula compromissória são aqueles sem os quais a mesma se tornará ineficaz e inexecutável, tanto perante a justiça comum quanto perante o juízo arbitral. A ausência de um ou mais desses elementos pode, de fato, ocasionar a completa ineficácia da cláusula compromissória (o que é chamado por EISEMANN de “cláusula hiperpatológica”⁶⁸), no entanto, em grande parte dos casos, a ausência de um ou mais desses elementos não torna impossível a operacionalização do procedimento arbitral, mas, em contrapartida, ocasiona atraso na resolução da disputa e geração custos adicionais para as partes, uma vez que o tribunal arbitral ou a justiça comum terão que suprir as “lacunas” da cláusula compromissória antes de propriamente adentrar no mérito da disputa.

Vejamos agora quais são os elementos tidos como necessários (sem os quais o procedimento arbitral será, em alguma medida, comprometido) e àqueles considerados apenas facultativos.

3.2.2.1 CONSENTIMENTO DAS PARTES

Nas palavras de WILLIAM W. PARK “*Like consummated romance, arbitration rests on consent*”⁶⁹. Isso porque, como já se disse, o instituto da arbitragem é calcado no princípio da autonomia da vontade das partes, logo, para que uma cláusula compromissória seja válida e executável é necessário que se verifique a existência de consentimento entre as partes.

⁶⁸ EISEMANN, Frédéric. La clause d’arbitrage pathologique. In: Arbitrage Commercial, Essais in Memoriam Eugenio Minoli. Turin Unione Tipografico Torinese, 1974, pp. 149-150.

⁶⁹ PARK, William. W. Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma in Multiple Party Actions in International Arbitration. Oxford Press. 2009, p. 1.

Enquanto a vontade consiste em ato unilateral⁷⁰, o consentimento pressupõe o encontro de duas vontades direcionadas a um objetivo comum.

Usualmente, o consentimento das partes em incluir cláusula compromissória em um contrato decorre justamente do consentimento das partes em contratar. Ao decidirem celebrar um contrato no qual está inclusa cláusula compromissória, as partes geralmente consentem com a submissão dos conflitos oriundos dessa relação contratual ao juízo arbitral.

Embora o consentimento das partes em contratar na maioria das vezes reflita o consentimento em relação à cláusula compromissória, existem situações nas quais os dois não se confundem. O princípio da autonomia da cláusula compromissória, conforme já mencionado acima, dispõe que a cláusula compromissória constitui instrumento autônomo em relação ao contrato, e é com base nesse princípio que se pode verificar a inexistência de consentimento na formação da cláusula compromissória, ainda que obviamente tenha havido consentimento entre as partes quando da celebração do contrato⁷¹.

Nessa esteira, CLAUDIO FINKELSTEIN afirma⁷² “*Como instituto derivado da autonomia das vontades das partes, essa declaração deve restar incontroversa e clara, vinculando as partes em seus exatos termos*”. Sendo o consentimento elemento fundamental para a existência e validade do procedimento arbitral, qualquer defeito em sua manifestação ou ausência pode culminar na inexecutabilidade da cláusula compromissória, o que poderá, ou não, ser revertido através da atuação do tribunal arbitral mediante o uso de critérios interpretativos.

Importa lembrar que a interpretação da vontade das partes deve, em regra, e ao menos *a priori*, ser realizada pelo juízo arbitral, em decorrência do princípio *kompetenz-kompetenz* (art. 8º da Lei de Arbitragem), sobre o qual trataremos mais detalhadamente adiante.

⁷⁰ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 18. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001, p.366.

⁷¹ BORN, Gary B. International Commercial Arbitration, 2nd Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 741.

⁷² FINKELSTEIN, Cláudio. A Questão da Arbitrabilidade in Revista Brasileira de Arbitragem nº 13, São Paulo, IOB, 2007, p.30.

3.2.2.2 ESCOPO DA CLÁUSULA

A delimitação do escopo da cláusula compromissória, isto é, de que matérias serão ou não arbitráveis no âmbito de uma relação contratual, é assunto de extrema importância, devendo ser objeto de ampla discussão durante a fase pré-contratual. A razão de toda a cautela é muito simples: somente uma cláusula compromissória com o objeto bem delineado pode evitar o surgimento de eventuais discussões acerca de sua extensão.

No momento da celebração do contrato, as partes (sobretudo as que foram atenciosas no tocante à redação da cláusula compromissória) crêem estar alinhadas em relação às controvérsias que serão submetidas à via arbitral. Ocorre que essa crença muitas vezes cai por terra no momento que uma das partes passa a de fato necessitar da jurisdição arbitral para solucionar um conflito. A partir desse ponto, em substituição ao *animus* para arbitrar outrora existente⁷³, entram em campo as pretensões díspares de cada uma das partes em relação ao conflito instaurado.

Cabem às partes, portanto, ter em mente qual tipo de cláusula compromissória atenderá melhor a relação obrigacional avençada. A redação mais ampla da cláusula compromissória de certa forma minimiza o surgimento de conflitos relacionados à competência do tribunal arbitral⁷⁴, no entanto esta nem sempre é a melhor alternativa.

De outra ponta temos as cláusulas compromissórias mais restritivas, desenhadas pelas partes para delimitar “sob medida” as matérias que serão arbitráveis. Se por um lado esse tipo de cláusula pode dar causa à insurgência de uma das partes no que diz respeito às matérias que estariam abarcadas pela jurisdição arbitral⁷⁵, por outro pode se mostrar interessante do ponto de vista negocial, conforme demonstra ALEJANDRO I. GARCIA⁷⁶:

⁷³ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Limites Objetivos da Demanda na Arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem (CBAr), 2013, Volume X, p. 55.

⁷⁴ WELSER, Irene. MOLITORIS, Susanne. The Scope of Arbitration Clauses – Or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract...” in Austrian Yearbook on International Arbitration, 2012, p. 18.

⁷⁵ “Isso porque se é restrita a aspectos delimitados do contrato — excluídas, por exemplo, questões contábeis cuja solução ficaria a cargo de técnico especializado no assunto —, há sempre o risco de uma das partes argumentar que o item x ou o z não se inscreve no escopo da cláusula arbitral, conduzindo fatalmente a uma disputa judicial ou, no mínimo, a um debate preliminar que ocasiona atraso e custo adicional enquanto não se resolve a dúvida”. NANNI, Giovanni Ettore. Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral, 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-17/arbitragem-nao-fundada-equidade-sim-lei>

⁷⁶ GARCIA, Alejandro I. Scope of arbitration clauses and carve-out clauses: erring on the side of caution or on the side of daring? 2012. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/05/25/scope-of-arbitration-clauses-and-carve-out-clauses-erring-on-the-side-of-caution-or-on-the-side-of-daring/>

Setting aside potential partisan considerations (where it is clear that one of the parties is likely to be the respondent, that party, for tactical reasons, may seek to agree to an arbitration clause of narrow scope, to the effect that potential disputes are fragmented – a sort of “divide and conquer” approach), parties might have legitimate reasons (quite often technical) to limit the scope of an arbitration clause.

For example, parties sometimes carve out from the scope of an arbitration agreement discrete technical or valuation disputes to the effect that these are finally resolved by means of expert determination. This can be a cost-effective and efficient solution.

In some specialist fields, the parties may have particular reasons for limiting the scope of an arbitration clause. This is the case, for example, of arbitration clauses inserted into agreements that involve intellectual property rights. If the parties wish to obtain an *erga omnes* ruling on the validity of the underlying intellectual property, they would have to indicate in the relevant arbitration clause that disputes on the validity of the underlying rights will be resolved by national courts or, where applicable, by a specialist national body.

Fato é que não existe fórmula correta para a delimitação do escopo de uma cláusula compromissória, justamente em razão disso devem as partes tentar ao máximo harmonizá-la com o objeto do contrato que está sendo celebrado, evitando assim a inserção de cláusulas genéricas que a termo não atingirão a finalidade pretendida.

3.2.2.3 ARBITRABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Outro fator que deve ser levado em consideração quando da redação da cláusula compromissória é se a matéria a qual se pretende submeter ao juízo arbitral é, de fato, arbitrável. A doutrina de JACOB DOLINGER e CARMEM TIBÚRCIO define precisamente o conceito de arbitrabilidade⁷⁷:

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e consequentemente da competência dos árbitros.

⁷⁷ DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO, Carmem. Arbitrabilidade *in* Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

No tocante à arbitrabilidade, a Lei de Arbitragem dispõe em seu artigo 1º que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Optou o legislador por disciplinar a arbitrabilidade objetiva e subjetiva em um único dispositivo, deixando claro que são legitimados para se valer da arbitragem (arbitrabilidade subjetiva) àqueles que detêm capacidade civil⁷⁸ e que só podem ser objetos (arbitrabilidade objetiva) os direitos patrimoniais disponíveis.

Como já se disse, a arbitrabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro pressupõe a utilização da arbitragem apenas para litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, isto é, àqueles que detenham valor monetário e, portanto, possam fazer parte de uma universalidade de bens e direitos⁷⁹.

O artigo 25 da Lei de Arbitragem, recentemente revogado pela Reforma da Lei de Arbitragem, dispunha “Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”.

O que quer dizer que, de acordo com o artigo revogado, discussões acerca da arbitrabilidade objetiva de uma disputa eram necessariamente trazidas ao jugo do Poder Judiciário e, resolvida a questão prejudicial, retornavam à competência do tribunal arbitral. Nesse ponto, me parece que andou bem o legislador ao revogar o referido artigo, uma vez que, conforme já se disse, o princípio *kompetenz-kompetenz* estabelece ser do próprio árbitro a prerrogativa de julgar a sua própria competência.

Por fim, o aspecto subjetivo da arbitrabilidade determina quem está ou não apto a integrar um procedimento arbitral na qualidade de parte, para tanto, é preciso que o sujeito tenha não apenas capacidade civil, mas também a titularidade de direitos e obrigações sobre o

⁷⁸ De acordo com o art. 5º do Código Civil Brasileiro:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.”

⁷⁹ GUERRERO, Luis Fernando. Op. cit., p. 44.

objeto da lide. A verificação da capacidade de pessoas jurídicas se difere na medida em que será preciso averiguar a regularidade de seus atos societários e conformidade com a legislação pertinente (que poderá ser o próprio Código Civil ou a Lei das Sociedades Anônimas).

3.2.2.4 ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Em se tratando de jurisdição estatal, cada tribunal nacional possui sua própria *lex fori* (lei do foro), da qual as partes somente poderão fugir se optarem pela aplicação de uma lei estrangeira ao mérito do conflito, seguidas as regras de conflito de leis aplicáveis. No entanto, na arbitragem comercial internacional, são muitas as legislações e regramentos possivelmente aplicáveis de forma fragmentada às questões principais do procedimento arbitral, sejam elas procedimentais ou de mérito.

Excluindo-se a hipótese de receberem das partes o poder de julgar por equidade, os árbitros devem sempre aplicar estritamente a lei e justamente dessa obrigação decorre a importância de se estipular expressamente quais serão as leis aplicáveis ao procedimento arbitral no momento da redação da cláusula compromissória. O silêncio das partes implicará, em regra, a propositura de ações judiciais e procedimentos arbitrais paralelos, muitas vezes em diversos países, gerando demasiada demora e custos elevados.

Grande parte das legislações que regulam o instituto da arbitragem ao redor do mundo confere às partes a faculdade de definirem quais serão as leis materiais e processuais aplicáveis ao procedimento arbitral⁸⁰. O art. 2º, §1º da Lei de Arbitragem brasileira dispõe que “*poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*”.

A escolha da lei material (ou substantiva) aplicável ao procedimento arbitral é um fator que deve ser observado cuidadosamente pelas partes quando da redação da cláusula compromissória, isso porque a depender da legislação, esta pode ser mais ou menos familiar e/ou favorável, do ponto de vista negocial, para uma das partes, podendo gerar verdadeiro desequilíbrio contratual.

⁸⁰ SANTOS, Maurício Gomm. A situação dos países da América Latina no que tange à lei aplicável ao mérito do litígio submetido a uma arbitragem comercial internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, maio-set. 2004, p. 102.

Como forma de manifestação do princípio da autonomia da vontade das partes, a grande maioria das legislações que regulam a arbitragem no mundo possibilita não só a aplicação de leis nacionais (combinadas ou não), mas também a aplicação de leis transnacionais (*lex mercatoria*, por exemplo), de tratados internacionais (como a Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG”) ou mesmo da equidade.

Como já se disse, no universo da arbitragem comercial internacional são diversas as leis aplicáveis para as quais as partes devem atentar, são elas: (i) a lei de regência do contrato (*lex contractus*); (ii) a lei processual (normalmente, a lei da sede da arbitragem), que define questões relativas à condução da arbitragem, como a indicação de árbitros, a sentença arbitral e as causas de intervenção dos tribunais judiciais (*lex arbitri*); (iii) a lei que rege a cláusula compromissória; e (iv) a lei dos locais onde a homologação e a execução da sentença podem se fazer necessárias⁸¹.

Imprescindível, portanto, que se façam claras as definições de lei aplicável ao procedimento arbitral, sobretudo no que diz respeito à lei aplicável à cláusula compromissória. A ausência de disposição acerca da lei aplicável ao procedimento ou mesmo a má-redação da mesma, conforme veremos ao decorrer deste trabalho, tende a gerar prejuízos incalculáveis para as partes.

3.2.2.5 ESCOLHA DA SEDE DO TRIBUNAL ARBITRAL

Outro aspecto importante que deve ser considerado pelas partes é a escolha da sede do tribunal arbitral, isto é, o local onde de fato se processará a lide. Em regra, as partes tendem a optar por locais neutros e que detenham alguma expertise na condução de arbitragens, as chamadas *arbitration friendly jurisdictions*, como por exemplo, França, Suíça, Inglaterra e até mesmo Brasil⁸².

A importância da escolha da sede do tribunal arbitral decorre de dois fatores: (i) da necessidade de que as normas de caráter mandatório que cada país reserva para o

⁸¹ BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 9, 2000 p. 307.

⁸² CAMPOS MELO, Leonardo de. Has Brazil Fully Embraced the Provision of the New York Convention of 1958? Is it an Arbitration-Friendly Jurisdiction? 2015, Kluwer Arbitration Blog. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/10/07/has-brazil-fully-embraced-the-provisions-of-the-new-york-convention-of-1958-is-it-an-arbitration-friendly-jurisdiction/>

procedimento arbitral sejam amigáveis; e (ii) do papel central que o Poder Judiciário local tem em eventual intervenção ou execução de decisões proferidas em sede arbitral.

Além da observância da jurisprudência local no que diz respeito á arbitragem, também funciona como bom “termômetro” verificar se o país o qual se pretende eleger como sede do tribunal arbitral é signatário da Convenção de Nova Iorque e em que medida seu ordenamento jurídico incorporou suas disposições.

Sobre as implicações da escolha da sede do tribunal arbitral, a International Bar Association (“IBA”) em seu *Guidelines for drafting international arbitration clauses* dispõe que⁸³:

While the place of arbitration does not determine the law governing the contract and the merits, it does determine the law (arbitration law or *lex arbitri*) that governs certain procedural aspects of the arbitration, eg, the powers of arbitrators and the judicial oversight of the arbitral process. Moreover, the courts at the place of arbitration can be called upon to provide assistance (eg, by appointing or replacing arbitrators, by ordering provisional and conservatory measures, or by assisting with the taking of evidence), and may also interfere with the conduct of the arbitration (eg, by ordering a stay of the arbitral proceedings). Further, these courts have jurisdiction to hear challenges against the award at the end of the arbitration; awards set aside at the place of arbitration may not be enforceable elsewhere. Even if the award is not set aside, the place of arbitration may affect the enforceability of the award under applicable international treaties.

Fica claro, portanto, que as consequências da escolha da sede do tribunal arbitral não são meramente geográficas⁸⁴, é preciso ter em mente que essa escolha carrega consigo outras quatro importantes escolhas: (i) a escolha da *lex arbitri*; (ii) a eleição do juízo estatal competente para o processamento e julgamento de medidas cautelares e outras ações acessórias ao procedimento arbitral; (iii) a escolha do foro para eventual ação de anulação de sentença arbitral; e (iv) a nacionalidade da sentença arbitral.

3.2.2.6 ARBITRAGEM INSTITUCIONAL E AD HOC

A Lei de Arbitragem brasileira institui em seu art. 5º que caso as partes se reportem “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

⁸³ IBA Guidelines for drafting of international arbitration clauses. Guideline 4, Comment 21, pp. 12-13.

⁸⁴ BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, J. Martin. Op. Cit. p. 181.

estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem". Desta forma, fica a critério das partes indicar na cláusula compromissória se o procedimento arbitral será regido pelo regulamento de uma instituição arbitral (arbitragem institucional) ou se será regido por um arcabouço de regras específicas elegidas pelas partes (arbitragem *ad hoc*).

Caso optem pela arbitragem institucional, as partes devem observar, principalmente, a idoneidade da Câmara ou Centro de Arbitragem escolhida e a correta redação do nome da instituição no corpo da cláusula compromissória (veremos no capítulo seguinte os desdobramentos da indicação incorreta da instituição arbitral na cláusula compromissória). Dados recentes evidenciam a predileção das partes e de seus patronos por determinadas instituições arbitrais, as quais, não por coincidência, figuram entre as mais renomadas do mundo. Em primeiro lugar temos a CCI, seguida pela LCIA e pela Hong Kong International Arbitration Center ("HKIAC")⁸⁵.

Em optando pela arbitragem *ad hoc*, torna-se ainda mais importante que as partes indiquem minuciosamente cada um dos aspectos relevantes para a instauração do tribunal arbitral (ex: lei aplicável, sede, idioma, indicação dos árbitros, etc.) uma vez que, não havendo instituição arbitral para administrar o procedimento, as lacunas deixadas pelas partes na redação da cláusula compromissória não poderão ser preenchidas pelo regulamento da Câmara ou Centro de Arbitragem e, por conseguinte, deverão ser submetidas ao tribunal arbitral ou até mesmo ao juízo estatal, ocasionando demora na resolução do conflito e elevação dos custos despendidos com o procedimento.

Silentes as partes acerca do rito procedimental que deverá seguir a arbitragem, dispõe o art. 21, §1º da Lei de Arbitragem que "*Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo*", em mais uma clara manifestação do princípio *kompetenz-kompetenz*.

3.2.2.7 ESCOLHA DO ÁRBITROS

O mecanismo de indicação dos profissionais que atuarão como árbitros em uma arbitragem é de livre escolha das partes. Para tanto, basta que os profissionais apontados

⁸⁵ FRIEDLAND, Paul. MISTELIS, Loukas. 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>

sejam capazes, de confiança das partes (art. 13, caput), independentes e imparciais (art. 13, §6º). As partes poderão indicar árbitro único ou um painel arbitral composto por número ímpar de árbitros, escolha esta que, em regra, leva em consideração as características e o valor envolvido no litígio.

No Brasil, a escolha do tribunal arbitral geralmente é feita da seguinte forma: cada parte escolhe um árbitro, e ambos escolhem o presidente do tribunal arbitral. Dispõe o art. 13, §2º que *“Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro”*. As Câmaras e Centros de Arbitragens geralmente dispõem sobre o mecanismo de indicação dos árbitros em seus regulamentos.

O art. 14 da Lei de Arbitragem dispõe sobre as hipóteses de suspeição e impedimento dos árbitros, aplicando no que couberem as disposições do Código de Processo Civil⁸⁶. Nesse ponto, importante mencionar o dever de revelação dos árbitros, disciplinado pelo art. 14, §1º da Lei de Arbitragem⁸⁷. Luiz Olavo Baptista muito bem sintetiza o conceito do dever de revelação do árbitro⁸⁸:

O árbitro deverá recusar-se a aceitar a obrigação de arbitrar caso queira preservar certos aspectos da sua vida privada que a lei ou o regulamento da instituição arbitral manda revelar. Por exemplo, quando existir algum envolvimento afetivo com parte ou advogado no caso. Mas não pode furtar-se a revelar aquelas circunstâncias que são causas de impedimento ou suspeição. Essas são limitadas e direcionadas a fatores que usualmente afetam a independência e a imparcialidade do árbitro, porque extravasar esses limites implicaria a violação do direito do sujeito à intimidade.

Por fim, sem menção à forma de indicação dos árbitros a cláusula compromissória poderia se tornar inoperante, devendo, caso não haja elementos suficientes para a operacionalização do procedimento arbitral, ser remetida ao juiz estatal para complementação da vontade das partes, uma vez que sequer há tribunal arbitral instaurado. A Lei Brasileira de

⁸⁶ Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

⁸⁷ § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

⁸⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. Constituição e arbitragem: dever de revelação, devido processo legal. Revista do Advogado, Ano XXXIII, 2013, Vol. 119. AASP, p. 106.

Arbitragem, em seu artigo 7º, faz referência expressa à atuação do juiz estatal para complementação da vontade das partes, nos casos em que a cláusula compromissória falha em determinar a forma de indicação do tribunal arbitral.

3.2.2.8 IDIOMA

Como já se disse, a própria natureza da arbitragem comercial moderna decorre de processos históricos de globalização e da crescente necessidade de dirimir conflitos com base em diferentes legislações e costumes. Em especial no que toca à arbitragem comercial internacional, o idioma que será adotado no âmbito do procedimento arbitral tem grande relevância, muito embora sua importância seja comumente negligenciada pelas partes quando da redação da cláusula compromissória⁸⁹.

Em havendo omissão na cláusula compromissória com relação ao idioma que será utilizado pelas partes e pelo tribunal arbitral no curso da arbitragem poderão surgir diversos problemas de ordem prática os quais, por mais que sejam reversíveis, podem comprometer a praticidade e celeridade do procedimento, são eles: (i) apresentação de manifestações em idiomas diferentes pelas partes; (ii) apresentação de atos processuais em idiomas diferentes pelos árbitros (o que poderia, em última instância, levar os árbitros ou os patronos das partes a se verem obrigados a resignarem de suas posições por não dominarem determinado idioma); e (iii) necessidade de contratação de tradutores e intérpretes para tornar possível a manutenção da arbitragem (o que certamente implicaria elevados custos para as partes, bem como prolongaria a duração do procedimento).

3.2.2.9 DEMAIS DISPOSIÇÕES PROCEDIMENTAIS

Feitos alguns esclarecimentos acerca de cada uma das disposições essenciais para a redação de uma cláusula compromissória válida, eficaz e, principalmente, autônoma, cumpre elencar brevemente algumas disposições que embora não sejam cruciais para a operacionalização do procedimento arbitral, podem trazer benefícios se corretamente inseridas na cláusula compromissória.

⁸⁹ FAIENZA, Valentina. The Choice of the Language of the Proceedings: An Underestimated Aspect of the Arbitration? Kluwer Arbitration Blog, 2014. Disponível em: <http://kluwarbitrationblog.com/2014/05/06/the-choice-of-the-language-of-the-proceedings-an-underestimated-aspect-of-the-arbitration/>

A primeira delas é a exigência de características específicas dos membros do tribunal arbitral na redação da cláusula compromissória, medida complementar a escolha dos árbitros, sobre a qual já tratamos anteriormente. Nesse ponto, importante que as partes não especifiquem demasiadamente as qualidades e características do árbitro que pretendem indicar, também não é recomendável que se faça menção a um árbitro específico, isso porque estará se colocando todo o procedimento nas mãos de uma só pessoa. E se o profissional indicado recusar o encargo? E se estiver fora do país? E se houver falecido? Por essas razões recomenda-se minúcia na inserção deste tipo de disposição na convenção de arbitragem⁹⁰.

Outra disposição facultativa bastante comum em convenções de arbitragem diz respeito à especificação das etapas do procedimento arbitral, por exemplo: (i) especificação do tipo de provas que serão admitidas e como elas serão produzidas (ex: *expert witnesses*, *disclosure*, inquirição em audiência e etc.); e (ii) extensão ou redução da duração de determinados ritos (ex: *fast track arbitration*). Aqui também vale a mesma cautela, evitar tornar a cláusula demasiadamente específica e, por conseguinte, inexecutável.

Também comum na prática arbitral as partes disporem sobre aspectos da prolação da sentença arbitral, como por exemplo: (i) concessão de medidas liminares; (ii) alocação de custos do procedimento arbitral; (iii) juros e correção monetária sobre o valor da condenação; e (iv) moeda na qual será fixado o valor da condenação. Ademais, podem as partes dispor acerca de eventuais fases recursais, repise-se, sempre tendo em mente a preservação da operacionalização do procedimento arbitral.

Constatada a relevância da convenção de arbitragem para o processo arbitral e analisados os requisitos essenciais para sua formação, cumpre discorrer acerca das hipóteses nas quais as partes deixam de observar estes requisitos e, por conta disso, dão causa a diversas questões prejudiciais que devem ser solucionadas pelo tribunal arbitral antes da efetiva análise das questões de mérito.

⁹⁰ BORN, Gary B. Op. Cit, p. 781.

4 CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS PATOLÓGICAS

“The aim of an arbitration clause is solving problems, not creating them”

FREDERICK E. SHERMAN

A falta de clareza na redação de convenções de arbitragem (em especial nas cláusulas compromissórias, cuja finalidade é justamente antecipar o surgimento de conflitos entre as partes) ou talvez a redação de fórmulas muito amplas e genéricas tende a gerar dúvidas quanto à dimensão do litígio suscetível à arbitragem, isto é, se essa dimensão se delimita *ipsis literis* pelo que está enunciado na convenção ou se ela pode ir além.

Por terem como finalidade disciplinar o rito de processamento de um conflito que ainda não surgiu e possivelmente sequer se materializará, as cláusulas compromissórias dificilmente são tidas como prioridade no momento da redação contratual, não raramente sendo deixadas para a hora final, após negociadas todas as outras disposições do contrato, nas palavras de STEPHEN BOND *“too often, as has been said, the dispute resolution clause is done as an afterthought, and without very much thought”*⁹¹. Por esse motivo passou-se a denominá-las de *“midnight clauses”*.

A redação descuidada e faltosa da cláusula compromissória é justamente o que dá causa às patologias objeto deste estudo. Infelizmente as partes só vêm a ter dimensão da importância da convenção de arbitragem no momento em que dela precisam se socorrer. Considerando que a patologia geralmente é verificada em concomitância com o surgimento da controvérsia, não é de se surpreender que uma das partes queira, a qualquer custo, fazer valer a convenção de arbitragem, enquanto a outra, em direta oposição, queira ao máximo contestar sua validade.

Cabe então à parte reclamante buscar a tutela jurisdicional do estado ou do próprio tribunal arbitral para, através de critérios interpretativos (que serão tratados a seguir) fazer prova de que a cláusula compromissória, apesar de mal redigida, foi inserida no contrato como manifestação da vontade das partes em submeter eventuais disputas ao juízo arbitral. No entanto, a interpretação da vontade das partes, como se demonstrará a seguir, está longe de ser uma tarefa fácil.

⁹¹ BOND, Stephen R. How to draft an arbitration clause *in* Journal of International Arbitration, Vol. 2, 1989, p.1.

4.1 CONCEITO

A expressão cláusula compromissória patológica foi originalmente cunhada por FRÉDÉRIC EISEMANN, à época Secretário-Geral da CCI, quando publicou, no ano de 1974, obra intitulada “*La Clause D’Arbitrage Pathologique*”. O termo se refere a convenções de arbitragem e, particularmente, cláusulas compromissórias eivadas de vícios que, em alguma medida comprometem o adequado andamento do procedimento arbitral.

Cláusulas compromissórias podem se tornar patológicas por uma variedade de razões, desde um simples erro de digitação na indicação da instituição arbitral que administrará o procedimento até a completa ausência de elementos que indiquem a vinculação obrigatória das partes à arbitragem. Na melhor das hipóteses, tais patologias constituirão questões prejudiciais que deverão ser resolvidas pelas partes, muito provavelmente litigiosamente, elevando os custos e o tempo de duração do procedimento. Na pior das hipóteses e a depender da gravidade da patologia, pode se tornar impraticável a instauração do procedimento arbitral em razão da impossibilidade de se extrair da redação da cláusula compromissória, a real vontade das partes.

De uma forma ou de outra, em não havendo consenso entre as partes, tais patologias só poderão ser sanadas a partir da utilização de critérios interpretativos cuja finalidade é justamente preencher as lacunas deixadas na redação da convenção de arbitragem. A pergunta que se coloca nesse contexto é muito simples: A qual órgão compete interpretar a vontade das partes signatárias de uma cláusula compromissória patológica?

Depois de identificado o órgão competente para sanar a patologia, cabe ainda uma segunda pergunta: Como se dará a interpretação da vontade das partes? A resposta para ambas as perguntas será dada mais adiante, quando tratarmos dos diferentes papéis desempenhados pelo Poder Judiciário e pelo tribunal arbitral, bem como quando abordarmos a aplicação dos princípios interpretativos sugeridos por FRÉDÉRIC EISEMANN.

Na maioria dos casos, o tribunal arbitral ou o juízo estatal buscarão a manutenção do efeito positivo da cláusula compromissória⁹², isto é, tentarão contornar as deficiências presentes através do resgate do *animus* inicial das partes, em verdadeira manifestação do *favor arbitralis* (na dúvida, pró-arbitragem).

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. pp. 94.

Por fim, importa dizer que, ainda que a cláusula compromissória patológica venha a ser “sanada” por processo interpretativo (conduzido pelo juízo estatal ou arbitral), ainda assim subsistirá a possibilidade de a parte perdedora questionar judicialmente a sentença arbitral proferida – via ação anulatória de sentença arbitral – sob o argumento de que “*a sentença arbitral padeceria do vício de que trata o inciso IV do artigo 32 quando ficar caracterizado que os árbitros desviaram-se do procedimento estipulado pelas partes*”⁹³.

Feitas essas breves considerações iniciais acerca do conceito de cláusula compromissória patológica e das principais questões que a acompanham, passa-se, enfim, a analisar em profundidade o objeto do presente trabalho.

4.2 AS QUATRO FUNÇÕES ESSENCIAIS DE FRÉDÉRIC EISEMANN

Antes de propriamente adentrar o tema das cláusulas compromissórias patológicas, faz-se necessário analisar as quatro funções essenciais de uma convenção de arbitragem segundo FRÉDÉRIC EISEMANN⁹⁴:

- (i) A primeira – comum a qualquer espécie de contrato – é produzir efeitos vinculantes entre as partes.
- (ii) A segunda é afastar a jurisdição estatal da resolução dos litígios que surgirem no âmbito da relação contratual, ao menos até a prolação da sentença arbitral.
- (iii) A terceira é derogar aos árbitros a jurisdição para tratarem dos litígios que surgirem no âmbito do contrato.
- (iv) A quarta e última função é a capacidade de instaurar um procedimento arbitral eficiente e célere, capaz de gerar sentença arbitral suscetível a execução judicial.

Esses quatro requisitos juntos formam a essência do pioneiro artigo *La clause d'arbitrage pathologique*, escrito por EISEMANN em meados da década de 70⁹⁵. Não obstante

⁹³ CARMONA, Carlos Alberto, Op. Cit. p. 406.

⁹⁴ EISEMANN, Frédéric. *La clause d'arbitrage pathologique*, Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli, U.T.E.T, 1974, p. 130. Do original:

(1) la premiere, commune a toutes les conventions est de produire des effets obligatoires pour les parties,
(2) la seconde est d'ecarter [l'intervention des tribunaux etatiques dans le reglement d'un differend, tout au moins avant le prononce d'une sentence,
(3) la troisieme est de donner pouvoir a des arbitres de regler les litiges susceptibles d'opposer les parties,
(4) la quatrieme est de permettre la mise en place d'une procedure conduisant dans les meilleures conditions d'efficacite au prononce d'une sentence susceptible d'execution forcee.

⁹⁵ DAVIS, Benjamin G. Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria. 34 Rev. Arb. (1988), p. 1 et seq.

a passagem de mais de 40 anos desde a publicação do referido artigo, demonstrar-se-á a seguir sua intocada relevância e atualidade para o estudo das cláusulas compromissórias.

4.3 NÍVEIS DE PATOLOGIA: CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS SANÁVEIS E CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS “HIPERPATOLÓGICAS”

Para conceituar precisamente que tipo de cláusula constitui ou não uma cláusula compromissória patológica, EISEMANN optou por adotar um caminho intermediário, distanciando-se de uma visão demasiadamente estrita, segundo a qual cláusulas nulas ou inoperantes não seriam consideradas patológicas⁹⁶ e também de uma abordagem mais aberta, no sentido de que qualquer cláusula que se desviasse, ainda que minimamente, de um modelo pré-concebido, poderia ser caracterizada como patológica⁹⁷.

A visão do autor era, portanto, no sentido de que seria considerada patológica a cláusula que, em razão de má-redação, omissão ou contradição, tivessem suprimidas suas funções essenciais (ver item 4.2 anterior)⁹⁸.

EISEMANN ressalta, ainda, que as patologias encontradas nas cláusulas compromissórias variam em espécies e níveis de intensidade, para melhor ilustrar sua visão, o autor as divide em dois grupos: o primeiro abrange as cláusulas que, embora patológicas, preservam boa parte de suas funções essenciais⁹⁹, chamaremos estas de “sanáveis”. O segundo grupo, no entanto, se refere às chamadas cláusulas compromissórias “hiperpatológicas”, assim denominadas por terem comprometidas todas ou quase todas as suas funções essenciais¹⁰⁰, tornando impossível, na maioria das vezes, a instauração da arbitragem.

⁹⁶ Do original: “ne reconnaissant un caractère pathologique qu’aux conventions d’arbitrage nulles ou inopérantes”.

⁹⁷ Do original: “L’autre, large, retenant toutes les clauses qui s’éloignent quelque peu d’un modèle qui a fait ses preuves. Dans cette acception, serait pathologique toute clause qui, tout en se référant à l’arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, divergerait peu ou prou de la clause-type proposée par cette organisation”.

⁹⁸ Do original: “Après réflexion, nous avons choisi une voie moyenne, consistant à considérer comme “pathologique” toute clause d’arbitrage qui, de par son libellé ne peut remplir ses fonctions essentielles.”

⁹⁹ Do original: “la première regroupe des clauses dont les dispositions ne s’opposent pas véritablement à l’exercice d’une des quatre fonctions que nous avons dégagées”.

¹⁰⁰ Do original: Or, il résulte du libellé de certaines clauses que la désignation des arbitres est subordonnée à un nouvel accord des parties - ce qui affecte partiellement l’effet obligatoire de la convention - ou à défaut, à une intervention du juge (a). Dans d’autres hypothèses, cette intervention judiciaire est directement envisagée par les parties, non pas en matière de désignation d’arbitres mais parce qu’elles ont hésité à attribuer ces derniers une

No que se refere às cláusulas sanáveis, EISEMANN entende que as patologias decorrem do fato de que o procedimento instaurado com base em tais cláusulas estará sempre sujeito à objeção da parte contrária à arbitragem, que se aproveitará do caráter patológico da cláusula para obstaculizar de toda forma o andamento da arbitragem e, em um segundo momento, a execução da sentença arbitral proferida. O tipo de patologia aqui presente estaria, portanto, diretamente relacionado à falta da quarta função essencial. O autor afirma que são causas geradoras desse tipo de patologia a incerteza quanto ao modo de indicação dos árbitros e a imprecisão quanto às regras objetivas e substantivas aplicáveis ao procedimento¹⁰¹.

O autor novamente sinaliza que os impasses encontrados nas cláusulas sanáveis são transponíveis, isto é, não necessariamente culminam na inoperacionalização do procedimento arbitral. Em contrapartida, no que tange às cláusulas “hiperpatológicas”, seus desdobramentos são demasiadamente mais gravosos à arbitragem na medida em que suas funções essenciais são largamente comprometidas¹⁰².

Ao tratar das cláusulas “hiperpatológicas”, EISEMANN analisa dois precedentes emblemáticos, nos quais as patologias presentes são tão graves que somente mediante o consenso entre as partes para a celebração de nova convenção de arbitragem ou adendo à cláusula compromissória poderia o procedimento arbitral ser instaurado. O primeiro exemplo citado pelo autor é o de uma cláusula compromissória que indica instituição arbitral inexistente e sequer menciona a palavra “arbitragem” em sua redação. O segundo exemplo apresentado se refere a uma cláusula compromissória excessivamente extensa e específica, cuja lei escolhida para reger o procedimento é nacional, ao mesmo tempo em que há disposição autorizando o julgamento com base em equidade.

compétence soit générale soit définitive dénaturant ainsi leur convention (b). Enfin, dans certaines clauses hyperpathologiques, ce sont toutes les fonctions - ou presque - de la convention arbitrale qui sont gangrenées (c).

¹⁰¹ Do original: Les clauses de cette catégorie sont pathologiques car la procédure arbitrale qui en découle risque d'être l'objet de contestations de nature à créer des obstacles à l'exécution de la sentence qui en résultera. C'est donc essentiellement dans l'exercice de leur 4ème fonction que ces clauses d'arbitrage sont déficientes, mais, du fait des liens étroits unissant les diverses fonctions des conventions arbitrales, cette déficience provient parfois d'une incertitude quant au mode de désignation des arbitres (a). Elle peut aussi provenir des difficultés relatives aux règles applicables à la procédure ou au fond du litige (b).

¹⁰² Do original: Il semble donc qu'il y ait finalement la une impasse. Cette impasse n'est évidemment pas insurmontable puisque la stipulation des parties ne s'oppose pas irrémédiablement au déroulement de la procédure arbitrale. Elle risque simplement de s'opposer à ce, que cette procédure arbitrale ait un résultat compatible avec les intérêts des parties. Aussi cette clause d'arbitrage - comme toutes celles que nous venons d'examiner - n'est-elle que pathologique au premier degré. La pathologie de celles qui vont faire l'objet de la seconde partie de cet article est beaucoup plus aiguë, car, ainsi que l'on va le constater, leur libelle écarte toute possibilité d'exercice de certaines des fonctions propres à la clause d'arbitrage.

Por fim EISEMANN pontua novamente a extrema importância que tem o momento pré-contratual e a redação cuidadosa da convenção de arbitragem, ressalta o importante papel que tem a simplicidade na redação contratual¹⁰³, alertando, ainda, para o fato de que a simplicidade é facilmente convertida em omissão se não for aplicada com o devido rigor técnico, por isso a importância de se ter um advogado arbitralista para elaborar a cláusula compromissória¹⁰⁴.

Analisada a teoria base brilhantemente formulada por EISEMANN há mais de quatro décadas, cumpre agora verificar as contribuições e avanços da doutrina recente sobre o tema e em que medida a teoria base influenciou e continua influenciando a temática das cláusulas compromissórias patológicas.

FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, na linha da divisão estabelecida por EISEMANN, endereçam as cláusulas compromissórias sanáveis e “hiperpatológicas”, apontando para seus desdobramentos práticos¹⁰⁵:

The expression “pathological clause was first used in 1974 by Frédéric Eisemann, then honorary Secretary General of the ICC. It denotes arbitration agreements, and particularly arbitration clauses, which contain a defect or defects liable to disrupt the smooth progress of the arbitration. Arbitration agreements can be pathological for a variety of reasons. The reference to an arbitration institution may be inaccurate or totally incorrect; the agreement may appear to allow submission of disputes to arbitration to be optional; it may contain a defective mechanism for appointing arbitrators in that, for example, the chosen appointing authority refuses to perform that function; alternatively, the agreement might itself appoint arbitrators who have died by the time the dispute arises. The agreement may stipulate that the tribunal is to comprise three arbitrators where the dispute involves three or more parties whose interests differ; it may impose impracticable conditions for the arbitral proceedings (such as unworkable deadlines), or provide that certain issues (such as the validity of the contract) are not to be dealt with by the arbitrators, despite the fact that such issues are closely related to the dispute which the arbitrators are called upon to decide. Another example is an agreement that permits an appeal from the award before national courts in

¹⁰³ Do original: En matière de libelle de clause d'arbitrage, la simplicité apparaît comme un gage d'efficacité.

¹⁰⁴ Do original: Mais la simplicité se transforme facilement en simplisme si elle ne s'accompagne pas 'de rigueur. Or, cette rigueur les parties ne la trouveront que chez des juristes expérimentés. Dans ces conditions, deux solutions s'offrent à elles. Si leur choix se porte sur un arbitrage « ad hoc », elles doivent inclure dans leur contrat une clause dont le libelle a déjà fait ses preuves ou, à défaut, demander à des juristes spécialistes de l'arbitrage d'en rédiger le texte. Par ailleurs, ce sont de tels spécialistes qui ont préparé les clauses types que proposent les institutions d'arbitrage. C'est pourquoi le plus sage sera pour les parties désireuses de recourir à un arbitrage institutionnel, d'utiliser ces modèles en toute confiance, c'est-à-dire sans leur apporter des modifications dont l'hétérogénéité est rarement assimilable.

¹⁰⁵ SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, 1. ed. The Hague, Kluwer International, 1999. pp. 792-793.

cases where the subject-matter is international. At best, these defects will give rise to associated litigation, fueling the arguments of the party attempting to avoid arbitration and making the overall process more time-consuming and expensive. At worst, the defect will prevent the arbitration from taking place at all. This will be the case where it is impossible to infer an intention which is sufficiently coherent and effective to enable the arbitration to function. These clauses will need to be interpreted by the arbitrators, and by the courts reviewing the existence of an arbitration agreement and ensuring that the arbitrators remained within the bounds of their jurisdiction. In most cases, the arbitrators or the courts—relying on the principle of effective interpretation more than on any rule in *favorem validitatis* – will salvage the arbitration clause by restoring the true intention of the parties, which was previously distorted by the parties' ignorance of the mechanics of arbitration.

Ainda nessa esteira, a doutrina recente de ALAN SCOTT RAU sobre as cláusulas compromissórias “hiperpatológicas”¹⁰⁶:

Now there may exist cases where “gaps” may be so extensive, or so critical, that the very notion of private autonomy loses any possible legitimacy. These are the true “gaps”: Here there is a failure of agreement that may be fatal in the sense that – as in some low-budget horror film – the cracks spread so widely as to swallow up any pretense of a contract. Contracts students sometimes refer to such cases as exemplifying a lack of a “meeting of the minds” – but then have to be reminded that our “minds” are the least seemly thing that we should be talking about.

Sobre a ausência da quarta função essencial estabelecida por EISEMANN, qual seja “*a capacidade de instaurar um procedimento arbitral eficiente e célere, capaz de gerar sentença arbitral suscetível a execução judicial*”, a lição de LOUKAS MISTELIS, JULIAN LEW e STEFAN KRÖLL:

Ambiguous or defective arbitration agreements can lead to lengthy litigation challenging jurisdiction both at the outset and when enforcement of the award is sought. An arbitration agreement should not only result in granting jurisdiction to the tribunal and excluding jurisdiction of the courts, but it should also lead to a procedure “leading under the best conditions of efficiency and rapidity to the rendering of an award that is susceptible of judicial enforcement.” Lengthy disputes as to the validity and content of the arbitration agreement may therefore defeat one of its primary functions. Hence the importance of drafting an arbitration agreement with precision and clarity.

Por fim, a co-autora da Lei de Arbitragem, SELMA LEMES, em estudo inteiramente dedicado a revisitar as ideias de EISEMANN, demonstra o quão atual permanece o estudo

¹⁰⁶ RAU, Alan Scott. “Gap Filling” by Arbitrators in Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Volume 18, Kluwer Law International, pp. 935 – 1005, 2015.

elaborado pelo autor. A autora dá sua contribuição ao explorar a divisão criada por EISEMANN para o estudo das cláusulas compromissórias¹⁰⁷:

Essas cláusulas podem ser classificadas como cláusulas arbitrais (i) inválidas ou (ii) suscetíveis de validade. As primeiras (i) são cláusulas redigidas de tal forma incongruente, que da leitura não se pode aferir tratar-se de cláusula compromissória, tais como quando, apesar de receber a denominação de cláusula arbitral preveja procedimento que mais se assemelha à conciliação ou à mediação, bem como quando estabelece, na verdade, uma avaliação pericial.

Cláusulas assim redigidas não permitem que se infira que as partes elegeram a arbitragem para solucionar a controvérsia existente e serão consideradas nulas e de nenhum efeito no que concerne à instância arbitral. Por sua vez as cláusulas suscetíveis de validade (ii) são as cláusulas arbitrais em branco ou vazias, que não esclarecem a forma de eleição dos árbitros ou o modo da arbitragem (institucional ou ad hoc), as que indicam erroneamente instituição arbitral ou de modo insuficiente, as que apenas indicam o local da arbitragem, as que prevêm a arbitragem e, no mesmo documento ou em apartado, indicam o foro judicial (cláusulas contraditórias), as que a redação indica a arbitragem para solucionar questões referentes à execução do contrato, podendo subentender-se que as questões surgidas e referentes à resilição do contrato estariam excluídas (cláusulas ambíguas); enfim, na presença de cláusulas formuladas de forma ambígua, contraditória, deficiente, omissa ou imperfeita, todas incluídas no gênero de cláusulas arbitrais patológicas, doentes ou defeituosas demandam interpretação a ser efetuada, conforme o caso, pelas cortes judiciais, instituições arbitrais *prima facie*, e pelo tribunal arbitral ou árbitro único, que avaliarão a real intenção das partes, verificando a existência e validade da convenção de arbitragem naqueles moldes redigida.

4.4 JOGO DOS 7 ERROS: EXEMPLOS DE PATOLOGIAS RECORRENTES

Analisado o conceito de cláusula compromissória patológica tanto na doutrina base quanto em trabalhos mais recentes e, depois de verificadas as diversas espécies de patologias e seus degraus de intensidade, se faz necessário analisar a posição da jurisprudência em relação aos litígios preliminares que decorrem dos mais diversos tipos de cláusulas compromissórias patológicas. Para tanto, o autor selecionou sete precedentes, os quais apresentará adiante.

¹⁰⁷ LEMES. Selma Ferreira. Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes. Reflexões sobre Arbitragem, In *Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo, LTr, 2002, p. 2.

4.4.1 CLÁUSULA NÃO VINCULATIVA

O primeiro precedente a ser examinado é a Apelação Cível nº 70030670210, da relatoria do Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (“TJRS”), tendo sido julgada em 31 de março de 2011. Trata a lide de ação monitória movida por PLANALTO TINTAS LTDA. (“PLANALTO”) em face de SCHMIDT CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA. (“SCHMIDT”) na qual PLANALTO afirma ser credora da quantia de R\$ 2.861,51, comprovado por notas fiscais.

Sobreveio sentença condenando SCHMIDT ao pagamento do valor cobrado, em face da qual interpôs apelação objetivando a reforma da sentença e a consequente extinção da ação sem resolução do mérito em razão da suposta existência de convenção de arbitragem celebrada entre as partes¹⁰⁸.

Os documentos juntados pela PLANALTO para sustentar sua tese remetem a notas fiscais de aquisição de tintas para construção civil, cujo teor dizia: “*Todo litígio da presente venda será resolvido pela Justiça Arbitral Lei Federal 9307/97 e regulamentos do 1º Juizado Arbitral de Passo Fundo*”.

Logo abaixo de cada nota ou fatura consta o campo “comprador”, com rubrica aposta, mas sem a identificação clara do adquirente. As rubricas presentes nas faturas acostadas eram distintas umas das outras, o que segundo o TJRS “*embaralha o exame da vontade contratual das partes, já que não há clareza com relação ao firmatário*”.

Sobre a legitimidade do documento apresentado enquanto cláusula compromissória, declarou a 12ª Câmara Cível do TJRS:

Não há dúvida de que o documento referido não é um contrato, mas sim uma fatura ou nota fiscal, sem forma nem figura, munida de identificação precária, teor duvidoso e contestável, mormente por fazer crer existir uma “Justiça Arbitral” e um “Juizado Arbitral”, nomenclaturas análogas e exclusivas da Justiça Estatal, quando se sabe que expedientes dessa natureza despertam a confusão na vontade das partes envolvidas no litígio, sobretudo

¹⁰⁸ Pelo exposto, julgo improcedentes os embargos monitórios, propostos por Schmidt Construções e Incorporações Ltda., contra a Planalto Tintas Ltda., e constituo o crédito inicial, de R\$ 2.861,51, representado pelos documentos que acompanharam a inicial (fls. 10/16), em títulos executivos judiciais de pleno direito, nos termos do § 3º do artigo 1.102-C do CPC, com correção monetária pelo IGP-M e com juros de mora de 1% a/m, desde o cálculo de fl. 9.

naquelas que detém menos informação técnica, predispostas, em potência, a embaralhar os ritos arbitral e judicial.

A PLANALTO, embora tenha pleiteado em favor do reconhecimento da validade da cláusula compromissória, descreveu as notas fiscais apresentadas como documentos que em nada se confundem com uma convenção de arbitragem, vejamos:

[...] tais documentos apresentam apenas o nome da apelante como cliente, todavia em nenhum momento é comprovado efetivamente quem assinou tais pedidos de compra, restando a documentação acostada aos autos precária comprovação do alegado pela apelada, bem como, igualmente precários os instrumentos de protesto acostados aos autos, eis que a apelada não apresenta, em momento algum, qualquer título creditício que comprove, inequivocamente, sua origem.

Diante da declaração da PLANALTO, a 12ª Câmara Cível questionou “*se a própria apelante admite que o documento é débil ou inoperante para diagnosticar a vontade das partes de se submeterem ao juízo arbitral, como pode, em sede de preliminar de apelo, suscitar a nulidade da sentença por incompetência de juízo, mercê de cláusula compromissória inserta nas notas fiscais ou faturas?*”

A 12ª Câmara Cível entendeu, ainda, que a PLANALTO, ao contestar em um momento os documentos, assinaturas ou rubricas e mesmo seu teor e, em momento posterior e desfavorável aos seus interesses, contrariar conduta anterior, incorreu na proibição ao *venire contra factum proprium*, dever que decorre do princípio da boa-fé objetiva¹⁰⁹.

Por fim, em decisão unânime, entenderam os desembargadores da 12ª Câmara Cível do TJRS por negar provimento ao recurso de apelação interposto por PLANALTO, preservando a eficácia da sentença proferida pelo MM. Juízo *a quo* e rejeitando o reconhecimento da validade da cláusula compromissória apresentada por não constituir contrato e, em decorrência disso, não vincular as partes.

No caso em exame, os documentos acostados aos autos, somados à alegação da apelante e à própria conduta da credora (autora) em equacionar a controvérsia ao demandar perante a Justiça Comum, são suficientes para demonstrar que não houve a indesmentível eleição do rito arbitral recomendada pela LA para dirimir o negócio jurídico entabulado entre os litigantes, razão por que não merece prosperar a preliminar suscitada.

¹⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório - Venire contra factum proprium e tutela da confiança*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 83 et seq.

Ante o conjunto probatório desenhado pela recorrida, competia à ré objetar os documentos lançados, via provas robustas e argumentos capazes de fulminar a sua plausibilidade, o que seria de mister, e no que não logrou êxito.

Portanto, em vista da ausência de elementos capazes de transmutar o cenário de procedência da ação monitória, reputo constituído o crédito pleiteado. Ante tais comemorativos, rejeito a preliminar suscitada e nego provimento ao apelo, mantendo incólume a sentença atacada.

4.4.2 IMPRECISÃO OU OMISSÃO NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

No ano de 2012, cortes inglesas¹¹⁰ e brasileiras¹¹¹ examinaram a validade de uma convenção de arbitragem firmada no Brasil, em caso que ganhou notoriedade na comunidade arbitral internacional (Sulamerica CIA Nacional de Seguros SA and others v Enesa Engenharia S.A [2012] EWCA Civ 638 ou “Caso Jirau”, como ficou conhecido no Brasil). As decisões proferidas revelam abordagens distintas para a determinação do direito aplicável à convenção de arbitragem.

No Brasil, determinou-se a aplicação da lei brasileira, que regia as obrigações substanciais do contrato. Na Inglaterra, os julgados tomaram por base a doutrina da separabilidade (ou autonomia da convenção de arbitragem) e entenderam que o direito mais estreitamente vinculado à convenção de arbitragem era o da sede da arbitragem: a cidade de Londres, na Inglaterra.

As decisões comentadas relacionam-se com duas apólices de seguros, mediante as quais três sociedades brasileiras (“Seguradas”) contrataram com seis seguradoras (“Seguradoras”) a cobertura dos riscos envolvidos na construção da Usina Hidrelétrica de Jirau (“Usina”), localizada em Rondônia. No âmbito desse contrato constou cláusula compromissória submetendo as disputas à arbitragem na Inglaterra e cláusula de eleição de foro remetendo as disputas à justiça brasileira.

¹¹⁰ *High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, Commercial Court*, proferida em 19 de janeiro de 2012, [2012] EWHC 42 (Comm);

Court of Appeal of England and Wales, proferida em 16 de maio 2012, [2012] EWCA Civ 638;

¹¹¹ Agravo de Instrumento nº 0304979-49.2011.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Des. Paulo Alcides, julgado em 13 de janeiro de 2013 (“DECISÃO BR”);

As apólices continham três disposições relativas à resolução de disputas, tratando, respectivamente, da escolha de lei e foro, da previsão de mediação e, por fim, de uma convenção de arbitragem, são elas:

Lei e Foro

Fica estabelecido que esta Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil. Qualquer disputa nos termos desta Apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos Tribunais do Brasil.

Mediação

No caso de qualquer disputa ou divergência de qualquer natureza em decorrência de ou relativa a esta Apólice, incluindo qualquer questão referente a sua existência, vigência ou término, doravante denominada a disputa, ficam obrigadas as partes a procurarem uma resolução amigável da disputa através de mediação, antes de partir para um processo de arbitragem. [...]

Caso a disputa não se resolva satisfatoriamente para ambas as partes no prazo de até 90 dias a contar da apresentação da notificação para o início da mediação, ou se qualquer das partes deixarem ou recusarem-se a participar na mediação, ou se qualquer parte apresentar a notificação por escrito a fim de terminar a mediação sob esta cláusula, então qualquer parte poderá encaminhar a disputa para um processo de arbitragem.

Arbitragem

No caso do Segurado e a Seguradora não entrarem em acordo sobre o montante a ser pago sob esta Apólice através de mediação conforme acima estabelecida, tal disputa será encaminhada para um processo de arbitragem sob as regras de arbitragem de ARIAS. O Tribunal de Arbitragem será constituído por três árbitros sendo um a ser nomeado pelo Segurado, outro a ser nomeado pela Seguradora, e o terceiro a ser designado pelos dois árbitros nomeados. O terceiro membro do Tribunal deve ser nomeado assim que for praticável em prazo não superior a 28 dias após a nomeação dos representantes das duas partes. O Tribunal será constituído mediante a nomeação do terceiro árbitro. [...]

A sede de arbitragem ficará em Londres, Inglaterra.

Uma revolta motivada por trabalhadores da Usina em março de 2011, ocasionou graves danos ao patrimônio das Seguradas e, em razão disso, foi realizado o sinistro e as Seguradas notificaram as Seguradoras requerendo cobertura pelos danos. Até setembro daquele ano, as Seguradoras não haviam manifestado uma posição com relação à cobertura ou com relação à garantia. Os Segurados sinalizaram com a possibilidade de conduzir mediação e, logo em seguida, remeteram notificação formal do sinistro.

Após mais algumas tentativas de mediação, as Seguradoras remeteram uma notificação para o início de procedimento arbitral, em 29 de novembro de 2011 e em 12 de

dezembro do mesmo ano, as Seguradas ajuizaram ação judicial no Brasil questionando a validade da cláusula arbitral. A liminar pleiteada foi indeferida.

Em 13 de dezembro de 2011, as Seguradoras obtiveram uma “*interim antisuit injunction*” perante o tribunal arbitral sediado em Londres determinando que as Seguradas se abstivessem de dar continuidade à ação judicial no Brasil.

Em 16 de dezembro de 2011, foi proferida decisão conferindo efeito suspensivo ao agravo interposto pelas Seguradas, determinando que as Seguradoras se abstivessem de levar a cabo a arbitragem¹¹².

Em 19 de janeiro de 2012, o Poder Judiciário de Londres proferiu decisão a favor das Seguradoras entendendo (i) que a lei inglesa era aplicável à convenção de arbitragem; (ii) impedindo as seguradoras de darem continuidade às ações judiciais iniciadas no Brasil; (iii) a cláusula compromissória abrange qualquer controvérsia advinda do contrato; (iv) as Seguradoras poderiam dar continuidade ao procedimento arbitral e que a cláusula compromissória prevalece sobre a cláusula de foro do contrato.

Em 19 de abril de 2012, foi proferido acórdão por meio do qual foi dado provimento, por maioria, ao recurso para determinar que as Seguradoras se abstivessem de praticar atos tendentes à instauração da arbitragem em Londres, sob pena de multa de R\$400.000,00. Na decisão, Des. Relator Paulo Alcides Amaral Salles fundamentou a decisão na ausência de cláusula compromissória firmada separadamente, tal como exigido pelo §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem. Assim, entendeu o relator que a cláusula de eleição do foro deveria prevalecer sobre a cláusula arbitral. Em 16 de maio de 2012, o Tribunal de Apelação inglês rejeitou o recurso interposto pelas Seguradas.

Em 29 de junho de 2012, a disputa chegou ao Superior Tribunal de Justiça através de Reclamação proposta pelas Seguradoras, cuja inicial foi indeferida em decisão monocrática da Ministra Fátima Nancy Andrichi. A decisão teceu considerações sobre o mérito da reclamação, consignando a incidência do princípio *kompetenz-kompetenz* (art. 8º da Lei de Arbitragem) ao caso, de modo que caberia ao árbitro decidir sobre a validade da convenção de arbitragem e que a propositura da ação de nulidade do compromisso arbitral não impediria o procedimento de homologação da sentença estrangeira.

¹¹² Agravo de Instrumento nº 030497949.2011.8.26.0000. TJSP.

Por fim, após intensa disputa e diversas decisões conflitantes proferidas ao longo de quase dois anos, em setembro de 2013, as partes celebraram acordo extrajudicial para a desistência das ações em trâmite no Brasil. A continuidade da disputa em Londres, no entanto, não foi comprometida.

A necessária cautela na redação da convenção de arbitragem, mais uma vez se impõe, sobretudo no tocante à escolha da sede de arbitragem. O caso Jirau, neste particular, serve como o perfeito exemplo de quão caro pode custar para ambas as partes a desatenção ou imperícia do redator de uma cláusula compromissória patológica.

4.4.3 CLÁUSULA ESCALONADA PATOLÓGICA (*MULTI-TIERED*)

As cláusulas compromissórias escalonadas oferecem às partes mais de uma alternativa à resolução do litígio em uma sequência temporal, isto é, as partes acordam em estabelecer outro método de resolução de conflitos anterior à instauração da arbitragem, como por exemplo a mediação ou o *dispute board*, tal qual ocorre com a conciliação no Poder Judiciário brasileiro. As partes adotam esse modelo de cláusula por uma variedade de razões, mais comumente nas relações contratuais onde é necessária uma interação diária com a outra parte por um longo período de tempo, bem como a resolução de pequenos litígios surgidos no dia-a-dia (ex: construção civil, empreitada, etc.).

Apesar de se mostrarem úteis em contratos com a duração mais extensa, as cláusulas compromissórias escalonadas não devem ser adotadas universalmente, uma vez que elas podem se mostrar problemáticas caso haja a necessidade de se concluir o objeto do contrato em um prazo curto de tempo. Nesse ponto, a inserção de um método de resolução de conflitos adicional pode se mostrar inútil e até oportunamente protelatório para a parte que se opor à instauração da arbitragem.

Quando mal redigidas, no entanto, as cláusulas compromissórias patológicas podem atrasar enormemente a resolução do conflito além de potencialmente gerarem outras disputas colaterais em relação à exequibilidade da própria cláusula.

Em *Wah (aka Tang) v Grant Thornton International Ltd.* (Royal Courts of Justice of London Case no. HC12E01608) uma disputa surgiu entre a GRANT THORNTON, empresa de consultoria americana, e seus acionistas minoritários. Era reconhecida a existência de cláusula

compromissória escalonada celebrada entre as partes litigantes, que previa o seguinte rito¹¹³: (i) o CEO da empresa conduziria uma “conciliação amigável”; (ii) caso a conciliação não resultasse em êxito, um painel de três membros do conselho de administração da empresa promoveria outra rodada de conciliação; e (iii) caso a segunda rodada de conciliação não fosse bem sucedida poderiam as partes iniciar a arbitragem.

Embora tenha havido alguma tentativa de negociação entre as partes, o CEO da empresa se recusou a participar da rodada de conciliação sob a justificativa de que não queria se envolver tão intimamente na resolução da disputa e o painel de membros do Conselho de Administração jamais foi criado. Ao invés disso, a GRAND THORNTON deu início à arbitragem, ignorando as etapas anteriores estabelecidas pela cláusula compromissória e, em razão disso, os acionistas minoritários ajuizaram ação judicial questionando o rito adotado pela GRAND THORNTON e a possibilidade de instauração da arbitragem naquele momento.

O juiz Hildyard da *High Court of Justice of London* entendeu que a cláusula não era suficientemente clara a ponto de configurar condição precedente para a instauração da arbitragem, de acordo com o juiz sequer havia condição de resolver a questão preliminar com base no princípio *kompetenz-kompetenz*, já que não havia na cláusula compromissória qualquer diretriz de como isso seria resolvido mediante conciliação, quem seria envolvido na disputa e quais seriam as atribuições do CEO da empresa enquanto facilitador da conciliação.

Na completa ausência de operacionalidade das primeiras etapas da cláusula escalonada, optou o juiz Hildyard por preservar a única etapa que de fato poderia ser instrumentalizada: a arbitragem. Por fim decidiu extinguir a ação proposta pelos acionistas minoritários, validando o procedimento arbitral que já havia sido instaurado pela GRAND THORNTON:

In the result, in my judgment:

The provisions of Section 14.3 lack sufficient definition and certainty to constitute enforceable conditions precedent to the commencement of arbitration in accordance with the provisions of Section 14.4.

Further or alternatively, on its true construction Section 14.3(d) does not prevent any party to the MFA from commencing any arbitration procedures in accordance with its terms after the expiry of two months from the first reference of a request for conciliation or (if earlier) the failure of the conciliation process in consequence of (i) it not being possible to establish a

¹¹³ Do original: (1) the CEO to facilitate an “amicable conciliation” process; (2) if that was not successful, for a panel of three board members to facilitate another round of conciliation; (3) if that was not successful, either party could commence arbitration.

panel because there are no members of the Board willing to serve and/or (ii) because all such members of the Board take the view that the dispute or difference cannot not be resolved by such a panel. The arbitration in this case was commenced well after any such time frame had expired and after it was clear that no panel could be established because none of the members of the Board considered that the dispute or difference could be resolved.

On either approach, the Tribunal did have jurisdiction, as it itself concluded.

I shall therefore dismiss the claim. I invite counsel to prepare a minute of order accordingly. That and any other matters can be dealt with when this judgment is formally handed down.

Este caso é outro bom exemplo de como a má-redação da cláusula compromissória pode abrir espaço para a atuação indesejada do Poder Judiciário (indesejada porque originalmente afastada pelas próprias partes). A lição aqui contida é importantíssima: cláusulas compromissórias escalonadas, na origem, não diferem em nada de qualquer outro tipo de contrato e, por isso, necessitam de uma redação suficientemente clara que a permita produzir seus efeitos encadeados de maneira ininterrupta. Como mencionado pelo juiz Hildyard em sua decisão: *"The test is not whether a clause is a valid provision for a recognised process of ADR; it is whether the obligations and/or negative injunctions it imposes are sufficiently clear and certain to be given legal effect."*

4.4.4 IMPRECISÃO OU OMISSÃO NA INDICAÇÃO DOS ÁRBITROS

O caso *NIOC vs. Estado de Israel* teve origem a partir da celebração de Acordo de Participação entre o Estado de Israel (“ISRAEL”) e a *National Iranian Oil Company* (“NIOC”) para a construção, manutenção e exploração de um oleoduto no território de Israel, que continha a seguinte cláusula arbitral, redigida em inglês:

If at any time within the period of this Agreement or thereafter, any doubt, difference or dispute shall arise between the Parties concerning the interpretation or execution of this Agreement or anything connecting therewith or concerning the rights and liabilities of the Parties hereunder, the same shall, failing any agreement to settle it by other means, be referred to arbitration. Each Party shall appoint one arbitrator. If such arbitrators fail to settle the dispute by mutual agreement or to agree upon a Third Arbitrator, the President of the International Chamber of Commerce in Paris shall be requested to appoint such Third Arbitrator. The decision of the Board of Arbitrators so appointed shall be final and binding upon the Parties.

Em 14 de outubro de 1994 a NIOC notificou ISRAEL de seu requerimento de arbitragem, indicando desde já seu árbitro e convidando ISRAEL a designar um segundo

árbitro no prazo de 30 dias, conforme disposto na cláusula compromissória. A despeito de uma série de troca de notificações, em julho de 1995, ISRAEL recusou-se formalmente a nomear um segundo árbitro.

Diante desse acontecimento, a NIOC, invocando o art. 1493¹¹⁴, do Código de Processo Civil francês, interpretou as disposições do Acordo de Participação assumindo que a vontade das partes era de estabelecer a cidade de Paris como sede do tribunal arbitral e a CCI como instituição arbitral.

ISRAEL, por sua vez argumentou que a NIOC pretendia discutir atos de governo que não seriam arbitráveis. Além disso, se as partes haviam previsto que o presidente de uma organização internacional designaria o terceiro árbitro, não havia nada que permitisse presumir que as partes quiseram que o coárbitro também fosse designado por uma autoridade neutra. Pelo contrário, em sua opinião, a intervenção de um Tribunal israelita corresponderia melhor ao espírito da convenção.

Após dez anos de intensa disputa judicial, a *Première Chambre Civile de la Cour de Cassation* decidiu, em 1º de fevereiro de 2005, que o Presidente do *Tribunal de Grande Instance de Paris* era competente para indicar o segundo árbitro em razão da omissão de ISRAEL e tendo em vista a conexão com a França e a impossibilidade de a parte iniciar o procedimento arbitral sem que a sua contraparte indicasse seu coárbitro.

Apenas em 10 de fevereiro de 2012, o tribunal arbitral veio a proferir uma sentença parcial, rejeitando as objeções feitas por ISRAEL quanto à nomeação dos árbitros, admitindo, dessa forma, a regularidade do tribunal arbitral. Na sentença parcial, o tribunal destaca que uma primeira obrigação do signatário de uma convenção de arbitragem consiste em indicar um árbitro e que o fato de a cláusula compromissória não prever uma disposição supletiva para os casos de violação dessa obrigação não constitui uma “saída”, mas confirma o caráter imprescindível desse dever. Assim, a partir do momento que a parte se torna resistente à

¹¹⁴ Article 1493. An arbitration agreement may, directly or by reference to arbitration rules, appoint the arbitrator or arbitrators or provide for the method of their appointment. If in an arbitration taking place in France or subjected by the parties to French procedural law difficulties arise in the constitution of the arbitral tribunal, the interested party may bring the matter before the President of the Tribunal de Grande Instance of Paris as provided in Art. 1457, unless the parties agree otherwise.

designação do árbitro, a parte adversa está autorizada a recorrer à jurisdição competente para auxiliá-lo na constituição do tribunal arbitral.

O caso é emblemático visto que não há, de fato, qualquer ambiguidade ou falta de clareza na cláusula compromissória, há apenas uma lacuna quanto à forma de se suprir a vontade da parte que resiste em nomear coárbitro, possivelmente causada pela crença legítima das partes, à época da redação do contrato, de que nenhuma parte se negaria a nomeação.

Tentou-se em seguida, sem sucesso, anular a sentença proferida pelo tribunal arbitral perante o Tribunal Federal Suíço. Em decisão que homenageia, sobretudo, o princípio da confiança, o tribunal entendeu por manter integralmente a sentença arbitral sob o argumento de que nada na redação da cláusula compromissória permitia à NIOC entender que o procedimento arbitral poderia ser paralisado, desde o início, pela sua simples recusa em designar árbitro.

4.4.5 ERRO MATERIAL NA INDICAÇÃO DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL

O caso a seguir analisado tramitou perante o juízo da Suprema Corte de Singapura, nele, se discutiu a possibilidade de execução de cláusula compromissória cuja redação indicava instituição arbitral inexistente para administrar o procedimento arbitral. A Suprema Corte por fim entendeu que a cláusula detinha os elementos necessários para produzir efeitos vinculantes desde que as partes concordassem na indicação de nova instituição arbitral, vejamos.

O contrato objeto da lide foi celebrado entre *HKL Group Co Ltd.* (“HKL”) e Rizq International Holdings Pte Ltd. (“RIZQ”) para a compra e venda de areia que foi importada do Camboja para Singapura. HKL alegou que teria emitido faturas com os valores devidos e enviado à RIZQ para pagamento, porém, esta deixou de realizá-los e, por conta disso, HKL ajuizou ação de cobrança perante o poder judiciário de Singapura.

O disposto no art. 6º (2) do *Singapore International Arbitration Act* prevê que compete o poder judiciário extinguir ações ajuizadas com relação a matérias objeto de cláusula compromissória, a menos que considere tal cláusula nula ou inexecutável¹¹⁵. Com

¹¹⁵ The court to which an application has been made in accordance with subsection (1) shall make an order, upon such terms or conditions as it may think fit, staying the proceedings so far as the proceedings relate to the matter, unless it is satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

base nesse dispositivo, RIZQ requereu a extinção da ação de cobrança com base na cláusula compromissória contida no contrato de compra e venda celebrado, cuja redação era a seguinte:

Any dispute shall be settled by amicable negotiation between the two Parties. In case both Parties fail to reach an amicable agreement, all disputes out of in connection with the contract shall be settled by the Arbitration Committee at Singapore under the rules of The International Chamber of Commerce of which awards shall be final and binding on both parties.

HKL sustentou que tal requerimento não merecia prosperar em razão da inexecutabilidade da cláusula em questão, cuja instituição arbitral indicada para administrar o procedimento, a “Arbitration Committee at Singapore”, sequer existia. RIZQ alegava que, independentemente da redação equivocada era evidente que as partes, no momento da celebração do contrato, desejavam que as disputas dali originadas fossem dirimidas pela via arbitral.

De acordo com o juiz JORDAN TAM AR da Suprema Corte de Singapura a cláusula compromissória guerreada era plenamente válida e executável por quatro razões: (i) claramente evidenciava a vontade das partes em arbitrar; (ii) tinha efeito vinculante sobre as partes; (iii) determinava que a sede da arbitragem deveria ser Singapura; e (iv) determinava que o procedimento fosse regido pelo regulamento da CCI.

Por fim, o Juiz Jordan Tam Ar determinou a extinção da ação de cobrança sob a condição de que as partes celebrassem acordo com uma instituição arbitral sediada em Singapura para a realização da arbitragem sob o regulamento da CCI:

For the foregoing reasons, I will stay the proceedings, but, given the defect in the arbitration clause, I impose the condition that parties obtain the agreement of the SIAC or any other arbitral institution in Singapore to conduct a hybrid arbitration applying the ICC rules, with liberty to apply should they fail to secure any such agreement. I will hear parties on the issue of the imposition of any other conditions.

No caso em tela, utilizou-se do princípio da interpretação consoante efeito útil (*effective interpretation*) para preservar a intenção consubstanciada na cláusula compromissória celebrada entre as partes. Tal abordagem é comum em casos onde se

identifica meramente erro material na indicação da instituição arbitral, conforme indicam MISTELIS, LEW e KROLL¹¹⁶:

A typical defect is the incorrect reference to the institution under the rules of which an arbitration should take place. There have been references to the “Official Chamber of commerce in Paris”, the “Arbitration Court at the Swiss Chamber for Foreign Trade in Geneva” or “International trade arbitration organization in Zurich.” While these clauses refer to non existing institutions they show clearly that the parties intended to submit their disputes to arbitration. For this reason courts and tribunals are reluctant to consider these clauses void for uncertainty. In general the reference to a particular city, the type of dispute or industry sector involved have allowed the courts to identify the chosen institution. Only in exceptional cases where it was not possible to ascertain which institutional rules should govern the arbitration have tribunals found such agreements invalid.

4.4.6 CLÁUSULAS CONFLITANTES EM CONTRATOS RELACIONADOS

Passamos agora a analisar decisão do Tribunal de Justiça da Bahia (“TJ-BA”) (Agravo Interno nº 0002546-67.2010.805.0000-0) proferida em 27 de julho de 2010, sob a relatoria da Desembargadora Gardenia Pereira Duarte.

Em junho de 2008, Zeus Mineração Ltda. (“ZEUS”), José Rubens Moretti Júnior (“JOSE”), Guilherme Moretti (“GUILHERME”) e FAT – Ferroatlântica S. L. (“FERROATLÂNTICA”) celebraram contrato de *joint venture* para a exploração e comercialização de minério de manganês, no qual inseriram cláusula compromissória indicando a CCI como instituição arbitral.

Em seguida, com o objetivo de cumprir o objeto do contrato de *joint venture*, as partes constituíram a sociedade Ferroatlântica Brasil Sociedade Mineração Ltda. – FAT Brasil (“FAT BRASIL”), cujo contrato social continha uma cláusula compromissória que, por sua vez, optava pelo Regulamento da Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CCBC”).

Em novembro de 2009, a FERROATLÂNTICA manifestou interesse em terminar o contrato de *joint venture*, não obtendo êxito nas negociações do término da relação contratual.

¹¹⁶ LEW, Julian D.M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan Michael. Op. Cit. p. 75.

Em janeiro de 2010 a FERROATLÂNTICA apresentou requerimento de arbitragem perante a CCI, com base na cláusula compromissória constante do contrato de *joint venture*.

Em fevereiro de 2010, ZEUS, JOSÉ e GUILHERME obtiveram uma liminar *inaudita altera pars* em sede de ação cautelar inominada contra a FERROATLÂNTICA, para suspender o andamento do procedimento arbitral iniciado sob administração da CCI, até que fosse definido o regulamento que deveria reger a arbitragem – o eleito pelo contrato de *joint venture* (CCI) ou o eleito pelo contrato social da FAT BRASIL (CCBC).

Em abril de 2010, a requerimento da FERROATLÂNTICA, o TJ-BA suspendeu liminarmente os efeitos da liminar concedida em primeira instância, até que o mérito do agravo de instrumento fosse julgado. Em julho de 2010, o agravo foi julgado improcedente – cujo acórdão ora se examina –, mantendo, portanto, a decisão liminar proferida pelo juízo *a quo*.

O acórdão do TJBA tratou de diversas questões relevantes do ponto de visto do direito arbitral, no entanto, reduziremos o escopo de nossa análise ao capítulo que trata da redação das cláusulas compromissórias em contratos relacionados. Assim, passaremos a uma breve análise de como o Tribunal lidou com tal questão.

Conforme já mencionado, em decorrência da má técnica redacional verifica-se a proliferação de cláusulas compromissórias patológicas, tanto no Brasil, como no exterior. Felizmente, para o desenvolvimento da arbitragem, muitas patologias são sanáveis. É este o caso das cláusulas sob exame. A cláusula compromissória constante do contrato de *joint venture* estabelece que: “*Todas e quaisquer disputas e controvérsias oriundas deste contrato, deverão ser definitivamente resolvidas de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comercio Internacional de São Paulo*”.

Ocorre que instituição arbitral com tal denominação inexistente no Estado de São Paulo. Na realidade, as partes escolheram a CCI, localizada em Paris, na França, mas quiseram que o processo arbitral tivesse sede em São Paulo, no Brasil. Tal interpretação é, por óbvio, intuitiva e, por isso, essa patologia pode ser considerada menos grave.

Por outro lado, o contrato social da FAT BRASIL previa:

Em caso de litígio envolvendo qualquer matéria relacionada a este contrato, as partes submeterão este litígio à arbitragem, por um painel de três árbitros a serem nomeados de acordo com a Regra da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC). Os procedimentos de arbitragem deverão ser conduzidos

de acordo com as regras da CCBC, com as leis materiais e processuais aplicáveis no Brasil. Exclusivamente, para fins do art. 7.º da Lei 9.307/1996, as partes elegem o foro da Cidade de Belo Horizonte, MG, Brasil“

Como se sabe, a ação de execução específica da cláusula compromissória contida no art. 7.º da Lei de Arbitragem destina-se exclusivamente às cláusulas compromissórias vazias, isto é, aquelas que não preveem a forma de instituir a arbitragem em sua redação. Considerando que a referida cláusula é cheia, por fazer remissão ao Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da CCBC, inaplicável a ação do art. 7.º. Novamente uma patologia pouco ofensiva, pois o engano cometido pelo redator da cláusula não macula o restante de seu conteúdo, podendo ser simplesmente desconsiderado.

No tocante à redação de cláusulas compromissórias em contratos com mesmas partes e/ou relativos a uma mesma relação comercial, em tese, é desejável que seja tomado o cuidado de inserir cláusulas compromissórias iguais. Não significa, necessariamente, que o texto das cláusulas deva ser idêntico, mas uma certa harmonia entre seus elementos básicos é imprescindível (ex. número de árbitros, sede da arbitragem, instituição arbitral eleita e regras procedimentais aplicáveis). Isso porque cláusulas compatíveis tornam mais fácil e provável a consolidação de procedimentos conexos.

Ainda que não seja possível fazer a consolidação, tais processos podem correr em paralelo, dividindo inclusive eventuais provas produzidas e demais documentos juntados aos autos, promovendo economia processual e celeridade para as arbitragens. *In casu*, verifica-se incompatibilidade de todos os elementos acima mencionados, o que impossibilitaria a instauração de um mesmo processo arbitral com fundamento em ambas as cláusulas.

Nesse sentido, é necessário apurar, primeiramente, o alcance objetivo de cada cláusula compromissória, para então, caso sejam identificadas matérias regidas por ambas as cláusulas, verificar se uma cláusula compromissória prevalece sobre a outra. Acima de tudo, é imprescindível verificar quem tem jurisdição para decidir sobre tais questões. A Lei de Arbitragem brasileira atribui jurisdição ao árbitro para decidir sobre o escopo da cláusula compromissória¹¹⁷, fato que o acórdão examinado, infelizmente, desconsiderou.

¹¹⁷ Art. 8º (...) 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.

4.4.7 CLÁUSULAS AMBÍGUAS OU CONTRADITÓRIAS

Analisaremos caso no qual o Banco Santander S.A. e suas subsidiárias e coligadas (“SANTANDER”) deixou de pagar o salário mínimo legal e o adicional por hora extra devido a seus funcionários, conforme disposto *no* Fair Labor Standards Act (“FLSA”) e no New Jersey Wage and Hour Law (“NJWHL”). Em razão do inadimplemento do SANTANDER, dois de seus gerentes, Donna Ranieri e Nicholas Ranieri (“conjuntamente REQUERENTES”) decidiram ajuizar ação coletiva contra o banco com o objetivo de buscar compensação para si e para todos os demais gerentes imobiliários que trabalharam nessas condições nos Estados Unidos.

Em razão da referida ação judicial, o SANTANDER apresentou resposta requerendo a paralisação ou extinção da ação coletiva cumulada com pedido de execução específica de cláusula compromissória contida em documento denominado *Mortgage Development Officer Agreement* (“MDO AGREEMENT”), assinado por todos os gerentes imobiliários do SANTANDER no momento da contratação.

O MDO AGREEMENT é um documento de seis páginas e cinco capítulos, sendo o último intitulado “Termination and Claims”, vejamos seu teor:

Any controversy or claim arising out of the MDOA’s employment or the termination thereof shall be resolved through final and binding arbitration in accordance with the Employment Arbitration Rules and Mediation Procedures or other applicable rules of the American Arbitration Association then in effect. **Any such arbitration shall take place in the state in which the MDOA last worked for the Bank. Notwithstanding any contrary rule or procedure, the MDOA agrees to waive any right to bring, maintain, or participate in, or recover any relief from, a class, collective, or representative action against the Bank, its affiliates, or any of their respective employees or other agents to the maximum extent permitted by law. The MDOA further agrees that if included within a class, collective, or representative action, the MDOA will take all steps necessary to opt-out of the action or refrain from opting in, as the case may be.** The MDOA retains the right to challenge the validity of the waiver set forth in this Paragraph 5.04, and the MDOA will not be subject to retaliation by the Bank for asserting such right. Such controversies and claims subject to arbitration include, but are not limited to, those arising under this Agreement and those arising under any federal, state or local statute relating to employment and any tort, contract or common law claim.

Importante mencionar que logo acima do local de assinatura do MDO AGREEMENT havia os seguintes dizeres, em negrito **“I certify, by my signature below, that I have received a copy of the Mortgage Sales Commission Plan, which has been provided to me”**.

O MDO AGREEMENT continha também a seguinte cláusula de lei aplicável “*The Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Commonwealth of Pennsylvania except its choice of law principles and except to the extent preempted by federal law*”. Os REQUERENTES se insurgiram contra a aplicação da Lei do Estado da Pennsylvania, alegando para tanto que o referido Estado não teria nenhuma relação com os partes ou com a ação. O SANTANDER por sua vez alegou que a disposição sobre a lei aplicável deveria ser respeitada.

O Tribunal do Distrito de New Jersey acolheu o pleito do SANTANDER e garantiu a eficácia da cláusula de escolha da lei aplicável presente no MDO AGREEMENT. O argumento do SANTANDER prevaleceu sobretudo em razão de se localizar no Estado da Pennsylvania a sua sede, fazendo sentido, portanto, que as obrigações trabalhistas sejam regidas pela lei mais familiar à atividade desempenhada pelo SANTANDER.

Quanto à validade da cláusula compromissória constante do MDO AGREEMENT, os REQUERENTES afirmam que jamais concordaram em submeter os litígios decorrentes do referido contrato à arbitragem e tão somente assinaram o documento pois era uma condição essencial para a efetivação de suas contratações. Além disso, alegaram que suas assinaturas no documento tiveram o condão de meramente aquiescer o recebimento do *Mortgage Sales Commission Plan* (“**MSCP**”), conforme a redação em negrito aposta sobre o local da assinatura¹¹⁸.

O Tribunal do Distrito de New Jersey entendeu, então, que a localização do campo de assinatura tornava demasiadamente ambígua qualquer declaração que ali fosse consubstanciada. De um lado a assinatura dos REQUERENTES poderia ter o condão de celebrar o MDO AGREEMENT, de outro poderia significar tão somente a manifestação de ciência do recebimento do MSCP.

Por fim, o juiz do Tribunal do Distrito de New Jersey entendeu que os documentos apresentados não faziam prova suficiente da vontade das partes em arbitrar, não havendo, portanto, que se falar em cláusula compromissória válida e eficaz. O caso analisado é emblemático, vez que sua “hiperpatologia” decorre de elemento “periférico” do contrato

¹¹⁸ Namely, they argue that their signatures acknowledged receipt of the Mortgage Sales Commission Plan but not their intent to be bound by the terms of the MDO Agreement.

(declaração de recebimento do MSCP), que sequer integra o corpo da cláusula compromissória.

4.5 INTERVENÇÃO ESTATAL OU JURISDIÇÃO ARBITRAL?

Conforme se demonstrou nos casos analisados acima, a validade e eficácia de uma cláusula compromissória estão intrinsecamente ligadas à existência ou não de consentimento entre as partes em submeterem-se à arbitragem. Invariavelmente, o surgimento de uma patologia que coloque em jogo a validade, existência ou extensão da cláusula compromissória deverá ser objeto de interpretação pelo tribunal arbitral ou pelo juízo estatal, mediante o requerimento de uma das partes.

Em regra, tanto o poder judiciário quanto os tribunais arbitrais tendem a analisar o conteúdo de uma cláusula patológica sob a ótica de preservar a intenção das partes em arbitrar, GARY BORN chama essa abordagem de “*reduced standard of proof*”.¹¹⁹

Nesse ponto surgem duas importantes questões: quem detém a competência para auferir a existência de cláusula compromissória válida e eficaz e qual lei deverá reger essa análise?¹²⁰

No que tange à primeira pergunta, em havendo dúvida com relação à existência e validade da cláusula compromissória em arbitragens institucionais, competirá à instituição arbitral analisar “*prima facie*” a questão, na forma de seu regulamento, de modo a impulsionar a instauração do procedimento arbitral e a consequente análise dos árbitros sobre sua competência¹²¹.

O princípio *kompetenz-kompetenz* (art. 8º da Lei de Arbitragem) estabelece ser do próprio tribunal arbitral a competência para determinar se detém ou não jurisdição para funcionar em determinado litígio. Apesar da inicial resistência à aplicação do referido princípio em nosso ordenamento jurídico, atualmente não há que se falar em qualquer postura

¹¹⁹ BORN, Gary B. Op. Cit, p. 770.

¹²⁰ FERRARI, Franco. KRÖLL, Stefan. Conflict of Laws in International Arbitration. SELP. 2011. p. 99

¹²¹ LEMES. Selma Ferreira. Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes. Reflexões sobre Arbitragem, In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo, LTr, 2002, pp. 196.

que pudesse ser caracterizada como “antiarbitragem”, nessa linha os ensinamentos de NÁDIA DE ARAÚJO¹²²:

(...) a utilização da arbitragem está consolidada em nosso ordenamento jurídico e não causa estranheza aos tribunais essa opção das partes. Por isso mesmo, ante a existência de uma cláusula arbitral, nada mais corriqueiro do que a aplicação da lei em todos os seus termos, com ênfase no art. 8.º, um de seus pilares. Isso porque depois da edição da Lei 9.307/1996, modificou-se completamente o arcabouço legal da arbitragem no plano interno, e as tentativas de invalidá-lo de partes inconformadas com o seu resultado tem sido infrutíferas. Essa afirmação se consubstancia nas decisões de inúmeros tribunais estaduais, quando extinguem os processos em prol de sua análise pelos tribunais arbitrais, ante a autonomia da cláusula arbitral, e do STJ, no seu mister de homologar os laudos arbitrais estrangeiros. Por tudo isso, pode-se afirmar com grande tranquilidade que, no Brasil, a arbitragem comercial, seja de caráter interno ou internacional, passou de sua posição de isolamento com relação aos instrumentos vigentes na comunidade internacional, para um alinhamento integral com os demais países, utilizando as regras da Convenção de Nova Iorque para as arbitragens internacionais e as regras da Lei de Arbitragem, também calcada na Lei Modelo da UNCITRAL, para as arbitragens internas.

Não obstante sua larga aceitação pela jurisprudência, a aplicação deste princípio pode apresentar algumas dificuldades de ordem prática, sobretudo quando identificados determinados tipos patologias na convenção de arbitragem que dificultam a instauração do procedimento arbitral (ex: indicação de instituições arbitrais inexistentes, ausência de disposição acerca da indicação dos árbitros e etc).

Considerando que a análise da existência e validade das cláusulas compromissórias é feita caso a caso, não raras são as vezes em que este tipo de questão é levada ao jugo do poder judiciário, sobretudo em casos nos quais a patologia obsta a instauração do tribunal arbitral. Nesse ponto, é importante mencionar que a jurisprudência nacional e internacional vem cada vez mais privilegiando o princípio *kompetenz-kompetenz*, o que significa dizer que a atuação do juízo estatal tende a ser cada vez mais pontual, ficando reservado apenas aos casos nos quais a patologia é tão grave que sequer foi possível seu endereçamento pela instituição arbitral eleita ou pelo tribunal arbitral.

O artigo 7º da Lei de Arbitragem prevê a execução específica da cláusula compromissória “*Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para*

¹²² ARAÚJO, Nádia. O Princípio da Autonomia da Cláusula Arbitral na Jurisprudência Brasileira. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/O-PRINC%C3%8DPIO-DA-AUTONOMIA-DA-CL%C3%81USULA-ARBITRAL-NA-JURISPRUD%C3%84NCIA-BRASILEIRA3.pdf>

comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”. É assente na doutrina e jurisprudência que o referido dispositivo só se aplica àquelas hipóteses nas quais as partes celebraram cláusula compromissória vazia ou em branco¹²³.

Restritas, portanto, as hipóteses de intervenção relegadas ao poder judiciário para a interpretação das cláusulas compromissórias patológicas. E não poderia ser diferente, já que o efeito negativo do princípio *kompetenz-kompetenz*, conforme já afirmado, tem justamente o condão de afastar a jurisdição estatal, nessa linha a doutrina de ARNOLDO WALD¹²⁴ e FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN¹²⁵:

Por outro lado, o efeito negativo do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* impede que o juiz estatal decida, antes dos árbitros, sobre a competência destes últimos, estabelecendo, assim, “regra de prioridade cronológica”. Não fica, portanto, totalmente excluída a possibilidade de exame, pelo juiz togado, da validade, eficácia ou alcance da cláusula compromissória. A referida análise é adiada para momento posterior, que ocorre após a conclusão da arbitragem.

However, the negative effect is equally important. It is to allow the arbitrators to be not the sole judges, but the first judges of their jurisdiction. In other words, it is to allow them to come to a decision on their jurisdiction prior to any court or other judicial authority, and thereby to limit the role of the courts to review the award. The principle of competence-competence thus obliges any court hearing a claim concerning the jurisdiction of an arbitral tribunal – regarding, for example, the constitution of the tribunal or the validity of the arbitration agreement – to refrain from hearing a substantive argument as to the arbitrators’ jurisdiction until such time as the arbitrators themselves have had the opportunity to do so.

A resposta à segunda pergunta – qual lei deve reger a análise? – reside, em síntese, na escolha do critério que será utilizado para a definição da lei aplicável na hipótese de não haver especificação nesse sentido pelas partes. Nesse ponto, a doutrina majoritária entende que a lei aplicável no silêncio das partes será a lei aplicável ao contrato como um todo¹²⁶. Também há aqueles que entendem que, dada a natureza autônoma da cláusula compromissória, se aplicaria a lei da sede do tribunal arbitral (*lex loci*)¹²⁷.

¹²³ WALD, Arnaldo. Os meios judiciais do controle da sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação 1/40 (DTR.2004\2), São Paulo; RT, 2004.

¹²⁴ WALD, Arnaldo. O regime legal da cláusula compromissória. Revista de Arbitragem e Mediação 12/198, São Paulo; RT, 2007.

¹²⁵ SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel. Op. Cit. p. 401.

¹²⁶ LEW, Julian D.M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan Michael. Op. Cit. para. 6-24.

¹²⁷ FERRARI, Franco. KRÖLL, Stefan. Conflict of Laws in International Arbitration. SELP. 2011. p. 100.

Pode-se dizer que é prática incomum que as partes acordem expressamente sobre a lei que se aplicará à cláusula compromissória, em regra as partes convencionam apenas acerca da lei aplicável ao contrato¹²⁸. Justamente nessas hipóteses, e em se tratando de arbitragem comercial internacional, que as chamadas regras de conflito do Direito Internacional Privado entram em campo para determinar qual será o critério adotado para a fixação da lei aplicável. São alguns dos critérios elencados pela doutrina, entre outros, o (i) lei do local da sede do tribunal arbitral; (ii) lei do local onde foi celebrada cláusula compromissória; e (iii) lei do local onde a sentença arbitral possivelmente seria executada.

Cabe aqui lembrar que a aplicação de cada um desses critérios é passível de imprecisões e falhas, podendo trazer inúmeros prejuízos para o procedimento arbitral, sobretudo em razão do tempo e dinheiro despendidos¹²⁹.

4.6 A INTERPRETAÇÃO DA VONTADE DAS PARTES COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Como já se viu, sempre que houver dúvida acerca da existência e validade da cláusula compromissória, o juízo arbitral será preterido em detrimento da jurisdição estatal para proceder à primeira análise e julgamento da controvérsia. Nas palavras do magistrado americano FRANK EASTERBROOK¹³⁰ “*if they have agreed on nothing else they have agreed to arbitrate*”, o que significa dizer que, a menos que a cláusula compromissória se enquadre na categoria “hiperpatológica” (ver item 4.3 supra), um fato é indelével: as partes que a celebraram, no momento em que o fizeram, concordaram com o imediato afastamento da jurisdição estatal e consequente submissão de toda e qualquer controvérsia ao juízo arbitral.

Nesse sentido os ensinamentos de ALAN SCOTT RAU¹³¹:

After all, parties who had repressed (or deferred consideration of) possible ambiguities, might still plausibly have gambled that should an ambiguity surface, they would be able to persuade the ultimate decisionmaker of the merits of their own interpretation – and might plausibly have preferred this decisionmaker to be an arbitrator. Contracting parties might have been willing to arbitrate – not only the existence of a breach of contract – but also

¹²⁸ BORN, Gary B. Op. Cit, p. 1443.

¹²⁹ BORN, Gary B. Op. Cit, p. 1458.

¹³⁰ Sphere Drake Ins. Ltd. v. All American Ins. Co., 256 F.3d 587, 591-92 (7th Cir. 2001).

¹³¹ RAU, Alan Scott. “Gap Filling” by Arbitrators in Albert Jan van den Berg (ed), Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Volume 18, Kluwer Law International. 2015. p. 9.

whether the terms of the alleged contract *were too indefinite to give rise to a breach in the first place*. The only interesting question in any of these cases is the likely boundaries of contractual assent, and a claim that an enforceable agreement “was never concluded” need not prevent the inference that the parties would have wanted to entrust *that very question* to arbitrators chosen by them.

Uma vez identificada patologia em uma cláusula compromissória, compete ao tribunal arbitral proceder à avaliação prévia acerca de sua existência e validade (art. 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem). Para tanto, devem ser aplicados os chamados princípios interpretativos, que nada mais são do que princípios específicos criados para a interpretação da vontade das partes signatárias de uma convenção de arbitragem, além dos já consagrados princípios gerais aplicáveis à interpretação dos contratos.

Para LEW, MISTELIS e KRÖLL¹³² “*todas as circunstâncias relevantes devem ser levadas em consideração. Declarações devem ser interpretadas conforme a boa-fé e a conduta das partes deve ser considerada tanto no momento da contratação quanto posteriormente*”. Na doutrina nacional, alertava CLÓVIS BEVILAQUA que os sinais de símbolos por meio dos quais a declaração de vontade é manifestada pelas partes contratantes podem culminar em expressão escrita “imperfeita, indecisa, obscura ou insuficiente”¹³³. Assim surgem as chamadas “resistências interpretativas”, que acometem as declarações negociais criando uma discrepância entre o que intencionavam as partes e o que efetivamente foi para o papel.

Desta forma, para resgatar a verdadeira vontade das partes a doutrina considera a aplicação dos seguintes princípios interpretativos: (i) princípio da boa-fé; (ii) princípio do efeito útil (ou efetiva interpretação); (iii) princípio da interpretação *contra proferentem*; (iv) princípio da interpretação restritiva; e (v) princípio da interpretação *pro-validate*. Vejamos, por fim, as particularidades e usos de cada um desses princípios.

4.6.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Como se sabe, a boa-fé constitui elemento crucial à formação de toda relação jurídica válida e eficaz e, por conseguinte, funciona também como importante princípio interpretativo

¹³² Do original: All relevant circumstances have to be taken into account. Declarations should be interpreted in good faith and the parties’ conduct, both at the same time of contracting and subsequently, considered.

¹³³ Clóvis BEVILAQUA, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. v. I. 10. ed. atual. Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 265.

contratual, capaz de suprir lacunas redacionais e evidenciar a real vontade das partes contratantes. Toda a coletividade deve basear suas relações na boa-fé, o que pressupõe a adoção de um comportamento leal em toda a fase pré-contratual e também na fase de execução do contrato.

Nosso Código Civil consagrou, em seu artigo 113¹³⁴, a boa-fé como cláusula geral para efeito de interpretação dos negócios jurídicos e, mais adiante, em seu artigo 422¹³⁵, como pré-requisito para as partes de uma relação obrigacional, tanto no momento da conclusão quanto na execução.

Com efeito, a interpretação da cláusula compromissória consoante a boa-fé das partes não se limita a apenas aos elementos textuais. Para se resgatar a real intenção consubstanciada na convenção de arbitragem as palavras são, sem dúvida, importantes, mas insuficientes. Nas palavras do MINISTRO MOREIRA ALVES, mais do que a literalidade do texto, é preciso “*ter em vista, igualmente, as circunstâncias em que as palavras do contrato foram proferidas, o seu contexto, o resultado econômico a que ele visa*”¹³⁶. Nesse sentido também dispõe o artigo 122 do Código Civil “*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”.

Importante ressaltar que a interpretação da convenção de arbitragem segundo o princípio da boa-fé não necessariamente implica dizer que a parte que alega a inexistência de cláusula compromissória age de má-fé por fazê-lo, mas que em havendo divergência sobre sua existência e validade, deve-se buscar a vontade real das partes ao firmarem o acordo, e não a vontade declarada textualmente¹³⁷.

Nesse particular, um comportamento só pode ser caracterizado como má-fé a partir do momento em que uma das partes se utiliza de um argumento meramente formalista – exaltando a prevalência da forma textual sobre a substância – para convenientemente se afastar do contexto e dos objetivos do contrato com o fim de se esquivar à determinada condenação ou mesmo de obter benefício próprio.

¹³⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹³⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹³⁶ RE 78946 / MG, 2ª Turma, Rel. Min. Thompson Flores, j. 14/06/1976, DJ 24/09/1976.

¹³⁷ LEMES. Selma Ferreira. Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes. Reflexões sobre Arbitragem, In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo, LTr, 2002, p. 201.

Para se atingir a finalidade da convenção de arbitragem a partir da aplicação do princípio da boa-fé, é preciso mensurar as consequências que os contratantes razoável e legitimamente visaram no momento da celebração do contrato, bem como seu comportamento nas diversas fases do contrato. Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na voz do DESEMBARGADOR SILVEIRA NETTO¹³⁸:

Diante da existência de cláusula arbitral ambígua ou contraditória deve ser pesquisada a real intenção das partes, ou seja, verificar o que os contratantes almejavam ao estabelecer a cláusula compromissória, para tanto, pode ser considerado tanto o comportamento conjunto anterior como posterior à conclusão do contrato.

Por fim, ensina FRÉDÉRIC EISEMANN¹³⁹ que a boa-fé das partes aliada à correta interpretação da cláusula compromissória patológica pelo tribunal arbitral tende a suprir as lacunas necessárias para a instauração do procedimento arbitral. No entanto, nem sempre a boa-fé prevalece, de modo que a adequada redação da cláusula compromissória é proteção a qual as partes não podem abdicar.

4.6.2 PRINCÍPIO DO EFEITO ÚTIL (OU EFETIVA INTERPRETAÇÃO)

O princípio da interpretação da cláusula compromissória consoante efeito útil é talvez o critério interpretativo mais amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência mundiais, considerado verdadeira norma de “senso comum” pela comunidade arbitral¹⁴⁰. A aplicação deste princípio, que deflui do artigo 1157 do Código Civil Francês¹⁴¹, é uma das grandes tendências da arbitragem comercial internacional, tendo sido constantemente adotado não só pela doutrina como também pelas cortes e tribunais arbitrais¹⁴².

A tônica do aludido princípio é dar preferência à interpretação que melhor produza efeito útil para as partes, em lugar daquela que não produz nenhum. Significa supor que,

¹³⁸ Agravo de Instrumento nº 124.217, julgado em 16 de setembro de 1999. Rel. Des. Silveira Netto.

¹³⁹ Do original: La bonne foi des parties, aidées par l'interprétation que donnera éventuellement. les arbitres eux-mêmes, aplanira bien souvent des difficultés. Malheureusement, la bonne foi si elle est fréquente n'est pas toujours de règle, et le propre d'une clause d'arbitrage bien rédigée est de donner toute garantie contre l'éventuelle mauvaise foi d'une partie.

¹⁴⁰ GREENBERG, Simon. KEE, Christopher. WEERAMANTRY, Romesh. International Commercial Arbitration: An Asian-Pacific Perspective. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 199.

¹⁴¹ Article 1157 - Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

¹⁴² GREENBERG, Simon. KEE, Christopher. WEERAMANTRY, Romesh. Op. Cit. p. 1999.

quando da celebração do contrato no qual está inserida a cláusula compromissória patológica, as partes intencionavam outorgar-lhe um fim real e de possível instrumentalização.

Nessa linha, GARY BORN¹⁴³ comenta que as cortes e tribunais arbitrais tendem a dar efeito a cláusulas compromissórias ainda que as mesmas apresentem patologias:

Most courts and arbitral tribunals treat even ambiguously-drafted provisions as “mandatory” thereby wither obliging parties to submit their disputes to arbitration (and to refrain from litigation of arbitrable disputes) or granting either party the option to initiate arbitration (such that, if the option is exercised by either party, both parties are then bound to arbitrate). The basis for this conclusion is that it would make little sense for parties to agree to optional arbitration in an entirely non-mandatory sense, leaving both parties free to decide when disputes arise whether or not they wish to arbitrate.

Importante aqui diferenciar o princípio do efeito útil do favor arbitral, conceito anteriormente tratado (Ver item 4.1 supra). A diferença principal entre os dois princípios reside no fato de que o princípio do efeito útil tem como objetivo resgatar a vontade original das partes sem levantar presunções de qualquer ordem, seja a favor da instauração do procedimento arbitral, seja contra¹⁴⁴.

Por fim, ao comentar o caso *La Chartreuse v. Sr. Cavagna*, julgado pela 2ª Câmara da Corte de Cassação Francesa em 18 de dezembro de 2003, Paula De Moraes-Bouvier afirma que:

De fato, parte da doutrina e da jurisprudência atribui caráter secundário à cláusula de eleição de foro, considerando que a convenção de arbitragem prima pela função do princípio do efeito útil aplicável à interpretação da dita convenção, i.e., havendo dúvida, deve-se preferir a interpretação que valida a convenção de arbitragem àquela que a considera inútil ou absurda.(2) Ora, se as partes não tivessem a intenção de submeter as dificuldades oriundas do contrato à arbitragem, silenciariam a este respeito, mantendo somente uma cláusula clássica de eleição de foro.

Por fim, resta demonstrada a amplitude do princípio ora analisado e sua primordial importância na operacionalização de procedimentos arbitrais oriundos de cláusulas compromissórias patológicas.

¹⁴³ BORN, Gary B. Op. Cit, p. 1459.

¹⁴⁴ WAINCYMER, Jeff. Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law Intl. 2012. p. 141.

4.6.3 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO *CONTRA PROFERENTEM*

O princípio da interpretação *contra proferentem* tem sua origem na obra Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas, publicada em 1849 pelo jurista francês ROBERT JOSEPH POTHIER. Em sua obra o autor afirma que, na dúvida, uma cláusula contratual deve ser interpretada contra aquele que a tenha redigido, em benefício daquele que contraiu a obrigação. O princípio também foi incorporado no artigo 4.6 dos Princípios UNIDROIT¹⁴⁵ “*Termos contratuais obscuros serão interpretados preferencialmente em desfavor da parte que os tenha proposto*”.

LIEBSCHER e FREMUTH-WOLF¹⁴⁶ afirmam que o princípio da interpretação *contra proferentem* deve ser utilizado como último recurso, posto que, à despeito de sua comprovada eficácia na interpretação de outras cláusulas contratuais, o mesmo nem sempre ocorre no caso de cláusulas compromissórias, posto que, por vezes, sua aplicação obsta a operacionalização de procedimentos arbitrais.

FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN¹⁴⁷ afirmam que a aplicação do princípio se justifica sobretudo em situações nas quais uma das partes redige integralmente o contrato e a outra apenas se reduz a assiná-lo (contrato de adesão). Nesse caso, a parte que impôs a redação obscura não deveria poder se valer de tal obscuridade em eventual litígio.

4.6.4 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

O princípio da interpretação restritiva, embora pouco aceito em matéria de arbitragem tanto na doutrina quanto na jurisprudência internacional¹⁴⁸, merece ser trazido à baila exemplificativamente, sobretudo para ilustrar o pensamento de uma época em que a arbitragem era tida como “exceção ao princípio da jurisdição estatal” e não apenas como mais um método alternativo de resolução de controvérsias plenamente aceito.

¹⁴⁵ Nos comentários da UNIDROIT [2010]: A party may be responsible for the formulation of a particular contract term, either because that party has drafted it or otherwise supplied it, for example, by using standard terms prepared by others. Such a party should bear the risk of possible lack of clarity of the formulation chosen. It is for this reason that this Article states that if contract terms supplied by one party are unclear, there is a preference for their interpretation against that party.

¹⁴⁶ LIEBSCHER, C. FREMUTH-WOLF. A. Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe. 2008. para. 2.11 to 2.12.

¹⁴⁷ SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel. Op. Cit. p. §479.

¹⁴⁸ SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel. Op. Cit. p. §480.

A tônica deste princípio consiste no fato de que a arbitragem deveria observar, na íntegra, as intenções expressas pelas partes na convenção de arbitragem, mesmo que se demonstrasse erro redacional, o que por si só negaria toda a relevância do presente estudo. Felizmente, como já se disse tal princípio já não é mais considerado para fins interpretativos.

4.6.5 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO *PRO-VALIDATE*

O princípio da interpretação *pro-validate*, tal qual o princípio da interpretação restritiva, deve ser aplicado com parcimônia e de maneira acessória a outros princípios interpretativos. Se utilizado isoladamente o princípio pode constituir verdadeira extrapolação do favor arbitral, posto que deixará de ser priorizada a interpretação real da vontade das partes em detrimento da validação da cláusula compromissória.

Nesse sentido a lição de FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN¹⁴⁹ “*A mere allegation that an Arbitration agreement exists will not raise a presumption that the allegation is well-founded by virtue of a supposed principle of favorem validitatis*”.

5 CONCLUSÃO

Conforme se procurou demonstrar no decorrer do presente estudo, a redação da cláusula compromissória constitui importante etapa na redação contratual e não pode, sob qualquer circunstância, ser negligenciada pelas partes ou tida como “*midnight clause*”. É preciso lembrar que o esforço empreendido pelas partes para a correta redação da cláusula compromissória é ínfimo se comparado aos benefícios trazidos por um procedimento arbitral célere e eficiente¹⁵⁰.

¹⁴⁹ SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel. Op. Cit. p. §481.

¹⁵⁰ Business people, negotiators, counsel and drafters must be persuaded that the arbitration clause must not be treated as one of those “end of the contract” general provisions or “midnight clauses”. Indeed, should a dispute arise, the very first provision the contracting parties will look at and resort to will be the arbitration agreement. If it turns out not to be well suited to the contract, the parties will soon find themselves in murky waters, even before they can invoke the very contractual provisions on which they want to rely in connection with the merits of their claims. How many businessmen and non-arbitration lawyers are aware of the principle of the autonomy of the arbitration agreement? How many know that the defenses that may succeed in relation to the other provisions of the contract (State prerogatives and immunity, the concept of agency, formalism, entering into force and termination, nullity, non-fulfillment of conditions precedent, etc.) will apply very differently, if at all, to the arbitration agreement? Should not that reason alone justify the greatest care in devising the right arbitration clause for a given contractual set of circumstances?

(VAN DER BERG, Albert Jan. Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention. 1. ed. The Hague, Kluwer Law International, 1999. pp. 267)

As cláusulas compromissórias patológicas, como se viu, variam em intensidade, podendo ser sanáveis mediante a aplicação de critérios interpretativos pelo tribunal arbitral ou pelo juízo estatal, ou “hiperpatológicas”, hipótese na qual o vício que se apresenta é tão grave que coloca em xeque a própria declaração de vontade emitida pelas partes quando da assinatura do contrato.

O surgimento de patologias decorrentes da má redação contratual ou da inexperiência do redator pode ser facilmente contornado pela contratação de um advogado arbitralista, profissional que, mais do que ninguém, saberá olhar para o contrato e identificar o tipo de cláusula compromissória que melhor se amoldará à relação obrigacional que está sendo avençada¹⁵¹.

Fato é que a crescente disseminação do instituto da arbitragem no Brasil e no mundo, com a conseqüente democratização e compartilhamento de conhecimento teórico e técnico, contribuirá tanto para a prevenção do surgimento de cláusulas compromissórias patológicas quanto para a correta resolução dos litígios que delas decorrerem. É o que já aponta o trecho da pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)¹⁵²:

A liberdade conferida às partes para manifestarem a sua vontade ao se pactuar a convenção de arbitragem é bastante respeitada pelo Poder Judiciário. Assim é que os Tribunais vêm decidindo, o que comprova a relevância da validade, eficácia e existência da convenção arbitral contratada. O TJSP tem levado em consideração o conceito privatista do

¹⁵¹ The question whether international arbitration is suffering from a perceived lack of time and cost efficiency has continuously been asked in the last years and will continue to be asked in the future. Unfortunately, cases like this one will contribute to further complaints. The irony, however, is that with the smart investment of a little time of a lawyer experienced in the mechanics of a dispute resolution clause and trained in the sensitivities of translations, both parties could have spared considerable time and money. Accordingly it is - at least in this case - not the institution “international arbitration” that should be blamed for the protracted proceedings but a lack of awareness and false economy of trying to save costs at the wrong spot. The Chinese proverb “to save a little only to lose a lot” perhaps best describes such an imprudent approach. There is a general concept that should be remembered when drafting an arbitration agreement. Even when incorporated in the substantive contract, the arbitration agreement is a separate and stand-alone contract. It will apply to claims and disputes of all kinds including whether the main contract is illegal or has been vitiated by some supervening event. The arbitration agreement also survives the performance and termination of the main contract. Furthermore, there are few if any implications for the main contract from the form and content of the arbitration agreement. (WILSKE, Stephan; LO, Alex. Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability: A Cautionary Tale – The Perils of Pathological Translation of Arbitration Clauses. In: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter et al. (Eds). Austrian Yearbook on International Arbitration 2012. Viena: Manz'sche Verlags – Und Universitätsbuchhandlung. p. 9)

¹⁵² Parceria institucional acadêmico-científica: Escola de Direito de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). 2ª Fase da pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário – Validade e existência da convenção arbitral. p. 33. Disponível em: http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf

negócio jurídico no momento de apreciar a validade, eficácia e existência da cláusula contratada. Os argumentos usados estão, em essência, vinculados ao art. 104 do Código Civil (requisitos do negócio jurídico) ou aos vícios de consentimento (defeitos do negócio jurídico). Neste Tribunal, a autonomia da vontade também apareceu como pano de fundo para (i) afastar cláusula arbitral que não obedece aos requisitos de forma previstos no ordenamento; (ii) não estender a cláusula a matérias que não estejam expressamente contidas na redação da cláusula; (iii) justificar a intervenção do Judiciário apenas em caso de cláusula compromissória vazia ou (iv) para resolver questões pontuais e urgentes, seja porque o Tribunal ainda não foi constituído, seja porque a ação para firmar compromisso ainda não foi intentada

Percebe-se, assim, que nossos tribunais muito evoluíram no tratamento da arbitragem, podendo ser considerados hoje verdadeiros incentivadores da prática, o que se depreende da jurisprudência recente, que privilegia a vontade manifestada pelas partes de se valerem da arbitragem para a solução de suas controvérsias. Ademais, conforme se viu, nossos tribunais tendem a buscar dar efeito mesmo às cláusulas compromissórias patológicas, a fim de preservar intenção originária das partes em instituir a arbitragem.

Deste modo, é preciso que, de um lado, a jurisprudência siga apoiando o desenvolvimento da arbitragem e, de outro, que os operadores do direito sigam buscando conhecimento e aprimorando suas práticas com base na experiência de países nos quais o instituto da arbitragem se encontra mais sedimentado.

Assim, as cláusulas compromissórias patológicas serão cada vez menos uma realidade e, caso surjam, ter-se-á uma maior segurança tanto sobre as implicações que as patologias podem gerar para as partes e para o bom andamento do procedimento, quanto acerca de como proceder para saná-las.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**, 3. Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – Perspectivas estrutural e funcional**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, Vol. 2. São Paulo.

ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

ARAÚJO, Nádia. **O Princípio da Autonomia da Cláusula Arbitral na Jurisprudência Brasileira**. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/O-PRINC%C3%8DPIO-DA-AUTONOMIA-DA-CL%C3%81USULA-ARBITRAL-NA-JURISPRUD%C3%8ANCIA-BRASILEIRA3.pdf>. Último acesso em 16/06/2016.

BALES, Richard C., **Compulsory Arbitration: The Grand Experiment in Employment**, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1997.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Constituição e Arbitragem: dever de revelação, devido processo legal**. Revista do Advogado AASP, São Paulo, Ano XXXIII, Vol. 19, 2013.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. FONTES, André Ricardo da Cruz. **A Teoria Autonomista da Arbitragem**. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, Vol. 1, 2014,.

BASSO, Maristela. **As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 9, 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. I. 10. ed. atual. Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.

BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, J. Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BOND, Stephen R. **How to draft an arbitration clause** *in Journal of International Arbitration*, Vol. 2, 1989.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, 2nd Edition, The Hague; Kluwer Law International, 2014.

BUERGENTHAL, Thomas. **The proliferation of disputes, dispute settlement procedures and respect for the rule of law**, *Arbitration International*, 22(4) 2006.

CAMPOS MELO, Leonardo de. **Has Brazil Fully Embraced the Provision of the New York Convention of 1958? Is it an Arbitration-Friendly Jurisdiction?** 2015, Kluwer Arbitration Blog. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/10/07/has-brazil-fully-embraced-the-provisions-of-the-new-york-convention-of-1958-is-it-an-arbitration-friendly-jurisdiction/> . Último acesso em 16/06/2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**, 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. **O Processo Arbitral**. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 1, 2004. *Revista dos Tribunais*.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, v. III, n. 599.

CERTILMAN, Steven A. **Brief History of Arbitration in the United States**. NYSBA, Vol. 3, 2010.

COELHO, Eleonora Coelho. **Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil** *In Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*, São Paulo: Atlas, 2007.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Limites Objetivos da Demanda na Arbitragem**. *Revista Brasileira de Arbitragem (CBAr)*, 2013, Volume X.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DAVIS, Benjamin G. **Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria**. 34 Rev. Arb. (1988).

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

DOLINGER, Jacob. TIBÚRCIO, Carmem. **Arbitrabilidade in Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

EISEMANN, Frédéric. **La clause d'arbitrage pathologique**. In: Arbitrage Commercial, Essais in Memoriam Eugenio Minoli. Turin Unione Tipografico Torinese, 1974..

FAIENZA, Valentina. **The Choice of the Language of the Proceedings: An Underestimated Aspect of the Arbitration?** Kluwer Arbitration Blog, 2014. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/05/06/the-choice-of-the-language-of-the-proceedings-an-underestimated-aspect-of-the-arbitration/>. Último acesso em 16/06/2016.

FERRARI, Franco. KRÖLL, Stefan. **Conflict of Laws in International Arbitration**. SELP. 2011.

FINKELSTEIN, Cláudio. **A Questão da Arbitrabilidade**. Revista Brasileira de Arbitragem nº 13, São Paulo, IOB, 2007.

FRIEDLAND, Paul. MISTELIS, Loukas. **2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> . Último acesso em 16/06/2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**, 7ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001.

GREENBERG, Simon. KEE, Christopher. WEERAMANTRY, Romesh. **International Commercial Arbitration: An Asian-Pacific Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2011.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. 1. ed. São Paulo, Atlas, 2009.

GÜÇER, Sülün. **Lex Mercatoria in International Arbitration**. Ankara, Ankara Bar Review, 2009. Disponível em: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarreview/tekmakale/2009-1/4.pdf>. Último acesso em 16/06/2016.

HOBBS, Thomas. **Leviatã (ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil)**. Originalmente publicado em 1651, p. 73. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Último acesso em 16/06/2016.

HOMERO. **Ilíada**, Canto XIII, verso 486. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/iliadap.pdf>. Último acesso em 16/06/2016.

IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration (2014). Disponível em: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Último acesso em 16/06/2016.

ICC Dispute Resolution Bulletin - Issue 1 2014 Edition.

IBA Guidelines for drafting of international arbitration clauses. Guideline 4, Comment 21.

JONES, Colin. **The Longman Companion to the French Revolution**. Routledge, 3.ed. 2013.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é esclarecimento?** Originalmente publicado em 05/12/1783. Traduzido para o português por Luiz Paulo Rouanet.

KAUFMANN-KÖHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International Arbitration: Law and Practice in Switzerland**. London: Oxford University Press, 2015.

LEMES, Selma Ferreira. **Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes. Reflexões sobre Arbitragem** *In* Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

LEW, Julian D.M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan Michael. **Comparative International Commercial Arbitration**, 1. ed. The Hague: Kluwer International, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *APUD MARCATO*, Antônio Carlos. **Preclusões: Limitação ao Contraditório?** Revista de Processo, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980.

LIEBSCHER, C. FREMUTH-WOLF. A. **Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe**. 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2004.

NOUSSIA, K. **Confidentiality in International Commercial Arbitration**, Springer-Verlag, 2010.

Parceria institucional acadêmico-científica: Escola de Direito de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). 2ª Fase da pesquisa “**Arbitragem e Poder Judiciário – Validade e existência da convenção arbitral**”. Disponível em: [http://cbar.org.br/PDF/Validade Eficacia e Existencia da Convencao Arbitral.pdf](http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf)

PARK, William. W. **Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma in Multiple Party Actions in International Arbitration**. Oxford Press. 2009.

PINTO, José Emílio Nunes. **A Cláusula Compromissória à Luz do Código Civil**. Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, Vol. 2, 2014. Revista dos Tribunais.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**. France: Thomson & Schulthess, 2007.

RAU, Alan Scott. “**Gap Filling**” by Arbitrators in Albert Jan van den Berg (ed), Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Volume 18, Kluwer Law International, 2015.

SANTOS, Maurício Gomm. **A situação dos países da América Latina no que tange à lei aplicável ao mérito do litígio submetido a uma arbitragem comercial internacional.** Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, maio-set. 2004.

SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.** 1. ed. The Hague, Kluwer International, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório - Venire contra factum proprium e tutela da confiança.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Eliane Carvalho. **Ao completar 18 anos, números mostram crescimento da arbitragem no Brasil.** 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-01/eliane-carvalho-crescimento-arbitragem-completa-18-anos> . Último acesso em 16/06/2016.

VAN DEN BERG, Albert Jan. ICCA Congress Series n° 9, 1998, Paris: **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention.** The Hague: Kluwer Law International, 1999.

WAINCYMER, Jeff. **Procedure and Evidence in International Arbitration.** Kluwer Law Intl. 2012.

WALD, Arnaldo. **O Contrato: Passado, Presente e Futuro.** Revista Cidadania e Justiça. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, ano 4, n°8, 2000.

WALD, Arnaldo. **A Evolução da Arbitragem Internacional no Brasil.** Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 23, 2009.

WALD, Arnaldo. **Os meios judiciais do controle da sentença arbitral.** Revista de Arbitragem e Mediação 1/40 (DTR.2004\2), São Paulo; RT, 2004.

WALD, Arnaldo. **O regime legal da cláusula compromissória.** Revista de Arbitragem e Mediação 12/198 , São Paulo; RT, 2007.

WELSER, Irene. MOLITORIS, Susanne. **The Scope of Arbitration Clauses – Or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract...”** in Austrian Yearbook on International Arbitration, 2012.

WILSKE, Stephan; LO, Alex. **Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability: A Cautionary Tale – The Perils of Pathological Translation of Arbitration Clauses.** In: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter et al. (Eds). Austrian Yearbook on International Arbitration 2012. Viena: Manz'sche Verlags – Und Universitätsbuchhandlung.

WOLAVER, Earl S. **The historical background of commercial arbitration.** 1934.

Disponível em

http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8693&context=penn_law_revie

[w](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8693&context=penn_law_revie). Último acesso em 16/06/2016.