

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO PARANÁ
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

Eficácia da Cláusula Arbitral: plano de validade e plano de executoriedade

CURITIBA
2003

JEFFERSON SAKAI PINHEIRO

Eficácia da Cláusula Arbitral: plano de validade e plano de executoriedade

Monografia apresentada pelo aluno Jefferson Sakai Pinheiro ao Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, especialização em contratos empresariais, como pré-requisito para conclusão do curso. Orientador: Professor Doutor João Bosco Lee.

CURITIBA
2003

TERMO DE APROVAÇÃO

EFICÁCIA DA CLÁUSULA ARBITRAL: PLANO DE VALIDADE E PLANO DE EXECUTORIEDADE

Por

JEFERSON SAKAI PINHEIRO

Monografia apresentada pelo aluno Jefferson Sakai Pinheiro ao Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, especialização em contratos empresarias, como pré-requisito para conclusão do curso. Orientador: Professor Doutor João Bosco Lee.

Orientador:

Prof. Dr. João Bosco Lee

Prof.

Prof.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	ii
SUMÁRIO	iii
INTRODUÇÃO	1

CAPÍTULO I – ARBITRAGEM: noções fundamentais do Instituto

1.1. HISTÓRIA DA ARBITRAGEM	2
1.2. VANTAGENS DA ARBITRAGEM	5
1.3. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	6
1.3.1. Teoria Jurisdicional	7
1.3.2. Teoria Contratual	8
1.3.3. Teoria Híbrida	8
1.4. DISTINÇÃO ENTRE ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO ESTATAL	9
1.5. AUTONOMIA DO JUÍZO ARBITRAL	11
1.6. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES	12

CAPÍTULO II – EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
2.2. PLANO DE VALIDADE	14
2.2.1. Forma	14
2.2.2. Arbitrabilidade Subjetiva	15
2.2.3. Arbitrabilidade Objetiva	19
2.2.4. Cláusula Arbitral nos contratos de adesão	21
2.2.5. Cláusula Arbitral nas relações de consumo	23
2.3. PLANO DE EXECUTORIEDADE	
2.3.1. Autonomia da cláusula compromissória	25
2.3.2. Princípio da competência – competência	26
2.3.3. Autonomia da cláusula arbitral em relação a sentença arbitral	27

2.3.4. Ação de execução da cláusula compromissória	27
2.3.5. Constitucionalidade da cláusula compromissória	29
2.3.6. A exigência do compromisso na presença da cláusula compromissória	31
4. CONCLUSÃO	33
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um importante meio de solução extrajudicial de conflitos, sendo que nas relações internacionais encontra-se como principal meio de solução de conflitos, por tal motivo vislumbra-se a importância do Instituto da Arbitragem que é o principal meio pacificador dos litígios internacionais, o que representa uma importante ferramenta para o desenvolvimento do comércio internacional, e para promover o relacionamento e o desenvolvimento entre os povos.

Neste trabalho verificaremos aspectos gerais e fundamentais do Instituto da Arbitragem, para dedicarmos mais tempo e atenção à cláusula arbitral estipulada nos contratos, analisando com cuidado sua importância sua eficácia para instauração do juízo arbitral.

Assim a eficácia da cláusula compromissória é analisada no seu plano de validade e no seu plano de executoriedade.

CAPÍTULO I – ARBITRAGEM: noções fundamentais do Instituto

1.1. HISTÓRIA DA ARBITRAGEM

A história revela que a arbitragem foi utilizada desde a Antigüidade como uma das formas de solução de conflitos entre os indivíduos e, até mesmo, entre os povos. As pendências entre os homens nem sempre foram resolvidos pela força, ou pelos órgãos jurisdicionais, haviam formas de soluções pacíficas do litígio entre os grupos sociais, tais como a mediação e a arbitragem.

A arbitragem destaca-se como meio de solução pacífica de conflitos, um dos institutos jurídicos internacionais mais antigos que teve sua origem nos costumes. Há registros na doutrina¹ de sua utilização nos antigos povos do Egito, da Assíria, da Babilônia, de Kheta e dos Hebreus.

¹ CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001. Apud: TAUBE, Michel de. *Les origines de l'arbitrage international antiquité et moyen age. Recueil des Cours de L'Académie de Droit Internationale de la Haye*. v. IV, 1932; COULANGES, Foustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da grécia e de roma*. Trad. Fernando Aguiar. 10ª ed., Lisboa: Livraria Clássica, 1971; entre outras obras citadas neste capítulo.

Porém seu maior desenvolvimento se deu na Grécia, considerada o berço da arbitragem e do Direito Internacional Privado por Michael de TAUBE.² A prática da arbitragem era reflexo da própria religião grega cuja cultura trazia em sua mitologia a resolução das questões entre deuses e heróis através da presença de um terceiro chamado a intervir.

A evolução da arbitragem na Grécia antiga só foi possível devido a possibilidade de haver deuses comuns entre as várias cidades, assim, valores comunitários mais amplos tornaram possível a proliferação e a criação de normas válidas para todas as cidades da sociedade helênica, formando-se um direito intermunicipal, que propiciou a expansão do Instituto da Arbitragem.

Assim, “no decorrer da história grega, mesmo depois da criação e aperfeiçoamento do julgamento por juizes togados, árbitros públicos instituídos pelo Poder político, a arbitragem particular não perdeu a sua força, coexistindo com a jurisdição estatal”³ e persistiu mesmo após o século II antes de Cristo, quando ocorreu a dominação romana.

A contribuição romana para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do instituto só se deu em relação a arbitragem entre particulares, principalmente sobre a questão do comércio entre os povos que compunham o Império. Em relação a arbitragem internacional, não obteve o mesmo fortalecimento, uma vez que todos faziam parte do grande Império Romano.

O Direito Romano considerava a arbitragem “um ato de natureza *pactícia* e o procedimento a ser adotado tinha base contratual, ou seja, o árbitro não estava sujeito a qualquer lei, fatores que contribuíram para a sua difusão, pois sua informalidade fugia da rigidez do processo romano.”⁴

² TAUBE, Michel de. **Les origines de l'arbitrage international antiquité et moyen age. Recueil des Cours de L'Académie de Droit Internationale de la Haye.** v. IV, tomo 42, 1932.

³ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a lei n.º 9.307/96.** Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 22.

⁴ Idem.

O Direito Romano previa a possibilidade de acionar a parte resistente para se fazer respeitar o convencionado no compromisso ou na cláusula compromissória, porém as decisões arbitrais não eram passíveis de execução, somente havia possibilidade de executar a quantia estipulada como cláusula penal no compromisso ou cláusula compromissória no caso de descumprimento da decisão do árbitro. O maior aperfeiçoamento se deu com Justiniano, que criou a possibilidade de execução das decisões arbitrais, evitando que as partes frustassem a justiça.

A Idade Média foi um período de grande sucesso para arbitragem.⁵ Ela já vinha difundindo-se entre os cristãos com a participação, de forma acentuada, da Igreja Católica. A influência da Igreja devia-se tanto à sua ingerência nas questões dos Estados e soberanos, quanto aos tratados que lhe davam tal poder ou, até mesmo, aos decretos dos suseranos que reconheciam aos enviados, ou representantes do Papa, o direito de atuarem como árbitros para resolverem litígios públicos ou particulares nas mais variadas formas de solução de controvérsias (entre soberanos, sobre questões de território, ou sobre partilha, parentesco, tutela, etc.).⁶

Com o surgimento dos Estados Modernos há novamente um retrocesso da arbitragem, devido a concentração de poder, ligada à noção de soberania, da qual entendia-se que a lei e a ordem seriam impostos dentro do território pelo próprio poder dominante sem intermediários ou superiores ao poder estatal vigente.

⁵ MICHEL DE TAUBE aponta três razões para o sucesso do instituto na era medieval: 1) a prática reiterada, até mesmo dentro da própria Igreja, onde o clérigo muitas vezes era o soberano por ser grande proprietário, e pela facilidade de se resolverem as questões dentro da própria comunidade. Esta posição era reforçada pela proibição de São Paulo de se recorrer à justiça romana (I Cor. VI, 1 e Seg.) o que propiciou a consolidação do costume; 2) a aplicação de regras pragmáticas do direito romano, nas questões territoriais nas arbitragens entre comunidades, mas com a adoção do sistema semelhante ao grego; 3) a atomização do poder decorrente do feudalismo onde os detentores do poder estavam ligados de forma hierarquicamente superposta e em conjunto ao rei (suserano e vassalo, suserano – vassalo de outro suserano). Para a resolução das questões entre senhores feudais era utilizada a arbitragem do superior hierárquico, o suserano que tivesse acima deles, até se chegar ao suserano dos suseranos que era o Rei. (Idem, pp. 23 e 24.)

“O reavivamento do instituto deu-se, a partir do final do século XVIII com a criação de organismos internacionais, a assinatura de tratados, buscando a estabilidade da Sociedade Internacional, as grandes guerras e a idéia da necessidade o estabelecimento de mecanismos eficazes para a solução de litígios que possibilitassem a manutenção da paz e das relações entre Estados.

E, após 1950, com o movimento da expansão do comércio e com a tendência de abertura dos mercados e internacionalização das economias, a arbitragem reafirmou-se⁷ não somente entre particulares, mas também entre Estados, como instituto essencial ao desenvolvimento do comércio internacional.”⁸

Verifica-se assim, que a arbitragem é considerado meio, por excelência, para desenvolvimento das relações comerciais, principalmente no âmbito internacional, devido as vantagens que apresenta.

1.2. VANTAGENS DA ARBITRAGEM

A arbitragem é considerada mecanismo capaz, eficiente e prático para a manutenção do equilíbrio, estabilidade e desenvolvimento das relações

⁶ Idem.

⁷ Nesse sentido Guido Fernando Silva Soares afirma que o interesse pela arbitragem entre particulares multiplicou-se a partir de 1950 devido: “à maior frequência de contratos comerciais internacionais; o movimento internacional de inversões diretas de capital privado ou estatal; as convenções multilaterais; à maior frequência de cláusulas arbitrais em tratados de comércio e navegação, em favor de particulares dos Estados contratantes; o aparecimento de inúmeras instituições permanentes arbitrais de vocação universal; apraxe do comércio internacional; os contratos ou tratados de transferência de tecnologia ou de transferência direta de investimentos; a temores das nacionalizações de investimentos diretos e indiretos; a busca de soluções extrajudiciais mais expeditas e concordes com a natureza dos negócios” e, em relação aos Estados que cada vez mais praticam o comércio, o fato de a arbitragem ser o instrumento que pode conciliar esse fato com a questão da soberania, “a jurisdição contratual pode solucionar as questões de imunidade de jurisdição dos Estados, ressaltando sua dignidade de ser soberano” (SOARES, Guido Fernando Silva. *Arbitragem internacional (introdução histórica)*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 7, 1978, pp. 374 a 402).

⁸ Idem. p. 25.

internas e internacionais, quer entre particulares, quer entre entes públicos, quer entre estes e particulares.

Podemos rapidamente destacar alguns vantagens da Arbitragem em relação a jurisdição estatal: 1) A arbitragem tem celeridade maior que o Judiciário, exatamente pela simplicidade de seu procedimento e sua natureza informal; 2) A arbitragem é mais confidencial, ficando o conhecimento da lide adstrita apenas aos árbitros e as partes; 3) A arbitragem têm garantia de tratamento equânime entre as partes, mesmo quando uma das partes sejam pessoas jurídicas de direito público; 4) A arbitragem permite a especialidade dos árbitros, que podem ser profissionais de formação técnico-científica na matéria objeto da decisão arbitral; 5) A arbitragem admite a decisão por eqüidade, o que garante às partes que, por essa forma optarem, o direito à decisão justa, ainda que eventualmente contrarie algum eventual texto legal⁹; 6) A arbitragem angaria total confiança das partes por meio da livre escolha dos árbitros que irão lhes apreciar a pretensão posta a decidir; 7) A arbitragem admite conciliação mais fácil pelas partes, devido a confiança que o árbitro inspira às partes¹⁰; 8) a decisão arbitral dispensa homologação judicial; entre outras.

Apresentadas algumas vantagens da utilização do Instituto da Arbitragem é necessário verificar a natureza jurídica da arbitragem, para depois analisarmos as distinções entre a arbitragem e a justiça estatal.

1.3. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

⁹ Desde que tal decisão não seja contrária a ordem pública.

¹⁰ BASSO, Maristela. *Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo – extrajudicial de solução de conflitos de interesses*. *Revista dos Tribunais*, 733:11-23.

Existem três teorias entre os doutrinadores para definir a natureza jurídica da arbitragem: a Teoria Jurisdicional, a Teoria Contratual e a Teoria Híbrida.

1.3.1. Teoria Jurisdicional

Os filiados a Teoria Jurisdicional entendem que a arbitragem¹¹ é uma espécie de jurisdição privada, e age como substituta da jurisdição¹², porém sua atuação é limitada dentro dos parâmetros legais. Defendem a jurisdicionalidade do instituto baseando-se, fundamentalmente, que a função dos árbitros é substancialmente a mesma dos juizes – decidir litígios, e que a arbitragem também é uma forma de administração da justiça. Filiam-se a essa teoria: J. A. TAVARES, GUERREIRO, HUGO ROCCO, MORTARA, GALANTE.

A principal crítica dos privatistas a esta teoria é a ausência da coercitividade, já que há necessidade do Judiciário para executar a sentença arbitral, ou para imprimir medidas cautelares, ou para condução de testemunhas. Assim a arbitragem estaria despida dos componentes *coercio* e *executio*.

Porém os publicistas defendem a evolução do conceito de jurisdição, deixando de lado a noção estritamente jurídica e técnica, para impor uma nova visão voltada para sua finalidade política e social. São seguidores dessa mudança de conceito de jurisdição: Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Calamandrei, Carlos Alberto Carmona, entre outros.

¹¹ O vocábulo arbitragem é de origem latina, vem de “*arbiter*” (juiz, louvado, jurado), e designa o “processo que se utiliza, a fim de se dar solução a litígio ou divergência, havida entre duas ou mais pessoas” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1997, p. 183.)

¹² O vocábulo jurisdição é derivado do latim “*jurisdictio*” (ação de administrar a justiça, judicatura), “é conferida para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite do poder de julgar de um juiz”. No sentido lato, o vocábulo jurisdição incorpora ao seu conceito a compreensão

Para HERMES MARCELO HUCK, essa participação do Estado, ao colocar sua estrutura judiciária para atuar subsidiariamente ao processo arbitral, dando-lhe suporte, demonstra seu reconhecimento à função jurisdicional.¹³

1.3.2. Teoria Contratual

Os filiados a Teoria Contratual entendem que a arbitragem tem natureza puramente contratual, prevalecendo a convenção arbitral na qual as partes acordam a resolução do conflito e outorgam poderem de decisão à terceiros (os árbitros). Assemelhando-se a vontade das partes a um contrato que põe fim ao litígio. Sustentam que a ausência de coatividade da sentença arbitral põe fim a teoria jurisdicional, pois *"jurisdictio sine coercitione nulla est"*.

No Brasil antes da Lei de Arbitragem de 1996 (Lei n.º 9.307/96) está teoria tinha muito mais seguidores visto que o laudo arbitral não possuía força obrigatória. No entanto ela perdeu um pouco de sua força devido a nova lei atribuir força de sentença às decisões dos juízos arbitrais. Porém muitos continuam a defende-la porque o juízo arbitral esta despido da *"coertio"* e da *"executio"*. Entre os seguidores dessa teoria temos: CHIOVENDA, ALFREDO ROCCO, CALAMANDREI, ANGILOTTI, e CRETELLA JÚNIOR.

1.3.3. Teoria Híbrida

Numa posição conciliadora surge a noção de natureza jurídica híbrida, que sustenta que a arbitragem inicia-se com uma concepção contratual,

de todos os elementos que o compõe, quais sejam: *notio, coercio, judicium, imperium e executio*. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1997, p. 27.)

¹³ HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença Estrangeira e 'Lex Mercatoria' – Horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 63 e ss.

devido a autonomia da vontade das partes em estabelecer a convenção arbitral, e o poder de fixar os fundamentos e os limites do juízo arbitral; e finaliza-se com uma concepção jurisdicional devido: ser assegurado na arbitragem o respeito às garantias processuais no seu procedimento arbitral, ser a sentença arbitral equiparada a sentença judicial, e independer de homologação do judiciário para que seja aplicável no caso concreto.

Encontram-se como seguidores dessa teoria: JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, LUIZ OLAVO BAPTISTA, SELMA MARIA FERREIRA LEMES, BERNARD G. POZNANSKI, GUIDO FERNANDO SILVA SOARES.

Conclui-se que a Teoria Híbrida parece ser a mais adequada em razão dos argumentos acima expostos, e dos argumentos e conclusões que podemos tirar ao analisarmos as distinções entre a arbitragem e a jurisdição estatal.

1.4. DISTINÇÃO ENTRE ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO ESTATAL

Primeiramente cabe ressaltar que a fonte que emana o poder jurisdicional do árbitro provem da vontade das partes, enquanto que a fonte de poder do juiz estatal está calcada no exercício da soberania do Estado que o investiu.

Segundo, o juízo arbitral não possui estrutura permanente e organizada, como é da essência da justiça estatal, arraigada aos princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição¹⁴. Bem como o(s) árbitro(s) não possui(em) poder de império ou poder coercitivo.

¹⁴ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e Sentença Arbitral**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 23.

Desta forma, os árbitros não podem requisitar diretamente força policial, ou determinar atos coercitivos, como anteriormente dito quando tratado sobre a natureza jurídica da arbitragem, há necessidade de requisitar tais poderes ao juiz togado, por está razão que se diz que a arbitragem afasta e não exclui a apreciação do litígio do juiz estatal, já que sempre que necessário os árbitros requererão atos coercitivos ou de império aos juizes togados para o bom andamento do procedimento arbitral.

Assim como as partes poderão levar ao conhecimento do juiz estatal qualquer questão que implique a nulidade do juízo arbitral ou da sentença arbitral. Funcionando a justiça estatal como uma espécie de órgão auxiliar do juízo arbitral, quando sejam necessários atos coercitivos, suprimindo um poder que o árbitro não tem, e atua também como uma espécie de garantia para que sejam observados corretamente os preceitos e normas que regem o Instituto da Arbitragem.

Verifica-se, assim que a arbitragem não funciona sem o apoio do juiz estatal, nem os operadores do comércio nacional e internacional querem a arbitragem totalmente distante da justiça estatal. Clávio de Melo Valença Filho, exemplifica sabiamente a necessidade do apoio, garantia e segurança dada pela coexistência¹⁵ das duas jurisdições, citando a maçoegrada experiência belga, que com o intuito de promover naquele país uma praça internacional de arbitragem, o legislador proibiu seu juiz estatal de conhecer pedidos de anulação de sentenças arbitrais lá proferidas, sempre que nenhuma das partes fossem pessoa física nacional ou residente naquele país, ou jurídica que lá detivesse a sua sede ou sucursal (art. 1717, § 4º, do Código Judiciário Belga, modificado pela Lei de 27.03.1985). Em suma, aboliu-se a possibilidade de ataque às sentenças arbitrais quando ambas as partes fossem estrangeiras. A experiência foi decepcionante,

¹⁵ Da mesma forma Pedro Batista Martins evidencia a necessidade de caminharem juntas a justiça estatal e a justiça arbitral: “cooperação do Judiciário é requisito fundamental ao implemento da arbitragem no Brasil e marca segurança que os interessados buscam usufruírem com tranqüilidade da jurisdição privada.”

pois causou grande receio das partes em instituir um juízo arbitral com sede naquele país.

Nota-se a seguir que a autonomia do juízo arbitral varia de país para país, porém esta autonomia nunca é absoluta, senão o árbitro teria o componente jurisdicional de coerção, podendo assim impor suas próprias determinações cautelares ou coercitivas durante o procedimento arbitral (ato que ainda é privativo do Estado).

1.5. AUTONOMIA DO JUÍZO ARBITRAL

A intervenção do Estado no juízo arbitral é diferente de Estado para Estado. Há países que a autonomia do juízo arbitral é muito ampla, o que representa uma evolução do uso da arbitragem nesses países, onde a arbitragem é bastante difundida.

Por exemplo, recentemente a Inglaterra alterou seu *Arbitration Act*, mais precisamente, pela norma legal de 17 de junho de 1996, com vigência em 31/01/1997¹⁶. Após ampla consulta junto a advogados, operadores e usuários do sistema arbitral naquele país, decidiu-se modificar a legislação, com a finalidade de ampliar os poderes do árbitro e restringir a interferência do juízo ordinário, no tocante aos atos praticados pelo árbitro no transcurso do processo arbitral.

A busca pela independência do processo arbitral é cada vez mais crescente e já se revela, inclusive, na lei brasileira que, acompanhando a evolução do instituto, incorporou ao sistema legal nacional o princípio da autonomia da cláusula arbitral (art. 8º da lei n.º 9.307/96) e conferiu aos árbitros competência para apreciar e julgar as arguições de suspeição e impedimento, sem que ocorra a suspensão do processo arbitral, no caso de não vir a ser acolhida a pretensão. No

capítulo II que trata sobre a cláusula arbitral trataremos com detalhes sobre a autonomia da cláusula arbitral e o princípio da competência – competência.

1.6. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

A arbitragem tem início com a convenção arbitral. As partes capazes¹⁷ de contratar conferem a um árbitro ou Câmara Arbitral o poder de dirimir o conflito referente a direitos patrimoniais disponíveis existente entre elas.

É a autonomia da vontade das partes que estabelece a arbitragem, através da convenção de arbitragem, que pode ser manifestada de duas formas diferentes: pelo compromisso ou pela cláusula compromissória.

Nos capítulos seguintes será analisado detalhadamente a distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso, que assume fundamental relevância na distinção do regime aplicável a elas¹⁸, dado por algumas legislações. É o caso da legislação Brasileira e de outros países latino-americanos. Todavia há países que ignoram esta distinção, não assumindo maiores contornos.

¹⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. *Da Ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Árbitro*. Rio de Janeiro: LTr, 2002, p. 358.

¹⁷ O art. 1º da Lei de Arbitragem Brasileira (lei n.º 9.307/96), estabelece as mesmas prerrogativas e requisitos de capacidade estabelecido aos contratos.

¹⁸ Nesse sentido João Bosco LEE no estudo da Arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul comenta: “Esta importância se manifesta na diferença do regime aplicável à cláusula compromissória e ao compromisso. O fato de o litígio ainda não ter nascido e, em consequência, a impossibilidade de determinar o objeto da controvérsia na cláusula arbitral, parece determinante para os legisladores dos países do Mercosul. Esta indeterminação do litígio provoca uma certa desconfiança em relação à cláusula compromissória.” (LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 50.). Por isto, o tratamento diferenciado.

CAPÍTULO II – EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A cláusula compromissória encontra-se no centro das atenções dos doutrinadores e dos estudiosos do Instituto da Arbitragem, merecendo maior atenção, visto que além de ser mais utilizada que o compromisso, é no seu estudo que nos deparamos com delicadas e curiosas situações que determinarão sua eficácia ou ineficácia.

A maioria dos países reconhecem a validade da cláusula compromissória, porém as formas de reconhecimento variam de um país para outro, desta forma o estudo da cláusula compromissória será dividido em duas partes, a primeira trata do plano de validade e a segunda trata do plano de executoriedade.

“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” (art. 4º da Lei de Arbitragem Brasileira – Lei n.º 9.307/96).

Assim a cláusula compromissória é o acordo das partes pelo qual, voluntária e antecipadamente, se obrigam a solucionar as futuras e eventuais divergências decorrentes de relação jurídica havida entre elas por meio do juízo arbitral.

A cláusula tem como efeito principal afastar a jurisdição do Estado, se invocada pelas partes, ou seja, a cláusula possui caráter obrigatório e efeito vinculante.

Nesse momento é que podemos visualizar a principal questão de debate que gira em torno da eficácia da cláusula compromissória, pois como o objeto do litígio ainda não é conhecido, mesmo que ele seja delimitado pela relação contratual, ainda ele é genérico e condicional, por esse motivo é que as legislações dão tratamento diferenciado em relação ao compromisso.

2.2. PLANO DE VALIDADE

2.2.1. Forma

A estipulação da cláusula compromissória deve ser necessariamente por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira, até mesmo por carta, telegrama ou fax que façam referência ao contrato, admitindo-se sua contratação no momento da celebração do negócio jurídico ou posteriormente a ele.

O art. 4º, §1º, da Lei Brasileira de Arbitragem estipula sobre a forma escrita da cláusula compromissória, porém não estipula as formas escritas

aceitas. Já o artigo II, 2, da Convenção de Nova Iorque de 1958, define que também pode ser considerado contrato escrito cartas ou telegramas.

Já o artigo 777 do Código de Processo Civil Paraguuaio dispõe: “ Todo acuerdo relativo al arbitraje podra formalizarse por escritura pública o instrumento privado. También podrá hacerse por canje de cartas, telegramas colacionados, comunicaciones por télex o otros medios idóneos.”. O que constata-se uma regra clara para aceitar outros meios eletrônicos idôneos que comprovem a convenção de arbitragem “escrita”. Cabe destacar que a legislação paraguaia não faz distinção entre compromisso e cláusula compromissória.

O art. 473.2 do Código Geral de Processo da República do Uruguai, também estipula a necessidade de forma escrita para a cláusula compromissória sob pena de nulidade: “ art. 473.2. La cláusula compromissória deberá consignarse por escrito, bajo pena de nulidad”.

A forma escrita é requisito essencial da maioria das legislações, e a tendência mundial é de aceitar os meios eletrônicos, tais como: fax, telex, telegrama, cartas, e até e-mail, como formas escritas de contrato, desde que idôneas.

2.2.2. Arbitrabilidade Subjetiva

A arbitrabilidade subjetiva diz respeito as pessoas que podem submeter o litígio à arbitragem.

O principal problema da arbitrabilidade subjetiva encontra-se em verificar as possibilidades das pessoas jurídicas de direito público de se submeterem à arbitragem, já que as pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas físicas não guardam maiores problemas.

Primeiramente cabe lembrar que o poder jurisdicional do árbitro para submeter pessoas ao comando contido na sua sentença está limitado e restrito às partes contratantes da convenção de arbitragem. O árbitro não tem poder jurisdicional sobre terceiros não-signatários da convenção de arbitragem. Desta forma, para que possa ocorrer intervenção de terceiros, ou para que seja chamado ao processo um litisconsorte, é necessário que se estipule uma nova convenção de arbitragem¹⁹, onde todas as partes tenham anuído em levar o litígio ao juízo arbitral. Este acordo posterior para participação de terceiros interessados no juízo arbitral tem se mostrado raro, principalmente quando já se deu início à arbitragem.

A legislação dos diversos países considera como requisito essencial para a validade da convenção de arbitragem, que ela seja realizada entre pessoas capazes de contratar. Pois se proferida por pessoa incapaz nula será a manifestação de vontade em consequência nula será a convenção de arbitragem. A escolha da via arbitral é voluntária e, por isso, a vontade das partes deve estar livre de qualquer vício que possa tornar nulo seu consentimento.

A Convenção de Nova Iorque de 1958 possui regra clara nesse sentido para negar o reconhecimento e a execução de sentença arbitral no caso de incapacidade das partes outorgantes da convenção de arbitragem (artigo V, 1, alínea a, da Convenção de Nova Iorque de 1958).

O Brasil define no artigo 1º da Lei n.º 9.307/96 (lei de arbitragem) que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem. Na opinião de João Roberto Parizatto, não podem celebrar convenção de arbitragem os

¹⁹ Nesse sentido, o art. 1696 do Código Judiciário Belga, estabelece que a estipulação de uma nova convenção de arbitragem, entre terceiros interessados e as partes, é condição para que possa ocorrer a intervenção de terceiros na instância arbitral.

incapazes ou relativamente capazes, ainda que representados ou assistidos, e aqueles que tenham somente poderes de administração.²⁰

Verificar-se, assim, a necessidade de analisar com cuidado as regras do país que abrigará a sede do juízo arbitral, bem como a legislação dos países das partes que compõem o juízo arbitral e as regras aplicadas ao litígio escolhido pelas partes, em especialmente as regras de capacidade por serem consideradas norma de ordem pública²¹. Já que a arbitragem, a convenção arbitral e a sentença arbitral podem ser anuladas caso os preceitos legais não sejam observados (art. V, 1, alíneas *d* e *e*, da Convenção de NY de 1958).

No entanto, a arbitrabilidade subjetiva não pode levar em consideração exclusivamente as pessoas,²² também deve levar em consideração a matéria objeto do litígio, pois existirá determinadas pessoas, em especial os entes públicos e as pessoas jurídicas de direito público, que ora poderão se submeterem ao juízo arbitral, ora não poderão, dependendo do objeto da relação jurídica e da competência material das jurisdições estatais.²³

Referente ao objeto da relação jurídica, o Professor Dr. João Bosco Lee nos ensina que se o objeto da controvérsia atinge direito público, o Estado fica inapto a participar da arbitragem, assim a arbitragem não é admitida quando a decisão do árbitro afetaria ou interviria na organização pública do Estado, na ordem pública, na autoridade estatal ou na soberania²⁴. No entanto

²⁰ PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem, comentários à Lei 9.307 de 23/09/96**. São Paulo: Editora de Direito, 1997, pp. 13 a 17.

²¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²² MAGALHÃES, José Carlos. "Do Estado na arbitragem privada". In **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1986, p. 69, em especial 75. Esta posição é comparável àquela da arbitrabilidade objetiva, ou seja, a análise do objeto da relação litigiosa. Ora, partindo desta premissa, qual seria o sentido de classificar a arbitrabilidade em dois tipos? Na verdade, este método, é somente parcial e, conseqüentemente, não é absoluto. A arbitrabilidade subjetiva não pode ser determinada unicamente pelo objeto da relação jurídica abordada, visto a aptidão do Estado em comprometer é também limitada por textos legislativos.

²³ LEE, João Bosco. **Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 52.

²⁴ Idem.

esta proibição é descartada quando a Administração Pública contrata como pessoa jurídica de direito privado.

A lei brasileira referente a concessões de serviços públicos – Lei n.º 9.074 de 07.07.1995 – admite a possibilidade de inclusão de cláusulas especiais para solução das divergências contratuais, em seu art. 23, inciso XV. Assim como a lei brasileira n.º 10.433 de 24.04.2002, que dispõe sobre Mercado Atacadista de Energia Elétrica, estabelece em seu art. 3º, § 3º, a solução de eventuais divergências entre agentes integrantes do MAE por convenção de arbitragem.

Na maioria dos países é admitida a submissão do Estado (e de seus órgãos públicos) à arbitragem, quando este negocia e age como qualquer pessoa jurídica de direito privado. Porém em determinados países esta regra é proibida, é o caso do direito argentino.

Referente a competência material das jurisdições estatais há necessidade de se analisar a legislação de cada país, pois não raras vezes, há legislações que atribuem competência exclusiva à jurisdição estatal em determinadas relações jurídicas ou para dirimir certos conflitos que envolvam as pessoas jurídicas de direito público. Também há situações que a jurisprudência atenua as restrições impostas pela lei.

Verifica-se que nos contratos internacionais, principalmente entre Estados soberanos; ou referente a contratos de empréstimos internacionais há uma menor resistência quanto ao uso da arbitragem. Já que os Estados preverem se submeterem a arbitragem do que se submeterem a uma jurisdição estrangeira.

Apesar da imprecisão das legislações quando a arbitrabilidade subjetiva podemos concluir que é possível que os Estados, seus órgãos e os estabelecimentos públicos se submetam à arbitragem quando agirem como

peças jurídicas de direito privado, e quando a decisão do árbitro não afete ou intervenha na organização pública do Estado, na ordem pública, na autoridade estatal ou na soberania.

2.2.3. Arbitrabilidade Objetiva

Em relação a arbitrabilidade subjetiva as legislações da maioria dos países são mais precisas quanto a definição da arbitrabilidade objetiva. A arbitrabilidade objetiva diz respeito a matéria que pode ser objeto da arbitragem.

Há uma diversidade de critérios estipulada pelas legislações dos diversos países para definir as matérias arbitráveis. Dentre os critérios mais utilizados encontram-se: o critério que se refere a noção de transação, o critério da livre disponibilidade dos direitos e o critério da ordem pública.

Inúmeras legislações fazem referência à noção de transação²⁵, estipulando que são arbitráveis as matérias susceptíveis de transação. A referência a outro instituto para definição da arbitrabilidade objetiva parece inadequada, pois faz depender da noção de transação que já causou diversas controvérsias de qualificação no direito comparado.

O critério da livre disponibilidade dos direitos apresenta-se quase que de forma unânime como o principal critério para definir as matérias arbitráveis, porém tal critério não pode ser analisado isoladamente, como se bastasse definir se o litígio trata de direito disponível ou não para definir sua arbitrabilidade, pois há necessidade de complementar esta análise com outros critérios para definirmos com maior segurança se o objeto do litígio é arbitrável.

²⁵ São de duas ordens esta referência: 1) de forma comparativa: estipulando que são arbitráveis as matérias susceptíveis de transação; e 2) de forma impeditiva: estipulando que não são arbitráveis dentre outras matérias as que não são susceptíveis de transação, o que resulta na mesma conclusão.

Patrice Level e Fauvarque-Cosson, citados pelo Professor João Bosco Lee, ao conceituarem os direitos disponíveis fazem referência à noção de renúncia dizendo que o direito disponível encontra-se: *“sob total domínio de seu titular, de tal modo que ele pode fazer tudo em relação a este, principalmente alienar ou mesmo renunciar”*. O Doutor João Bosco Lee considera tal referência inapta, já que existem matérias que não são susceptíveis de renúncia mais são arbitráveis, é o caso do direito de concorrência, por fazer parte das regras de ordem pública econômica não são suscetíveis de renúncia ou alienação.²⁶

Desta forma acrescenta-se o caráter patrimonial ao critério da livre disponibilidade dos direitos para melhor defini-lo, assim podemos definir que os direitos patrimoniais disponíveis são suscetíveis de arbitragem – como definido no art. 1º da lei de arbitragem brasileira (Lei n.º 9.307/96) – desde que não contrarie norma de ordem pública.

O critério da ordem pública também é utilizado de forma complementar ao critério da livre disponibilidade dos direitos. Pode-se dizer que a noção de ordem pública²⁷ refere-se a um estado de legalidade, ou seja, no âmbito internacional refere-se às noções gerais e princípios gerais do direito aplicado aos diversos Estados. Entende-se que não são arbitráveis questões que contrarie a ordem pública.

Nelson Nery Junior entende que matérias que versem sobre direito indisponíveis são inarbitráveis, cita como exemplo, questões de família, de falência, de incapazes e outras que exijam procedimento obrigatório com a participação do Ministério Público²⁸. Clóvis do Couto e Silva possui o mesmo entendimento, ambos fazem referência a transação.

²⁶ LEE, João Bosco. Ob. Cit. p. 62.

²⁷ A definição de ordem pública é algo penoso de difícil conclusão, muitos doutrinadores se aventuraram neste tema, porém verifica-se que raros foram os que chegaram a alguma conclusão.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 509.

Porém verificamos que nem todas as matérias que tratam de direito de família são inarbitráveis. As matérias que são de cunho estritamente patrimonial, que não seja de direito pessoal de família, e que não exijam a interferência do Ministério Público podem ser objeto de análise de um juízo arbitral. (assim podemos concluir após a leitura dos arts. 852 e 853 da Lei Brasileira n.º 10.406/2002 – novo Código Civil Brasileiro).

Assim, no âmbito da arbitrabilidade objetiva diversas discussões surgem quando analisamos as várias matérias que formam os direitos patrimoniais disponíveis, são as chamadas matérias patrimoniais sensíveis, que englobam diversos fatores que tendem a dificultar a certeza da arbitrabilidade da matéria.

Assim ocorre em matéria referente a concessões de serviços públicos, em que determinadas questões do contrato são passíveis de arbitragem outras não; as matérias referentes às relações de consumo, que determinados países tendem a considerar válida e eficaz a cláusula compromissória enquanto outros exigem o compromisso; e o contrato de adesão, que apresentam problemas na manifestação de vontade das partes contratantes, estas questões serão melhor analisadas a seguir.

2.2.4. Cláusula Arbitral nos Contratos de adesão

Nos contratos de adesão, uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica.

Se por um lado a rigidez das cláusulas que eliminam as tratativas prévias contribuem para a agilidade do negócio, simplificação, redução de custos, como vantagens para ambas as partes, e mais factíveis para as contratações em

massa, de outra face, a situação do aderente fica enfraquecida, reduzida sua liberdade apenas formal, de aceitar ou rejeitar as condições impostas pelo proponente, permitindo hegemonia deste último, podendo dispor de modo abusivo ou leonino.²⁹

Os legisladores atentos a esta limitação da manifestação de vontade criaram mecanismos de controle para determinar ineficazes as denominadas cláusulas vexatórias ou cláusulas abusivas, ou seja, as demasiadamente onerosas ou inconvenientes.

Nesse sentido o "estatuto jurídico italiano, precursor no trato da questão, dispôs no art. 1341 do Código de 1942 sobre as condições gerais de contratação, introduzindo duas regras dirigidas ao conhecimento das cláusulas pelo aderente. De acordo com elas, somente são eficazes aquelas disposições contratuais que, impostas por uma das partes, são conhecidas pela outra, ou suscetíveis de sê-lo segundo diligência ordinária".³⁰

Assim procedeu a legislação brasileira de arbitragem, estipulando em seu art. 4º, §2º: *"Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula."*

Verifica-se, que a norma brasileira considera indispensável o elemento volitivo para a validade da cláusula compromissória inserta nos contratos de adesão, porém não só nos contratos de adesão é exigido o elemento volitivo, este é um requisito essencial para a convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso) como dito anteriormente no item 1.6. Por se

²⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In Aspectos Fundamentais da Arbitragem** / LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista; CARMONA, Carlos Alberto Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 113 a 141.

³⁰ Idem.

tratar de contrato de adesão, o legislador impôs condições para verificar a aceitabilidade da cláusula compromissória por parte do aderente.

Assim a cláusula compromissória só é válida no contrato de adesão (no direito brasileiro) quando: 1) O aderente concede eficácia plena mediante efetiva aceitação, através de documento escrito anexo ao contrato de adesão ou através de cláusula compromissória destacada em negrito com visto próprio para a cláusula no contrato de adesão, e 2) O aderente concede eficácia suspensiva, sujeita a posterior manifestação do aderente, ou seja, quando o aderente toma a iniciativa de instituir a arbitragem realizando o compromisso.

2.2.5. Cláusula Arbitral nas relações de consumo

Verificamos que nos contratos de consumo não podemos aplicar as mesmas regras aplicadas aos contratos de adesão. Com a devida vênia às opiniões divergentes, a arbitragem é válida nas relações de consumo, porém a cláusula arbitral inserta num contrato é ineficaz.

O art. 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (Lei n.º 8.078/90), diz que: *“art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ... VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem; ...”*.

Os defensores da eficácia da cláusula arbitral nos contratos de consumo³¹ dizem que a lei de arbitragem (Lei n.º 9.307/96) quando trata da arbitragem nos contratos de adesão (art. 4º, §2º) teria revogado o inciso VII, do art. 51, do Código de Defesa do Consumidor. Porém o artigo 2º, §2º da LICC – Lei de Introdução do Código Civil estabelece que “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica

a lei anterior”. Assim a lei de arbitragem daria eficácia para os contratos de adesão, mas não para os contratos de adesão de relação de consumo.

Tanto é verdade que se verifica a real intenção do legislador que retirou do projeto de lei sobre arbitragem (PL 78/92 SF) o art. 44 que dispunha expressamente sobre a revogação do art. 51, inciso VII, da Lei n.º 8.078/90 durante o trâmite no Congresso Nacional. Ora, se tinham a intenção de revogarem porque não fizeram expressamente como constava no projeto, se tal revogação expressa foi suprimida, este não era o desejo dos legisladores.

Assim podemos concluir que a cláusula compromissória é ineficaz nos contratos de consumo, não se podendo aplicar normas supletivas referente aos contratos de adesão para tentar validar a cláusula compromissória inserta nos contratos de consumo.

Porém o compromisso é válido de pleno direito, mesmo que o consumidor seja hipossuficiente é possível pactuar compromisso para afastar da apreciação do poder judiciário estatal e aplicar a arbitragem.

Há também radicais no sentido contrário, que entendem que a arbitragem (inclusive o compromisso) não é válido nas relações de consumo. Esta corrente entende que os direitos de consumo são indisponíveis por estarem referidos no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal Brasileira que estabelece: “XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Ora tal afirmativa parece absurda, senão todos os cidadãos teriam direito de consumir, até aqueles que não têm dinheiro, já que consideraríamos os direitos de consumo como um direito indisponível, e não como realmente é um direito disponível material. Da mesma forma o direito de propriedade está

³¹ Selma Maria Ferreira Lemes é uma das maiores defensoras da eficácia da cláusula arbitral nas relações de

albergado no inciso XXII da CF e nem por isso é considerado como um direito indisponível, portanto absurda tal afirmativa.

Verificada o plano de validade da eficácia da cláusula compromissória passemos a analisar o plano de executoriedade.

2.3. PLANO DE EXECUTORIEDADE

A análise da eficácia da cláusula compromissória encontra-se não somente na análise da autonomia da cláusula compromissória, ela tem um campo de abrangência maior, por tal motivo há uma divisão nesse trabalho ao analisar a cláusula compromissória: no seu plano de validade e no seu plano de executoriedade.

O termo eficácia da cláusula compromissória utilizada por alguns respeitados doutrinadores para referir-se a autonomia da cláusula compromissória, data venia é equivocada, visto que a cláusula compromissória pode ser executada porém não ser válida, o que a torna ineficaz. Por exemplo, a cláusula pode conter algum vício de consentimento ou possuir o objeto do litígio inarbitrável, o que torna inválida, sem contudo torná-la ineficaz, pois sua invalidade pode ser constatada posteriormente.

Por tal motivo o termo está incluso o tópico da autonomia da cláusula compromissória no plano de executoriedade, que faz parte do estudo da eficácia da cláusula compromissória.

2.3.1. Autonomia da cláusula compromissória

consumo, verificar obras citadas da autora.

As legislações e as convenções internacionais consagram o princípio segundo o qual a cláusula de arbitragem é independente do contrato que faz parte, é o chamado princípio da autonomia da cláusula compromissória. Tal princípio é entendido como quase universal, pois raras são as legislações que o ignoram.

A independência da cláusula compromissória em relação ao contrato que faz parte, garante a sua máxima eficácia com a sua executoriedade, pois se o contrato for inválido ou nulo, a cláusula compromissória não será, visto que não segue a sorte do principal, sua independência em relação ao contrato é garantida e consagrada legalmente.

O art. 8º da Lei n.º 9.307/96 (Lei de Arbitragem Brasileira) dispõe que: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

Este princípio possibilita que seja instaurado o juízo arbitral para se discutir questões acerca de um contrato ou da relação jurídica desse contrato, mesmo que ele seja nulo. O princípio da autonomia da cláusula compromissória é complementado pelo princípio da competência – competência do árbitro.

2.3.2. Princípio da competência – competência

Este princípio estabelece que cabe ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Assim o próprio árbitro julgará se é competente para julgar o litígio posto sob sua análise.

É exatamente o que determina o parágrafo único, do art. 8º, da Lei n.º 9.307/96 – Lei Brasileira de Arbitragem, encerrando-se assim as discussões no Brasil quanto a validade do princípio da competência – competência que recebeu legitimação legal. Porém em outros países a incerteza ainda paira devido a falta de previsão legal, no entanto a tendência das jurisprudências nacionais em que a legislação não reconhece expressamente o princípio da competência – competência é de reconhecê-lo já que se trata de um princípio universalmente reconhecido, e consagrado pela lei modelo da UNCITRAL (art. 16, 1).

2.3.3. Autonomia da cláusula arbitral em relação a sentença arbitral

Em complemento aos princípios supramencionados temos a autonomia da cláusula compromissória em relação a sentença arbitral, isto significa que: caso a sentença arbitral seja nula ou anulada, as partes não são obrigadas a levar seu litígio à justiça estatal, poderão instituir um novo juízo arbitral para por fim a lide.

2.3.4. Ação de execução da cláusula compromissória

A ação de execução da cláusula compromissória visa obrigar uma parte inconformada a submeter o litígio à arbitragem. Esta ação é garantida na maioria das legislações nacionais.

Em muitos países a execução da cláusula compromissória só foi garantida recentemente com a modificação das leis de arbitragem nacionais. No Brasil por exemplo antes da Lei de Arbitragem – Lei n.º 9.307/96, não era possível a execução forçada da cláusula compromissória, apenas era permitido a parte prejudicada requerer perdas e danos na justiça estatal pelo descumprimento da cláusula.

Há certa dificuldade quanto à definição do órgão judiciário estatal competente para julgar a ação e instaurar o juízo arbitral, primordialmente nos contratos internacionais, que é a mesma dificuldade enfrentada pelo Direito Internacional Privado, discussões se sucedem neste campo para determinar principalmente a competência de um país ou de outro país para julgar a ação. Todavia, não entrar nessa discussão parece salutar, pois o mais conveniente parece ser a adoção da competência do tribunal do lugar da sede da arbitragem como brilhantemente defendido por João Bosco Lee para eliminar os riscos de conflito de competência.

A ação de execução nem sempre se faz necessária quando uma das partes está resistente a instaurar o juízo arbitral. É o caso da cláusula compromissória cheia que possui os requisitos necessários para a instauração do juízo arbitral. Geralmente a cláusula compromissória cheia faz referência a uma instituição arbitral que possui um regulamento próprio para instauração do juízo arbitral, prevendo procedimentos de citação e continuidade do procedimento arbitral, mesmo que a parte esteja resistente e não compareça para cumprir suas diligências no processo.

Assim podemos distinguir: 1.1) a cláusula compromissória cheia que contém os requisitos necessários para instauração do juízo arbitral, seja ela toda definida pelas partes, ou seja, referida a algum regulamento de arbitragem; 1.2) da cláusula compromissória vazia, que apenas faz referência que as controvérsias e litígio referente ao contrato será resolvido por arbitragem, não definindo as regras para a instauração do juízo arbitral, fazendo-se necessário o compromisso; e 2.1) a cláusula ad hoc, em que o próprio árbitro administra o procedimento arbitral; 2.2) da cláusula institucional, em que uma Instituição ou Câmara Arbitral será responsável por administrar o procedimento arbitral.

2.3.5. Constitucionalidade da cláusula compromissória

No direito brasileiro havia uma incerteza que pairava sobre a Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96) referente a sua constitucionalidade, visto que a carta magna – a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso XXXV dispunha que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Assim a questão da constitucionalidade da arbitragem foi novamente levantada com a promulgação da Lei n.º 9.307/96, apesar da jurisprudência e da doutrina majoritária sempre se pronunciarem favoravelmente.

O processo de homologação de sentença estrangeira SE n.º 5.206, do Supremo Tribunal Federal analisou a inconstitucionalidade da cláusula compromissória. No caso, a sociedade de direito suíço MBV Commercial and Export Mangement Establishment havia demandado a homologação de uma sentença arbitral proferida na Espanha em maio de 1995, condenando a sociedade brasileira Resil Indústria e Comércio Ltda. ao pagamento de uma indenização à sociedade suíça, primeiramente (10.10.1996) o STF rejeitou a demanda alegando que a sentença arbitral não teria recebido o exequatur dos tribunais espanhóis, em embargos a empresa suíça alega que não é mais necessário o exequatur da sentença arbitral em seu país de origem para homologação pelo STF. A questão foi levada para o plenário, porém antes do julgamento definitivo o Ministro Moreira Alves requereu um parecer ao Procurador-Geral da República sobre a constitucionalidade da lei. O parecer do Procurador da República foi favorável a constitucionalidade da lei, porém o relator do processo o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que determinados artigos da Lei n.º 9.307/96 (arts. 6º, parágrafo único, 7º, 41 e 42) eram incompatíveis com a Constituição Federal.

Tais artigos tratavam da cláusula compromissória e de sua execução específica. Verifica-se assim que não era a arbitragem que estava sendo questionada mas sim a cláusula compromissória e sua execução, o Ministro Relator entendeu que se não se conhece o objeto do litígio, o direito não é disponível, ou seja, como a cláusula arbitral não possui determinado o objeto do litígio, por este ser futuro e incerto, trata-se de um direito indisponível, conseqüentemente inarbitrável.

Assim dois argumentos podem se extrair do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, primeiro que a disposição do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e, segundo a indeterminação do objeto do litígio que do seu ponto de visto tornaria o direito indisponível.

Tais argumentos não prosperaram e nem podiam prosperar, pois a arbitragem não é obrigatória, e sim é mais um meio para as partes resolverem seus litígios, o artigo 5º, inciso XXXV, da CF, não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros – foram estes os argumentos utilizados pelo Ministro Nelson Jobim em seu voto favorável a constitucionalidade de todos os artigos da Lei de Arbitragem – O Professor João Bosco Lee, acrescenta ainda ao discorrer sobre o assunto que tal inciso do artigo 5º foi *“concebido para impedir abusos por parte das autoridades legislativas e administrativas que proibiam recursos ao Poder Judiciário das decisões pronunciadas por essas autoridades”*.

Referente ao argumento da imprevisibilidade do objeto do litígio, Nelson Jobim alega que “Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos à específica relação contratual, rigorosamente determináveis”, mesmo que o litígio fosse totalmente indeterminável não a que se falar em direitos indisponíveis, pois a lei prevê que a cláusula compromissória é nula se o conflito não é arbitrável, como explicado no tópico da Arbitrabilidade Objetiva. A Ministra Ellen Gracie em

seu voto favorável a constitucionalidade dos referidos artigos assim se pronuncia: *“negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente a furtar-se à submissão à via expedita da solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida a previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença.”*

Assim constata-se que a questão foi superada em 12.12.2001 quando o STF declarou constitucional a cláusula arbitral, com sete votos a favor e quarto contra. Se assim não fosse estaríamos negando aplicação prática para o instituto da Arbitragem, e contrariando os seus princípios fundamentais.

2.3.6. A exigência do compromisso na presença da cláusula compromissória

O compromisso é realizado pelas partes quando a aplicação da arbitragem não foi prevista pelas partes no contrato, mas surgido o litígio as partes decidem instituir um juízo arbitral ao invés de leva-lo para a Justiça Estatal.

No entanto, em alguns países se faz necessário a redação do compromisso mesmo com a existência da cláusula compromissória, e outros países que também exigem o compromisso em determinados casos, dependendo do objeto do litígio, estas legislações não atribuem plena eficácia a cláusula compromissória, pois não possui auto-suficiência para instituir um Tribunal Arbitral.

Assim há legislações que consideram plenamente válida a cláusula compromissória, não sendo necessário o compromisso para a instauração do Tribunal Arbitral; há legislações que consideram a cláusula compromissória um acordo que posteriormente toma-se concluído com o

compromisso; e há legislações como a brasileira que em determinados casos a cláusula compromissória é suficiente para instaurar o juízo arbitral, e em outros exigir-se-á o compromisso.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o estudo da Eficácia da Cláusula Compromissória é de suma relevância para o Instituto da Arbitragem, visto que a ignorância dos seus preceitos poderão inviabilizar ou impedir a instauração do juízo arbitral, não ficando a análise adstrita especificamente a cláusula compromissória, mas se estendendo a análise de diversos outros elementos que compõe o plano de validade e o plano de executoriedade.

A Eficácia da Cláusula Arbitral passa então pela análise do seu plano de validade, onde se analisa: a) a capacidade das partes contratantes; b) a arbitrabilidade subjetiva, que diz respeito às partes que poderão se submeter à arbitragem; c) a arbitrabilidade objetiva, que diz respeito a matéria do conflito que poderá ser objeto da arbitragem; assim como passa pela análise de seu plano de executoriedade, onde se analisa: a) a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato firmado entre as partes, ou seja, mesmo que o contrato seja nulo, a cláusula arbitral será válida para se instaurar o juízo arbitral, b) a análise do princípio da competência-competência, ao qual o próprio árbitro será responsável por analisar se é competente para julgar a questão colocada sob sua análise, c) a análise da autonomia da cláusula arbitral em relação a sentença arbitral, ou seja, mesmo que a sentença arbitral seja nula ou anulável, as partes poderão instituir um novo juízo arbitral para por fim a lide, não sendo obrigadas a

levar seu litígio á justiça estatal; assim como outras questões de cunho processual também são analisadas no plano de executoriedade da cláusula arbitral, como: d) possibilidade de mover ação de execução da cláusula compromissória; e) análise da constitucionalidade da cláusula compromissória julgada pelo STF; f) e por fim a análise das situações em que se faz necessário o compromisso mesmo na presença da cláusula compromissória.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Alvaro Villaca – *Curso Geral das obrigações*. São Paulo: RT, 1997.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu – *Direitos Adquiridos no direito internacional privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- BRANCO, Luizella Giordino B. – *Sistema de solução de controvérsia no Mercosul: perspectiva para criação de um modelo institucional permanente*. São Paulo: editora LTr, 1997.
- CASELLA, Paulo Borba (coordenador) – *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: LTr Editora, 1999.
- COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza – *Arbitragem e a lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DOLINGER, Jacob – *Direito Internacional Privado*. 6ª ed., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ESCARAMEIA, Paula V. C. – *Coletânea de jurisprudência de Direito Internacional*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1992.
- FAZIO, Silvia – *Os contratos internacionais na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr Editora, 1998.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias – *Manual de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- FRAGA, Mirto – *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro, 1997.

- FRANCESCHINI, Luiz Fernando e WACHOWICZ, Marcos (coordenadores) – *Direito Internacional Privado*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.
- GARCEZ, José Maria Rossani (Coordenador) – A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOMES, Eduardo Biacchi – *Blocos econômicos e soluções de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.
- HUCK, Hermes Marcelo. Sentença Estrangeira e 'Lex Mercatoria' – Horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 63 e ss.
- KROETZ, Tarcísio Araújo – *Arbitragem: conceito e pressupostos de validade de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In *Aspetos Fundamentais da Arbitragem* / LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista; CARMONA, Carlos Alberto Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 113 a 141.
- LEE, João Bosco – *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul – Biblioteca de Direito Internacional*. vol. 4, Curitiba: Juruá Editora, 2002.
- _____ – *A Especificidade da Arbitragem Comercial Internacional*, In: CASELLA, Paulo Borba (Coordenador). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2ª ed., São Paulo: LTr, p. 176-219, 1999.

- MARTINS, Pedro A. Batista e GARCEZ, José Maria Rossani – *Reflexões sobre arbitragem – in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr Editora, 2002.
- MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto – *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a lei n.º 9.307/96*. Curitiba: Juruá Editora, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 509.
- PIMNTEL, Luiz Otávio (organizador) – *Mercosul no cenário internacional: Direito e Sociedade*. vols. 1 e 2, Curitiba: Juruá Editora, 1998.
- PUCCI, Adriana Noemi – *Arbitragem comercial nos países do Mercosul*. São Paulo: LTr Editora, 1997.
- RAMOS FILHO, Wilson – *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: Editora LTr, 1999.
- _____ – *Heterocomposição dos conflitos de trabalho: a arbitragem como alternativa*. São Paulo: Editora LTr, 1998.
- RECHSTEINER, Beat Walter – *Arbitragem privada internacional no Brasil: depois da nova lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 1997.
- RODAS, João Grandino – *Contratos Internacionais*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- _____ – *Direito Internacional Privado Brasileiro*. São Paulo: RT, 1993. 86 p.
- ROQUE, Sebastião José – *Arbitragem: a solução viável*. São Paulo: Icone, 1997.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos – *Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.
- SOARES, Maria Ângela Bento e RAMOS, Rui Manuel Moura – *Contratos Internacionais*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- STRENGER, Irineu – *Contratos internacionais do comércio*. 3ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- _____ – *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: Editora LTr, 1996.
- TAUBE, Michel de. Les origines de l'arbitrage international antiquité et moyen age. Recueil des Cours de L'Académie de Droit Internationale de la Haye. v. IV, tomo 42, 1932.
- TEIXEIRA, Paulo Cesar Monteiro, ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa – *A nova arbitragem: comentários à lei 9307/96 de 23.09.96*. Porto Alegre: Síntese, 1997.
- VALENÇA FILHO, Clávio de Melo – *Poder Judiciário e Sentença Arbitral – Biblioteca de Direito Internacional*. vol. 2, Curitiba: Juruá Editora, 2002.
- WALD, Arnoldo (coordenador) – *Revista de Direito bancário, do mercado de Capitais e de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.