

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA ANÁLISE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: ESTUDO DE
UM CASO CONCRETO**

Heitor Oliveira Müller

Presidente Prudente/SP

2007

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DA ANÁLISE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: ESTUDO DE
UM CASO CONCRETO

Heitor Oliveira Müller

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes.

Presidente Prudente/SP

2007

**DA ANÁLISE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: ESTUDO DE
UM CASO CONCRETO**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

Examinador (a)

Examinador (a)

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2007

A Justiça atrasada não é
justiça, senão injustiça,
qualificada e manifesta.

(Rui Barbosa)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha avó
Rosa de Souza Oliveira (*in memoriam*),
pessoa sensata e sempre presente
em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por guiar meu caminho em mais uma etapa da minha vida.

Agradeço aos meus pais e à minha família, pessoas especiais e de grande importância, pelo apoio e esforço para com os meus estudos.

Agradeço à minha orientadora pela ajuda e compreensão na elaboração deste trabalho.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos que durante esse estudo estiveram ao meu lado.

RESUMO

Atualmente muito se tem questionado, quando presente a cláusula compromissória em contratos, sobre a possibilidade das partes buscarem o Poder Judiciário para solucionar seus conflitos ou se estariam obrigadas à instauração o juízo arbitral. Tal tema objetiva questionar e comentar a eficácia e validade da cláusula compromissória. Todos sabemos que desde os primórdios da civilização, seja por meio da heterocomposição ou por meio da autocomposição, a adoção de meios alternativos de solução de conflitos possui intuito de auxiliar o próprio Estado na pacificação social. A legislação brasileira também consagra meios alternativos: a conciliação, a mediação e a arbitragem. Esta será o objeto de estudo deste trabalho porque consiste em submeter a decisão de determinada questão a um terceiro (árbitro) que não o Estado-juiz, vinculando as partes à decisão proferida. Inexiste a intervenção estatal no conflito. Para convencionar a arbitragem, há a necessidade da vontade das partes de se valerem de um árbitro, e para convencionarem, utilizam-se da cláusula compromissória, quer dizer que haverá um comprometimento pelas partes de celebrarem o compromisso arbitral e instituí-lo quando for preciso devido a alguma crise ou divergência. A grande questão surge quanto à validade e eficácia dessa cláusula após o advento da Lei nº. 9.307/96, pois, anteriormente, era dominante o entendimento de que o simples descumprimento desta cláusula importaria apenas em perdas e danos, não se obrigando à instituição do juízo arbitral. Muito se questionou também em relação à constitucionalidade da referida Lei, afirmando-se que o Poder Judiciário estaria sendo afastado dos conflitos sociais. Entretanto, seria a arbitragem um mecanismo complementar e apropriado para a solução de algumas questões. Portanto, nos resta a discorrer sobre a competência do Poder Judiciário para julgar o litígio em caso de as partes inserirem a cláusula compromissória em contratos, desnecessário tecer comentários sobre a constitucionalidade do juízo arbitral. Assim, visa-se comentar a respeito de uma decisão e de pareceres de doutrinadores louváveis em nosso direito, propondo ao final opiniões e conclusões, a fim de que o juízo arbitral seja utilizado corretamente, não sendo apenas um meio alternativo de solução de conflito ou mero auxiliar do Poder Judiciário. Serão utilizadas neste trabalho pesquisas bibliográficas, jornal, revista, Internet, análise de jurisprudência, bem como coleta de dados e notícias diversas. Assim, os métodos indutivo, comparativo e casuístico serão empregados no presente trabalho. Será feita a análise de um caso concreto onde havia a cláusula compromissória e se buscou a tutela jurisdicional e existem pareceres a respeito, os quais serão analisados e citados, onde se dará ênfase ao método axiológico.

Palavras-chave: Cláusula compromissória. Inafastabilidade do Poder Judiciário.

ABSTRACT

Currently very it has been questioned, when present the arbitration clause in contracts, on the possibility of the parts to search the Power Judiciary to solve its conflicts or if would be obliged to the instauration the arbitral judgment. Such objective subject to question and to comment the effectiveness and validity of the arbitration clause. All we know that since remote age of the civilization, either by means of the settlement or the accord and satisfaction, the adoption of alternative ways of solution of conflicts have intention of assisting the proper one. Been in the social pacification. The Brazilian legislation also consecrates alternative ways: the conciliation, the mediation and the arbitration. This will be the object of study of this work because it consists of submitting the decision of definitive question to one third (arbitrator) that it State-judge, not tying the parts with the pronounced decision. The state intervention in the conflict non existing. To stipulate the arbitration, it has the necessity of the will of the parts of if being valid an arbitrator, and to stipulate, they are used of the arbitration clause, wants to say that it will have a compromise for the parts to celebrate the arbitral commitment and to institute it when necessary will have to some crisis or divergence. The great question appears how much to the validity and effectiveness of this clause after the advent of the Law nº 9,307/96, therefore, previously, the agreement was dominant of that the simple disregard of this clause would import only in damages, if not compelling to the institution of the arbitral judgment. Much was also questioned in relation to the constitutionality of the related Law, affirming itself that the Judiciary Power would be being moved away from the social conflicts. However, a complementary and appropriate mechanism for the solution of some questions would be the arbitration. Therefore, in it remains them to discourse on the ability of the Judiciary Power to judge the litigation in case of the parts to insert the arbitration clause in contracts, unnecessary to weave commentaries on the constitutionality of the arbitral judgment. Thus, it is aimed at to comment regarding a decision and to seem of praiseworthy doctrinaler in our right, considering to the end opinions and conclusions, so that the arbitral judgment is used correctly, not being only one alternative way of conflict solution or mere clerk it To be able Judiciary. Bibliographical research will be used in this work, periodical, magazine, Internet, jurisprudence analysis, as well as collection of data and diverse notice. Thus, the methods inductive, comparative and casuistry will be used in the present work. The analysis of a case will be made concrete where it had the arbitration clause and if it searched the guardianship jurisdictional and exist to seem the respect, which will be analyzed and cited, where will give emphasis to the axiology method.

Key-Words: Arbitration clause. No removal of the Judiciary Power.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS CONFLITOS	13
2.1 CONCEITO	13
2.2 FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS.....	16
2.3 A SOLUÇÃO JUDICIAL DO LITÍGIO	19
2.4 A SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO LITÍGIO	21
3 DA ARBITRAGEM	25
3.1 A ARBITRAGEM COMO FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	25
3.1.1 ASPECTOS HITÓRICOS DA ARBITRAGEM	25
3.1.2 PODER JUDICIÁRIO E JUÍZO ARBITRAL	28
3.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS	29
3.2.1 CONCEITOS	32
3.2.2 NATUREZA JURÍDICA.....	34
3.3 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	36
3.3.1 DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	39
3.3.2 DO COMPROMISSO ARBITRAL.....	42
3.4 DA SENTENÇA ARBITRAL	45
4 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	49
4.1 CONCEITOS	49
4.2 FORMALIDADES	50
4.3 DA EXTINÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	51
4.4 DA EXTINÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL	51
4.5 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	52
4.5.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE	53
4.5.2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	54
4.5.3 DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	54
4.5.4 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	55
4.5.5 DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	56

5 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NA PRÁTICA CONTRATUAL	57
5.1 DO CONTRATO: CONCEITO.....	57
5.2 DA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO.....	58
5.3 EFEITOS DO CONTRATO EM RELAÇÃO AOS CONTRATANTES	59
5.4 DA EXTINÇÃO DO CONTRATO	60
5.5 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA COMO NEGÓCIO JURÍDICO.....	60
5.5.1 AUTONOMIA NEGOCIAL E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	62
5.5.2 CARÁTER NEGOCIAL DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	63
5.5.3 CONTEÚDO E EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	63
6 DA ANÁLISE DO CASO.....	66
6.1 RESUMO DO CASO.....	66
6.2 DAS ALEGAÇÕES DA EMPRESA SUPERQUIP SERVIÇOS E EQUIPAMENTOS TÉCNICOS LTDA	67
6.3 DAS ALEGAÇÕES DA EMPRESA DANIEL MEASUREMENT AND CONTROL INC.	68
6.4 DA EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	68
6.4.1 DA AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	70
6.5 DA SOLUÇÃO JUDICIAL AO IMPASSE	70
6.5.1 DA INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO	71
7 CONCLUSÃO	72
BIBLIOGRAFIA	75

1 INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema visa questionar e comentar sobre a eficácia e validade da cláusula compromissória presente em contratos e se estariam as partes obrigadas à instauração do juízo arbitral ou poderiam buscar o Poder Judiciário para solucionar a crise.

Ressalta-se que, a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, objetiva ajudar o próprio Estado na pacificação social, utilizado desde os primórdios da civilização, por meio da heterocomposição e da autocomposição.

O Direito Brasileiro consagra como meios alternativos: a *conciliação*, a *mediação* e a *arbitragem*, sendo esta o objeto de estudo deste trabalho, pois consiste em submeter a decisão de determinada questão a um terceiro (árbitro) que não o Estado-juiz, vinculando as partes à decisão proferida.

Necessita-se, para convencionar a arbitragem, a vontade das partes de se valerem de um árbitro. E, para tal convenção, utiliza-se a *cláusula compromissória*, ou seja, as partes se comprometem a celebrar o compromisso arbitral e instituí-lo quando for necessário devido a alguma divergência.

A grande questão surge quanto à validade e eficácia dessa cláusula após o advento da Lei nº 9.307/96. Antes, era dominante o entendimento de que o descumprimento da simples cláusula importaria apenas em perdas e danos, não se obrigando à instituição do juízo arbitral.

Outra questão surge no que tange à constitucionalidade da referida Lei, entretanto, tal questão foi pacificada. Portanto, nos resta a discorrer sobre a competência do Poder Judiciário para julgar o litígio em caso de as partes inserirem a cláusula compromissória em contratos.

Assim, por meio deste trabalho, objetiva-se comentar a respeito de uma decisão e de pareceres de doutrinadores louváveis em nosso direito, para ao final propor opiniões e conclusões, a fim de que o juízo arbitral possa

ser utilizado corretamente, não servindo apenas como meio alternativo de soluções de conflitos e mero auxiliador do Poder Judiciário.

E, ainda, se a cláusula compromissória ofende ou não a competência jurisdicional estatal.

Até o presente momento da pesquisa, percebeu-se que ainda são muito pouco utilizadas as cláusulas compromissórias, talvez pelo pequeno número de Tribunais Arbitrais, mas que quando presente uma cláusula compromissória os Tribunais brasileiros tem respeitado a cláusula e julgando-se incompetentes para a solução uma vez que optaram pela decisão arbitral de livre e espontânea vontade.

O presente trabalho foi dividido em 6 capítulos. Nesse primeiro capítulo foi feita uma breve introdução dos conflitos existentes em sociedade, os diversos tipos de solução dos litígios, tais como a autocomposição, a heterocomposição. Realizou-se uma análise do desenvolvimento da humanidade no que concerne pacificação dos conflitos, enfatizando o estudo dos meios alternativos à jurisdição estatal, em especial a Arbitragem.

No segundo capítulo, o estudo se aplica ao instituto da Arbitragem em si, desde os aspectos históricos até as vantagens e desvantagens entre esse meio de solução dos conflitos e o Poder Judiciário. Ainda, neste capítulo, foram feitas considerações a respeito do procedimento arbitral, explicando seu funcionamento e sua aplicação por meio da convenção de arbitragem, a utilização da cláusula compromissória, o compromisso arbitral e os efeitos da sentença arbitral.

Pelo terceiro capítulo, há um estudo específico a respeito da convenção de arbitragem, desde conceitos e formalidades até a sua extinção, e os princípios aplicáveis ao instituto da Arbitragem.

No quarto capítulo, o estudo aprofundado da cláusula compromissória em face da teoria geral dos contratos, a sua aplicação diante dos negócios jurídicos e seu caráter negocial, conteúdo e efeitos.

Em relação ao estudo de um caso concreto, este se realizou no quinto capítulo. Assim, tudo que foi explanado e exposto nos demais capítulos acerca do instituto da Arbitragem e da cláusula compromissória acabou

aplicado a este caso, o resumo do conflito, as alegações levantadas pelas partes e, por último, a discussão da existência da cláusula compromissória que ensejou o afastamento do Poder Judiciário para decidir sobre o litígio.

Por fim no sexto capítulo, uma conclusão sobre o trabalho realizado: a análise das cláusulas compromissórias, aproveitando o caso concreto posto em discussão e o estudo anteriormente realizado, propiciando uma opinião acerca dessas cláusulas presentes em contratos, concordando ou discordando com a decisão prolatada pelo magistrado ao caso discutido.

2 DOS CONFLITOS

2.1 CONCEITO

Durante o seu desenvolvimento, o homem necessitou se organizar em sociedade e defender seus interesses. Ocorre que nem todos os interesses são iguais, cada ser vivo possui as suas necessidades, ou seja, cada pessoa tem um interesse a ser defendido, seja qual ele for, esbarrando nos interesses dos demais, surgindo os conflitos.

Assim, para se obter o conceito do que seja um conflito, se faz necessário o esclarecimento da questão do interesse, algo fundamental para o estudo do processo e do Direito.

O conceito de interesse, em poucas palavras, seria “a posição favorável para a satisfação de uma necessidade”. Não significa um juízo, mas uma posição do homem. Trata-se de uma necessidade humana.

Como dito anteriormente, o homem, ao longo de seu desenvolvimento, no decorrer dos séculos, sofreu diversas mudanças, e estas o fizeram defender suas necessidades, ou seja, seus interesses. O homem passa a lutar para que seu interesse seja integralmente satisfeito.

Para satisfazer essas necessidades humanas, os meios a serem utilizados são os bens. Ou seja, homem e bem são os dois termos da relação que se denomina interesse. O homem busca satisfazer as suas necessidades, o que seria o interesse, e os bens são os meios que ele consegue se satisfazer.

Logo, o sujeito do interesse é o homem, enquanto o bem é o objeto daquele.

Entretanto, os bens são limitados à porção do mundo exterior e que possam satisfazer a necessidade do homem, enquanto esta mesma necessidade é ilimitada, fazendo surgir um conflito de interesses, pois um

depende do outro, há uma ligação entre esses dois termos, daí a decorrência do conflito. E sendo os bens limitados e a vontade humana ilimitada, a sociedade precisou disciplinar tal conflito que surgiam em torno dos bens.

Surge o conflito de interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade excluir a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta. Isso é vislumbrado quando uma pessoa possui mais de um interesse que se sobrepõe ao interesse do outro.

E optando por viver em sociedade e ao fazer isso passou a disciplinar e a regulamentar a vida social entre os vários sujeitos. O motivo que o levou a essa regulamentação foi o surgimento dos conflitos de interesse entre duas pessoas, pois enquanto o interesse era individual, o problema facilmente se resolvia por meio do sacrifício do interesse menor ao interesse maior.

Mas agora a situação envolve duas ou mais pessoas. Daí a importância da regulamentação da vida em sociedade, pois muitas vezes a solução emanava da violência, ou seja, da lei do mais forte, dificultando, senão impossibilitando, a permanência do homem em sociedade.

Devido a essa dificuldade que ao se falar em conflito de forma geral, aparece uma idéia negativa e assustadora, uma vez que o homem, como todos os demais seres vivos, procura preservar a sua integridade por meio da satisfação de suas necessidades.

Assim, a criação de regras de convivência em sociedade serviu para acabar com a violência que se gerava em torno das discussões. Como os interesses são diversos e distintos, o homem se viu na necessidade de disciplinar determinada conduta.

Segundo Boulding (1998, p. 19), conflito é “uma situação de concorrência, onde as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais, e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra”.

Pois bem, o conflito está intimamente ligado à idéia de interesse, uma vez que deste decorre. Cada ser humano possui a sua necessidade e procura a sua satisfação. Ocorre que muitas vezes a busca por essa satisfação

se dá por meio de um bem, confrontando ao interesse de outrem, pois os bens são limitados.

Segundo orientação de SCHNITMAN (1999, p. 170):

...os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, pós-consequente, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas.

Cria-se a indefinição de situações perante os bens pretendidos, sendo o motivo de angustia, tensão individual e social, causando um inegável sofrimento e uma infelicidade, que precisam ser driblados.

Indiferente seria a situação de o conflito se apresentar entre dois interesses de uma mesma pessoa, pois essa resolveria a situação, naturalmente, por meio do sacrifício do interesse menor ao interesse maior.

Há uma pretensão resistida da outra parte em defender o seu interesse. Não se trata apenas de encontrarmos duas pessoas com interesses diversos. Deve ocorrer uma resistência por uma delas em conceder a pretensão da outra, sendo, portanto, essa uma característica do conflito.

O conflito de interesses é o elemento material da lide, sendo seus elementos formais a pretensão (de quem pretende) e a resistência (de quem se opõe à pretensão).

O que tratamos aqui são os conflitos entre indivíduos diferentes com interesses diversos e distintos, posto que o emprego da violência acarretaria na dissolução da sociedade, por isso se diz que a composição dos conflitos se converte em um interesse coletivo, seria um interesse *externo*, no qual radica a causa do Direito.

A vida é composta eternamente por conflitos. O homem possui a natureza de defender seus interesses, e o conflito sempre fará parte de sua vida.

2.2 FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Sendo interesse e conflitos interligados, torna-se necessário saber como será a solução dos litígios. O que se pode concluir é que o conflito só se resolverá por obra dos próprios conflitantes ou mediante decisão imperativa de um terceiro.

Para o tratamento dos conflitos, várias maneiras se criaram pela sociedade como formas possíveis de administrá-los e resolvê-los.

Em sua evolução, a humanidade tem conhecido como meios de solução de conflitos a autotutela, a autocomposição, incluindo aqui a transação, a renúncia e a desistência, e, por último, a heterocomposição, onde encontramos a Arbitragem, a mediação e a forma judicial.

Inicialmente, quando a estrutura de poder da sociedade era incipiente, os conflitos de interesse eram solucionados por meio da autotutela, ou seja, uma parte se impõe sobre a outra, fazendo uso da força física, moral ou econômica.

E, independentemente do período de surgimento das diversas formas de solução dos conflitos, tais formas vêm se sofisticando e ganhando novas dimensões: se antes o indivíduo usava a força para valer a sua vontade, hoje o Estado faz esse papel, sendo o juiz do uso lícito da força na composição dos conflitos.

Mas mesmo que a solução de conflitos venha a se sofisticar e a ganhar novas dimensões, ainda há certos conceitos em que se faz necessária a análise, dentre eles o conceito de lide, jurisdição, ação, processo e procedimento.

A lide seria o conflito. Ambos são sinônimos. Consiste a lide no conflito de interesses, como já explicitado no tópico anterior, portanto não discorreremos profundamente sobre esse conceito.

Em se tratando de jurisdição, temos a função estatal de prestar a tutela legal em relação aos casos concretos, desde que provocado pelas partes e aplicando a norma abstrata, ou seja, a lei, aos casos concretos, cuja finalidade seria a busca pela pacificação social.

Giuseppe Chiovenda (1958, p. 03), define jurisdição como:

... a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.

Quanto ao conceito de ação, esta nada mais é do que o direito subjetivo que cada pessoa tem de pedir ao Estado a tutela. Ou seja, o titular da pretensão resistida ou insatisfeita, necessita assim provocar a atuação jurisdicional do Estado, iniciando o processo.

Por fim, temos o processo e o procedimento. O primeiro, ao se propor a ação e movimentando o aparelho jurisdicional do Estado, uma série de atos deve ser praticada para que se julgue a pretensão, sendo esses atos chamados de procedimentos. O conjunto desses atos dá-se o nome de processo.

O processo, em seu sentido amplo, é uma forma de composição de litígios para que impere a ordem jurídica. Entretanto, não é ele a única forma existente. Trata-se da base da composição da lide, sendo visto como um conjunto de atividades em que se objetiva alcançar um efeito.

Para Ada Pellegrini Grinover (1991, p. 56), processo seria “toda atividade visando a um determinado efeito, que não se alcança com um ato único”.

E o processo pode se realizar fora de qualquer atividade estatal, tal como ocorre com a mediação, por exemplo. Também pode o processo ser

realizado a custa da intervenção estatal, materializada pela decisão judicial. Daí surgirem as formas de solução de conflitos, essenciais ao entendimento.

A autotutela é a forma mais primitiva de solução de conflitos. Ocorria quando as pessoas faziam justiça de mãos próprias, pois as instituições ainda não estavam aptas a resolver os conflitos: faltava-lhe organização e autoridade. Assim, os conflitos entre particulares eram resolvidos pelo uso da força, como dito anteriormente, tanto forças físicas, morais ou econômicas.

Segundo José de Albuquerque Rocha (1999, p.30-31), a autotutela seria um “modo de tratamento dos conflitos em que a decisão é imposta pela vontade de um dos sujeitos envolvidos no conflito. A autotutela repousa, pois, no poder de coação de uma das partes. Serve, assim, à parte mais forte”.

Seu uso ainda é consagrado juridicamente para realizar, em alguns casos, a composição de litígios. O melhor exemplo que temos é a legítima defesa, o estado de necessidade e a greve.

Diferentemente da autotutela, a autocomposição, como o próprio nome diz, ocorre quando as próprias partes, sem auxílio de terceiro, resolvem seus litígios. E a resolução destes pode ocorrer pela:

- transação: concessões recíprocas;
- renúncia: desistência à pretensão pela parte que tem direito;
- submissão: desistência à resistência oferecida à pretensão submetendo-se ao direito da outra parte, objetivando findar o conflito.

Na autocomposição, as partes se encontram diretamente ou representadas e procuram resolver a disputa ou planejar uma transação. Aqui as regras de direito poderão ser usadas, não sendo obrigatórias o seu uso porque o importante é a pacificação do conflito.

Cumprido ressaltar que a autocomposição poderá ocorrer visando a evitar a demanda judicial ou para pôr fim à demanda.

A mediação seria uma técnica não adversarial de resolução de conflitos, em que um terceiro neutro e imparcial, auxiliará as partes a entenderem seus reais conflitos, buscando seus verdadeiros interesses e

motivos, procurando uma negociação por meio da cooperação, sendo suas soluções melhores e criativas.

Por outro lado, temos a Arbitragem. O instituto da Arbitragem seria a intervenção imparcial de um árbitro com poder de decisão pautada em julgamento dos fatos à luz de uma estrutura legal e de procedimento. Trata-se de um equivalente jurisdicional, mas a solução do problema é dada por terceiro.

E, ainda, temos a sentença judicial ou decisão judicial que é aquela provinda de um juiz togado, inserido entre os agentes públicos da atividade jurisdicional do Estado, ou seja, é a composição estatal da lide.

2.3 A SOLUÇÃO JUDICIAL DO LITÍGIO

Os conflitos de interesse, geralmente, são resolvidos pelas próprias partes, seja por meio de atitudes unilaterais (renúncia, desistência, submissão), seja por meio de atitudes bilaterais (transação).

Pode haver, ainda, a resolução dos conflitos através de terceiros que interferem no conflito, por vontade dos litigantes, para resolvê-lo em seu lugar.

Assim, é possível resolver o litígio por mais de um sistema, sendo o mais prestigiado o sistema judicial, em que o Estado-juiz age em substituição às partes, uma vez que estas não podem fazer justiça com as próprias mãos.

O Estado se encarrega de instituir órgãos destinados a essa finalidade, exercendo o monopólio da distribuição da justiça, denominando-se sistema da justiça pública.

Entretanto, para que ocorresse esse monopólio, o Estado precisou se fortalecer. Anteriormente, havia uma *justiça privada*, e nesta o *pretor* passou a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentença, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse.

Com o passar do tempo, o Estado passa a se impor sobre os particulares, aplicando de modo autoritário a sua solução para os conflitos de interesses, exercendo assim a jurisdição.

Assim, o poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas, decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões, exercendo uma função pacificadora dos litígios.

E o exercício dessa pacificação ocorre por meio de duas ordens de atividades: a legislação e a jurisdição.

A primeira estabelece normas que devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e ilícito, atribuindo poderes, faculdades e obrigações, sendo normas de caráter genérico e abstrato.

Já a jurisdição, conceituada anteriormente, busca a prática dessas normas em caso de conflito entre as pessoas, desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado, chegando-se a uma solução judicial.

Surge, então, o processo que visa apenas à atuação da vontade do direito, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas. E por meio do processo, o Estado-juiz impõe, autoritariamente, a sua decisão.

Podem ser destacadas como características desse modelo de administração do Estado-juiz:

- a) existência de terceiro-juiz, indicado pelo Estado para resolver conflitos submetidos pelas partes;
- b) atribuição de poder para decidir conflitos de maneira vinculativa e obrigatória para as partes;
- c) obrigatoriedade do juiz em proferir decisão (mérito ou extintiva);
- d) poder atribuído advém do Estado e não das partes em conflito;
- e) decisão ocorre após o desenvolvimento do processo e procedimentos impostos pela ordem jurídica, não sendo escolhidos pelas partes;

f) possibilidade de uso da coerção por meio do juiz para garantir o cumprimento de sua decisão.

Porém, a forma judicial não é o único meio de se compor o litígio. Assim, ensina Hamilton de Moraes e Barros (1977, p. 373):

O socorro à jurisdição [estatal] não é, de rigor, obrigatório. Como se sabe, o processo é um dos meios de se comporem os litígios, não sendo, porém, o único.

Atualmente nosso ordenamento jurídico permite tanto o acesso à justiça por meio do Estado quanto por terceiros particulares, apesar de a forma judicial ser utilizada preponderantemente pela sociedade, pois é preciso uma construção da sociedade em torno das formas alternativas, ocorrendo uma mudança do paradigma de solução de litígios.

2.4 A SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO LITÍGIO

O fortalecimento do Estado, aliado à consciência da sua função pacificadora, conduziu à afirmação da quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela. Inexiste exclusividade, pois ainda hoje são aceitos meios alternativos de pacificação social.

É importante ter em mente a idéia de pacificação social, seja por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes, pois é crescente a percepção de que o Estado tem sido ineficiente na sua missão pacificadora.

Quando estabelecida uma comparação entre as formas judiciais e as extrajudiciais, as vantagens desta última são inúmeras: celeridade do procedimento, menor custo, as partes escolhem o terceiro imparcial e, se quiserem, podem intervir no procedimento, possibilitando uma informalidade, participação soberana das partes nos conflitos.

Em algumas hipóteses, as sugestões e pareceres do terceiro não vinculam as partes, podendo aproveitá-las, parcialmente ou totalmente, assim como descartá-las.

Dentre as formas extrajudiciais de conflitos, conforme dito anteriormente, a transação, a mediação e a conciliação, além da Arbitragem.

A transação é uma forma de resolução dos conflitos por meio de negociações diretas das partes que, após concessões recíprocas, estabelecem um acordo que permite findar a lide.

Desnecessária que haja equivalência entre as vantagens e os ônus estabelecidos para cada parte. E, inexistindo concessões recíprocas, estaremos diante da renúncia ou da submissão, formas de manifestação unilateral das partes.

Já na mediação temos a intervenção de um terceiro que atua no processo sem ser parte e sem detenção do poder de decidir o conflito, pois deve apenas auxiliar as partes a encontrarem uma maneira satisfatória de colocarem fim ao litígio.

Conforme definição de Christopher W. Moore (1998, p.28), a mediação é:

interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa

Seria a forma de solução de conflitos, em que o terceiro também chamado de mediador, intervém para conduzir as partes a um acordo. E seus elementos caracterizadores consistem em:

- a) participação de terceiro imparcial – pessoa neutra interessada apenas na pacificação do conflito, possibilitando a existência de uma confiança com as partes;
- b) conflito – as pessoas necessitam estar em conflito;

c) intenção de promover acordo para pôr fim ao conflito – desnecessário o efetivo acordo, bastando as intenções das partes e do mediador para que se justifique ter havido a mediação.

d) não vinculação – todas as decisões são estabelecidas através de acordo entre as partes, de maneira que o mediador influencia na tomada das decisões, colaborando para que possam construir uma decisão satisfatória.

O terceiro interveniente facilitaria para as partes a solução na controvérsia. Para Maria de Nazareth Serpa (1999, p.20), a atuação do mediador seria:

um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções sem propriamente interferir na substância destas.

Diferentemente da mediação, na conciliação, a participação do terceiro cabe propor e encaminhar soluções para o litígio, deixando a decisão para as partes.

Nesta situação, o conciliador tenta fazer com que as partes evitem ou desistem da jurisdição, encontrando um denominador comum, quer pela renúncia, submissão ou transação.

Tal como na mediação, durante a conciliação não são praticados atos de jurisdição (declaração e aplicação do direito) pelo terceiro, por isso são encontradas algumas dificuldades na diferenciação entre os institutos.

Entretanto, o papel do conciliador é mais ativo, sendo permitido interferir diretamente no mérito da disputa, pois trabalha pelo convencimento da parte a encontrar uma saída para o conflito, em razão de uma perspectiva de direito, independente do grau de satisfação das partes quanto ao resultado construído pelas mesmas.

Já a Arbitragem, é uma forma de solução de litígios, referente a direitos patrimoniais disponíveis, por meio da intervenção de um ou mais

árbitros que recebem poderes através de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem a necessidade de o Estado intervir, cuja decisão assume a eficácia de sentença judicial, e com a vantagem de ser irrecorrível.

Logo, para se ter Arbitragem é preciso haver litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis e uma convenção privada, ou seja, um compromisso arbitral.

Direitos patrimoniais disponíveis são aqueles de caráter particular, que podem ser objeto de transação. Segundo Carlos Alberto Carmona (1998, p.73):

são aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto. Não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família, e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos)...

A Arbitragem não é um remédio jurídico que possa por si só, desafogar o Judiciário. Trata-se de mecanismo complementar e apropriado para a solução de algumas questões, em especial no que diz respeito a bens disponíveis.

A resolução do conflito, por meio da Arbitragem, revela alguns aspectos: efetuada por um terceiro ou por órgão colegiado escolhidos pelas partes, a sentença arbitral vincula as partes e sua execução é passível junto ao Poder Judiciário, e a escolha válida da Arbitragem, para alguns, implica a exclusão do Estado na apreciação do mérito do conflito.

3 DA ARBITRAGEM

3.1 A ARBITRAGEM COMO FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A sociedade, diante dos problemas enfrentados pelo Estado, tem valorizado as modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, ou seja, os meios alternativos de pacificação social.

O importante é pacificar, pouco importando quem o faça e qual a forma utilizada. Assim, a principal característica é a ruptura com o formalismo processual, dando maior liberalidade para a parte atuar e solucionar o conflito de interesse.

A Arbitragem, como dito anteriormente, é a intervenção de terceiro imparcial, um árbitro com poder de decisão pautada em julgamento dos fatos, fazendo uso de uma estrutura legal e de procedimento. A solução do problema, entretanto, é dada por um terceiro.

O instituto da Arbitragem equivale à jurisdição, uma vez que apresenta todas as suas funções. Não seria um remédio jurídico com objetivo de desafogar o Judiciário, mas um mecanismo complementar e apropriado para a solução de algumas questões.

3.1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA ARBITRAGEM

Inicialmente as pessoas faziam a justiça com as próprias mãos por meio da autotutela, pois as instituições não estavam aptas a resolverem os conflitos de interesse, fosse pela falta de organização ou de autoridade.

Ao longo da progressiva organização do Estado, surgem regras disciplinando a vingança privada, cabendo, ainda, ao particular fazer a justiça. Depois que surge a justiça pública oferecida pelo Estado.

Na Grécia Antiga, o instituto da Arbitragem já era utilizado, principalmente no período histórico designado como clássico, visto que na mitologia, os conflitos entre os deuses e heróis eram resolvidos por um terceiro.

Os hebreus também utilizavam a Arbitragem nas disputas de direito privado, através de um colegiado denominado *Beth-Din*, formado por três árbitros, dotados de competência para todos os assuntos.

Em Roma, a Arbitragem foi amplamente utilizada como meio de pacificação social, ainda que somente esteja textualmente prevista na Lei das XII Tábuas. Acredita-se que sua utilização vinha desde o período dos reis etrusco, tornando-se um costume entre os primeiros habitantes de Roma.

Segundo Afonso Paulo Guimarães (1999, p.185), no direito romano o árbitro é:

um simples cidadão, escolhido, de comum acordo, pelas partes. Se essas não acordam na escolha do juiz, é-lhes apresentada uma relação de nomes de cidadãos conceituados, de senadores (*álbum judicum*) para que, definitivamente, elejam um para ser o juiz do pleito, a quem cabe o julgamento do processo. apesar das cautelas tomadas, o mais das vezes, a escolha do juiz recai em cidadãos, não de todo, familiarizados com as lides da justiça.

As diferenças entre o juiz e o arbitro não são bem esclarecidas, sendo considerado um juiz popular, com poderes mais amplos que o juiz e dever de se deslocar para o lugar do litígio.

Mesmo com a queda do Império Romano e o início da Idade Média, a Arbitragem permaneceu sendo utilizada como forma de pacificação social, conjuntamente com a justiça administrada pelos senhores feudais e a Igreja.

A Igreja Católica utilizava a Arbitragem porque os conflitos eram muito facilmente resolvidos.

O procedimento era simples e, dificilmente, a decisão comportava recurso. Ela poderia se fundamentar na equidade, desde que houvesse falta de usos e costumes no que tange à matéria discutida. Nesta época, surgem as corporações de classe, em especial, a de mercadores que se constituíam como pequenos Estados dotados de poder e riqueza, inclusive capacidade legislativa e jurisdicional próprias.

A utilização da Arbitragem pelos mercadores não se deu apenas devido ao enfraquecimento do Estado, ocorrido com a queda do Império Romano, mas porque preferiam que seus conflitos fossem dirimidos por árbitros que eles indicassem, tendo como julgador uma pessoa dentro da classe e que entendesse do assunto, além da rapidez e eficiência em relação aos tribunais oficiais.

Entretanto, com a centralização do poder ocorrida com o Absolutismo e, posteriormente, o advento da idéia de Estado Moderno, no século XVIII, o uso da Arbitragem ficou restrita aos conflitos privados. A partir desse período, se verifica que a Arbitragem se atrelou ao Poder Judiciário, responsável por fazer cumprir as sentenças proferidas pelos árbitros.

Ao final do século XIX e início do século XX, período em que as relações comerciais internacionais se intensificaram, a Arbitragem volta a ser utilizada na resolução dos conflitos, principalmente no âmbito do comércio internacional.

No decorrer do século passado, um grande número de Estados promove modificações em seus ordenamentos jurídicos, atendendo aos anseios e ao desenvolvimento da sociedade, facilitando a utilização da Arbitragem como forma de resolução dos conflitos.

A Arbitragem no Brasil é utilizada desde a chegada dos portugueses em nossas terras, no século XV. Os colonizadores lusitanos trouxeram entre outras coisas, as formas de resolução de conflitos que conheciam e utilizavam, sendo a Arbitragem uma delas.

Estava prevista inclusive nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, sendo esta aplicada até à independência. Também presente na Constituição de

1824, sendo que no período de 1831 a 1867, tornou-se obrigatória para determinadas matérias, em geral mercantil, sendo voluntária para as demais.

Com a República, cada Estado da Federação passou a regular a matéria, através de seus Códigos de Processo Civil. Posteriormente, a Arbitragem se fez presente nos Códigos de 1939 e 1973, até que em 1996 tornou-se matéria de legislação específica, além da Constituição Federal de 1988 também apresentar dispositivos sobre o assunto.

Por questões culturais, apesar de ser prevista na legislação, a prática da Arbitragem é pouco utilizada, devido à resistência por parte de juristas, da sociedade e, também, do Poder Judiciário. Entretanto, as exigências e transformações oriundas das relações comerciais internacionais, têm feito com que parte das empresas preveja a possibilidade de utilização da Arbitragem na resolução de conflitos.

3.1.2 PODER JUDICIÁRIO E JUÍZO ARBITRAL

Atualmente, inexistem dúvidas de que o Estado seja a forma mais adequada e satisfatória de organização humana para a vida em sociedade, embora esteja longe de alcançar uma idealização definitiva e adequada a todos.

O Estado se fundamenta nos pilares das normas de direito estabelecidas que visem assegurar as funções, a existência e o progresso da sociedade.

A moderna doutrina da separação dos poderes ainda permeia a preferência dos sistemas políticos contemporâneos que são: legislativa, administrativa e jurisdicional.

Sabido que o Estado cumpre os seus objetivos jurídicos, políticos, econômicos e sociais por meio de órgãos, cuja ação estatal é concretamente determinada, como também por meio de particulares, aos quais reconhece, em

determinada medida, uma parcela do seu poder, outorgando-lhes idêntica eficácia conferida aos seus próprios órgãos em relação às decisões tomadas.

Existe mais de um sistema de resolução de conflitos, sendo o mais utilizado o sistema judicial, onde o Estado se encarrega de instituir órgãos destinados a essa função. Entretanto, ao lado desse sistema, vige outro em que se permite a uma terceira pessoa, mediante prévia convenção dos interessados e observados certas regras, solucionar os conflitos, sendo por tudo idêntica à sentença judicial. É o denominado sistema arbitral.

Assim, quando se permite às partes interessadas que se valham do sistema arbitral, não está se transigindo o monopólio da jurisdição, mas reafirmando o poder concedido aos particulares, permitindo serem investidos do poder de julgar, colocando-os em pé de igualdade aos órgãos estatais, ou seja, ao Poder Judiciário.

Quando a lei afirma que às partes é lícito se valerem da Arbitragem, não diz outra coisa senão que elas podem escolher quais dos dois sistemas utilizar.

3.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como explicado anteriormente, no instituto da Arbitragem, as partes em conflito têm a faculdade de escolher o julgador, sendo comum que essa opção recaia em pessoas que possuam conhecimentos técnicos sobre as matérias em objeto, possibilitando maior confiabilidade às partes.

Muitos ordenamentos jurídicos permitem que as partes escolham livremente as regras do procedimento a serem aplicadas durante o processo arbitral. Tal possibilidade cria chance de se estabelecer um procedimento mais célere, informal e flexível, permitindo maior rapidez na resolução do conflito.

Logo, poderemos considerar como algumas vantagens da Arbitragem:

a) celeridade – os feitos são ágeis, há o abandono de formalidades, redução de prazos para se manifestar etc.

b) liberdade de escolha do árbitro – permite uma tranquilidade às partes e uma neutralidade, assegurando a imparcialidade durante o processo.

c) especialização dos árbitros – a indicação recai sobre pessoas dotadas de conhecimento técnico das questões que irão resolver, o que escaparia da percepção de um juiz sem experiência em tal área.

d) liberdade de escolha da norma a ser aplicada.

e) sigilo – cabe às partes determinarem se o procedimento será ou não público.

f) informalidade – inexistente um procedimento burocratizado e sem a rigidez do processo judiciário.

g) os custos da Arbitragem são menores.

h) conciliação – facilidade na composição da lide entre as partes.

Cumprido ressaltar, que segundo a Lei de Arbitragem brasileira, somente se submete ao juízo arbitral, os conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. O que não fizer parte dessa categoria de direitos deverá as partes recorrer ao Poder Judiciário.

Um exemplo disso é o Direito de Família e Sucessões, sendo incompatível com a Arbitragem, por se tratar de direito personalíssimo, com características de imprescritibilidade e inalienabilidade.

Ao que diz respeito à possibilidade da Arbitragem trabalhista no Brasil, ainda encontramos certos obstáculos. Desde o Decreto-Lei nº 1.637 de 1907 que as questões trabalhistas tiveram a sua pedra fundamental por meio da Arbitragem.

Inclusive, em 1983, com o Decreto-Lei nº 88.984, criou-se o Serviço de Mediação e Arbitragem, órgão do Conselho Federal de Relações Trabalhistas, do Ministério do Trabalho. Infelizmente, a prática da Arbitragem nos litígios trabalhistas foi desprezada pelos setores sindicais e empresariais.

Segundo José de Eduardo Faria (1995, p.117), “*a efetividade desses organismos, contudo, esbarrou na incompatibilidade entre sua lógica flexibilizadora com a lógica disciplinadora da Consolidação das Leis do Trabalho*”.

Há muito tempo que no Brasil, por meio de seu ordenamento jurídico, se busca a solução de conflitos, através da Arbitragem, um dos mais antigos e eficazes meios de pacificação social, seja para dirimir disputas internacionais, como para solucionar questões de direito privado, especialmente de direito comercial.

A Arbitragem torna-se mais intrigante e instigante ao ser analisada com questões como o acesso à justiça, a crise do Judiciário, o direito e a globalização.

Quanto à idéia de acesso à justiça, não se restringe apenas o acesso ao Poder Judiciário. Implica em estabelecer mecanismos que permitam a efetivação dos direitos através de instrumentos adequados, satisfatórios e rápidos, possibilitando assim a obtenção concreta dos objetivos buscados pela sociedade, ou seja, a pacificação social.

Para Capelleti e Garth (1988, p.12):

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.

Inúmeros fatores podem ser identificados como limitadores ao acesso à justiça, tais como: as desigualdades sócio-econômicas entre as partes; as limitações da legitimidade de agir; indivíduos e coletividade não se informam sobre seus direitos e obrigações; lentidão nos processos; dentre outros fatores que poderiam ser enumerados.

O acesso à justiça seria uma busca constante a novas alternativas para que os diversos problemas acima apontados e outros que ainda venham a surgir possam ser enfrentados e solucionados. Não se reduz

apenas ao acesso ao Judiciário, muito menos à criação de mecanismos processuais efetivos.

Por isso, a sociedade, devido às suas constantes mudanças e transformações, sempre se depara com novas situações, obrigando-a a criar e adequar, ininterruptamente, as variadas formas de soluções de conflitos. Com isso, visa pacificar de maneira efetiva o meio social.

Assim, a Arbitragem não tem objetivo único de se transformar na única resposta para as dificuldades de acesso da população à justiça ou, ainda, para certos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário. Por suas características, para determinados tipos de conflitos é recomendável a sua utilização, sendo a prestação jurisdicional mais célere e justa, o que não ocorreria em certas situações.

Necessário frisar que o instituto da Arbitragem não é um meio de resolução de conflito melhor ou pior que qualquer outra, inclusive quando comparada aos órgãos do Poder Judiciário.

O que se deve buscar é facilitar o acesso da população à justiça, de modo a estabelecer uma pacificação na sociedade de maneira mais efetiva e justa.

3.2.1 CONCEITOS

A Arbitragem, como dito anteriormente, é um meio alternativo de solução de conflitos, por meio da qual, uma ou mais pessoas, através de uma convenção privada, recebe poderes para decidir, sem intervenção estatal, assumindo essa decisão a mesma eficácia da sentença judicial.

Seria uma técnica em que se resolvem extrajudicialmente as diferenças que surgem nas relações entre duas ou mais pessoas, cuja solução se dá por meio da intervenção de um terceiro (juízo arbitral).

Trata-se de um acordo de vontades utilizado pelas partes e estas preferem não se submeter à decisão judicial, visando dirimir seus conflitos de interesses presentes ou futuros por meio de árbitros.

Percebe-se que a autonomia da vontade tem um papel de destaque na Arbitragem, estando baseado na manifestação livre da vontade das partes. Exprime-se a idéia de que a vontade delas cria, livremente, o negócio jurídico e determina o seu conteúdo.

Alguns autores afirmam que a autonomia da vontade seria um dos princípios basilares da Arbitragem. Entretanto, essa autonomia não é absoluta e sofre restrições.

Muitos conceitos são utilizados para a Arbitragem. Para José Eduardo Carreira Alvim (2000, p.14), seria *a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis.*

Logo, os elementos essenciais da Arbitragem são:

- a) lide entre as partes que verse sobre direitos disponíveis;
- b) existência de convenção arbitral (inexiste a Arbitragem obrigatória);
- c) indicação de terceiro imparcial e desinteressado que resolverá a questão;
- d) caráter vinculante da sentença arbitral

Assim, para que possamos recorrer ao juízo arbitral, necessária a existência de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão contestada. E, além da lide, as partes têm de querer que seus conflitos sejam resolvidos pela Arbitragem. Seria uma expressão da vontade das partes, feita por escrito, pela qual decidem submeter à Arbitragem os litígios que surgirem, correspondendo à convenção de Arbitragem.

O árbitro deverá ser a pessoa escolhida para decidir a questão, observando as normas estabelecidas na convenção arbitral, podendo às partes se sujeitar às regras de um órgão arbitral institucional ou delegarem um regular procedimento.

Por fim, teremos a sentença arbitral proferida e expressa em documento escrito, produzindo, entre as partes, os mesmos efeitos da sentença proferida por órgãos do Poder Judiciário, não ficando sujeita a recurso ou à homologação por esses órgãos.

3.2.2 NATUREZA JURÍDICA

A doutrina nacional e estrangeira ainda não chegou a uma conclusão acerca da natureza jurídica da Arbitragem. Assim, quatro correntes se formaram:

1ª - natureza puramente contratual;

2ª - natureza de verdadeira jurisdição;

3ª - natureza mista: contratual quando instituída e jurisdicional quando da sentença;

4ª - natureza de equivalência jurisdicional, sendo a jurisdição pertencente somente ao Estado.

Para a corrente contratualista, a opção pela utilização do juízo arbitral seria um acordo, cujo objetivo é a renúncia à jurisdição e, portanto, à ação. As partes dão poderes ao árbitro, não é a lei que lhe confere. Assim, o que se estabelece entre as partes e o árbitro será um vínculo contratual.

A Arbitragem decorre da vontade das partes e não de norma jurídica. A norma jurídica apenas regulamenta a Arbitragem para evitar abusos, visando proteger as partes e lhes dar maior segurança jurídica.

Por essa corrente doutrinária, a natureza jurídica da Arbitragem estaria vinculada à convenção de Arbitragem, ou seja, seria um instrumento contratual cujas partes se comprometem a submeter determinado conflito aos cuidados de um árbitro.

Assim, a sentença arbitral constituiria mera obrigação contratual decorrente da convenção de Arbitragem.

Os contratualistas argumentam que inexistiria Arbitragem sem a convenção de Arbitragem. Alegam ainda que os árbitros não compõem a estrutura judiciária, sendo o epicentro dela o consenso entre as partes. E por último, alegam que o laudo arbitral não teria sua coercibilidade assegurada.

Segundo a segunda corrente, a Arbitragem teria natureza jurisdicional porque o poder de julgar dos árbitros advém da Lei. Para eles, o árbitro seria um verdadeiro juiz no exercício privado da função pública, sendo a convenção de Arbitragem uma ampliação da jurisdição e o laudo da sentença, e a responsabilidade dos árbitros semelhante à dos juízes.

Como os árbitros analisam a controvérsia e aplicam a regra estabelecida pelas partes no caso concreto, a Arbitragem atinge, portanto, a finalidade, ou seja, realiza a justiça.

Aos defensores desta corrente, a Lei de Arbitragem seguiu essa idéia, conferindo à decisão arbitral a terminologia de sentença arbitral, não apenas laudo. Além disso, conferiu obrigatoriedade e autoridade de coisa julgada a essa sentença, independentemente de homologação judicial, pois seria a aplicação do direito ao caso concreto por um terceiro que, para a lei, seria um juiz de fato e de direito.

Argumentam, ainda, que os árbitros equiparam-se aos funcionários públicos quando do exercício de suas funções para efeitos de legislação penal. Portanto, na Arbitragem ocorre o exercício de jurisdição, a sentença arbitral não é resultado da obrigação estabelecida pelas partes na convenção de Arbitragem, e sim, decorrente da delegação da sociedade, pela via do Estado, da função jurisdicional.

A terceira corrente chamada de mista ou híbrida, segundo seus defensores, concilia as duas tendências anteriores, ou seja, a Arbitragem teria caráter obrigacional, por nascer da vontade das partes, e de natureza pública, pois regula uma relação de direito processual.

O compromisso arbitral seria uma base contratual, dependendo da vontade das partes e estabelece as diretrizes do juízo arbitral. Já a sentença arbitral produz efeitos decorrentes da Lei, pois não faria parte do compromisso, ou seja, independe da vontade das partes.

E o árbitro, por exercer uma função de natureza pública ao aplicar o direito no caso concreto, também desempenharia a mesma responsabilidade penal que o juiz.

Alguns autores alegam que a própria convenção arbitral agrega um caráter misto, uma vez que possui natureza obrigacional e natureza jurisdicional, esta ocorre ao derrogar a competência dos tribunais estatais.

Os críticos desta corrente afirmam que ela acumula os problemas das duas anteriores.

Por último, temos a quarta corrente, seus defensores afirmam que a natureza seria de equivalência jurisdicional, se enquadrando com os verdadeiros objetivos da Arbitragem.

Alegam que a Arbitragem não possui o caráter acautelatório e executivo, pois esta função seria do Estado ao prestar a jurisdição. Afirmam, ainda, que os árbitros, por não serem integrantes dos quadros do Poder Judiciário, não estariam investidos do poder público de jurisdição, e a função da Arbitragem é de ordem privada e de natureza contratual.

Logo, o mais importante é a vontade das partes, mesmo que a sentença não seja um verdadeiro julgado. A natureza da arbitragem não se confunde com a natureza da convenção, pois o objetivo principal daquela é a busca pela pacificação social.

Vale lembrar que a jurisdição faz parte da soberania do Estado, sendo o instituto da Arbitragem utilizador dessa jurisdição para o seu processamento.

3.3 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O art. 3º da Lei nº 9.307/96 dispõe: *as partes interessadas podem submeter as soluções de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.*

Define-se a convenção de arbitragem como um acordo de vontade estabelecido por partes capazes, em regra por meio escrito, assumindo o compromisso de que os litígios presentes ou futuros, provenientes de relações contratuais ou extracontratuais, devam ser dirimidos através do instituto da Arbitragem.

Certos autores a conceituam como a expressão da vontade das partes interessadas de se submeterem à arbitragem para a solução de seus conflitos, sejam eles virtuais ou reais.

Assim, por meio desses conceitos, são extraídas algumas características, entre elas: manifestação da autonomia da vontade; natureza contratual; capacidade para contratar; forma escrita; atingir litígios existentes ou que venham a surgir; os limites do juízo arbitral e as competências do árbitro.

Quanto à primeira característica, ou seja, a manifestação da autonomia da vontade, somente existirá a convenção de arbitragem mediante liberdade de manifestação da vontade das partes em relação à escolha, por exemplo, do árbitro, da arbitragem e do conteúdo da convenção.

Ressalta-se que tanto as pessoas físicas ou jurídicas, sejam elas privadas ou públicas, podem manifestar a vontade de convencionarem a instituição da arbitragem para dirimirem seus litígios.

Sobre a natureza contratual encontramos aspectos conhecidos da teoria geral dos contratos, quais são: bilateralidade, onerosidade, consensualidade. Alguns autores afirmam que seria natureza contratual mista, uma vez que implica a aplicação dos princípios gerais contratuais e simultaneamente estabelece parâmetros processuais, estabelecendo atos necessários para a resolução do conflito por meio do árbitro.

No que diz respeito à capacidade para contratar, há a necessidade das partes possuírem capacidade legal exigida para celebração de contratos e, conseqüentemente, convencionarem a Arbitragem.

A convenção de arbitragem implica a forma escrita para ser pactuada, sendo uma maneira estipulada que facilita a prova de sua existência,

bem como o conteúdo, impedindo a criação de incertezas quanto às partes celebrantes e o objeto do pacto arbitral.

Temos, ainda, que a convenção atinge litígios já existentes ou aqueles que possam vir a surgir entre as partes que a celebraram. Ou seja, tanto os conflitos existentes quanto os futuros e incertos poderão ser objeto de discussão pelo juízo arbitral, o que também impede a possibilidade de produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.

Por fim, temos que a convenção de arbitragem limita a matéria objeto do conflito às relações contratuais e extracontratuais, ou seja, questões contratuais e extracontratuais oriundas de direito disponíveis. Além disso, a convenção delimita a competência do árbitro para a resolução do mérito do conflito, ao mesmo tempo em que afasta a competência do Poder Judiciário.

A respeito dessa limitação da competência, há discussões de que geraria um duplo efeito, dito positivo e negativo.

O efeito negativo se caracteriza pelo fato de ser retirada a competência do Poder Judiciário a possibilidade de julgar o mérito do conflito. Sendo a convenção de arbitragem válida, haverá a retirada da competência para resolver o litígio, normalmente atribuída ao Poder Judiciário. Caso alguma das partes procure a jurisdição estatal para a resolução de seus conflitos, existindo uma convenção de arbitragem válida, facultaria ao oponente apresentar a exceção perante o juízo competente, o que implicaria na extinção do processo judicial sem a apreciação do mérito, devendo ser remetido ao órgão jurisdicional competente para tal, o que seria o juízo arbitral.

A característica do efeito positivo seria a atribuição ao árbitro da competência para julgar o mérito do conflito. Além desta atribuição, as partes também reconhecem a obrigação de resolverem seus conflitos pela via arbitral. Logo, a celebração da convenção de arbitragem válida importaria na delimitação do exercício da jurisdição sobre determinado conflito.

Segundo Carmona (1998, p. 73):

[...] 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 derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.

Portanto, pelos efeitos acima mencionados, temos que, por meio da celebração de uma convenção de arbitragem válida, o deslocamento da jurisdição ordinariamente exercida pelo Poder Judiciário para o julgado privado, ou seja, o árbitro.

3.3.1 DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Atribuímos o nome de cláusula compromissória ao tipo de cláusula que estabelece a competência do árbitro quanto ao mérito de litígios ainda não surgidos, cuja intenção é subtrair do Estado o poder de resolver os eventuais e futuros conflitos de uma relação jurídica contratual.

A Lei de Arbitragem define a cláusula compromissória em seu art. 4º como “a convenção de arbitragem 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”.

Para alguns, a equiparação da cláusula compromissória ao compromisso arbitral seria um rompimento com velho preconceito existente no Direito Brasileiro, de que o descumprimento da cláusula compromissória ensejaria apenas indenização por perdas e danos.

A cláusula compromissória, ao lado do compromisso arbitral, é uma das espécies de convenção de arbitragem. A diferença entre ambas está que a cláusula é necessariamente previa ao litígio, enquanto a convenção surge após o nascimento da lide.

Para Salvatore Satta (1973, p. 775), a cláusula compromissória seria:

“aquela mediante a qual as partes estipulam no contrato ou em ato consecutivo que as controvérsias oriundas do mesmo e ainda as futuras serão decididas por intermédio dos árbitros”

Definimos a cláusula compromissória sendo uma convenção celebrada pelas partes contratantes, na qual se estipula que as divergências futuras entre eles a respeito de negócio jurídico deverão ser resolvidas por meio da arbitragem.

A característica predominante da cláusula compromissória é a incerteza de que haverá qualquer litígio, pois no momento de sua estipulação em um contrato, as partes ainda não têm conhecimento de qual será e se terá controvérsia.

Pode estar inserida dentro do contrato, como cláusula contratual, bem como estar prevista em instrumento anexo que faça referência ao contrato principal ao qual se vincule. Apesar dessa vinculação ao contrato principal, a cláusula compromissória é autônoma.

Conforme o princípio da autonomia da cláusula compromissória, esta possui regras jurídicas próprias, no que diz respeito a sua validade, suas regras são distintas do contrato principal. Implica afirmar que eventuais nulidades presentes no contrato principal não atingem automaticamente a cláusula compromissória, cabendo ao árbitro julgar sobre essa questão de validade.

Segundo Guerreiro (1993, p. 54-55):

“[...] se se aceita a autonomia de tal estipulação, dissociando-se a convenção arbitral do próprio contrato, os árbitros estarão habilitados a dirimir pretensões das partes acerca da nulidade ou anulabilidade do contrato principal sem que sua competência entre em jogo, salvo hipóteses excepcionais.”

Assim, temos outro princípio, chamado de princípio da competência-competência, em que se assegura ao árbitro a possibilidade da competência para julgar sua própria competência em apreciar o litígio que lhe é submetido.

Juntamente ao princípio da autonomia, o da competência-competência não deve ser interpretado como absoluto, assim como não deve ser adotado em todos os casos.

A grande vantagem da cláusula compromissória é o estabelecimento da competência do árbitro antes da existência do próprio conflito, retirando-a do Poder Judiciário. Diversos conflitos podem vir a surgir em razão da relação jurídica existente entre as partes e a presença da cláusula compromissória permite que esses conflitos sejam resolvidos pelo árbitro, respeitando os limites legais da cláusula compromissória.

Ressalta-se que ao redigirem a cláusula compromissória, as partes devem cooperar, não se encarando como potenciais adversários no futuro e sim como partícipes na construção de negócio jurídico que interessa a ambos, qual seja, o contrato principal.

Entretanto, se qualquer das partes venha a se opor à celebração do compromisso arbitral, facultaria à parte desejosa da instauração da arbitragem fazer uso dos mecanismos legais próprios para a execução da cláusula compromissória.

Portanto, se uma das partes vier a recusar em celebrar o compromisso arbitral após o surgimento de qualquer litígio, possibilita à outra parte o direito de obter em juízo a tutela jurisdicional específica no que diz respeito àquela obrigação.

Dentro dos mecanismos legais, teríamos inclusive uma sentença constitutiva oriunda do Poder Judiciário, que tem o valor de compromisso arbitral, permitindo que se instaure o juízo arbitral.

Seria um contrato preliminar, ou seja, uma promessa de celebrar o contrato definitivo. Essa definição de natureza de contrato preliminar nos faz retornar ao princípio da autonomia, em que concluímos que a cláusula é independente do contrato, e a nulidade deste não atinge à cláusula compromissória, devendo ao árbitro julgar sobre a existência, validade e eficácia dela.

Assim, pela natureza jurídica contratual da cláusula compromissória, algumas características podem ser definidas por meio da teoria geral dos contratos, tais como:

a) aleatória – estipula a previsão da solução de litígios presentes ou futuros, não há uma definição quanto ao número;

b) formal – deve cumprir alguns requisitos de forma e conteúdo estabelecidos pela ordem jurídica, sob pena de nulidade;

c) bilateral ou multilateral – as partes (duas ou mais) se vinculam à cláusula, assumem direito e obrigações previstos em lei e no acordo de vontades;

d) típica – uma vez que inexistente possibilidade de afastar a competência do Poder Judiciário sem expressa autorização legal, e esta se encontra na Lei de Arbitragem;

e) pura – possui características próprias;

f) execução diferida – executada em momento futuro, e não ao momento da sua celebração;

g) individual – vincula apenas as partes que a celebram.

A respeito da cláusula compromissória, ainda uma última observação: necessária a distinção entre duas de tal convenção, chamadas de cláusula compromissória *vazia* e *cheia*.

Define-se como *vazia* a cláusula compromissória, quando a ela faltam todos os elementos necessários à instituição da Arbitragem. Quanto à definição de cláusula compromissória *cheia*, esta ocorre quando todos os elementos necessários à instauração do processo arbitral estão contidos.

3.3.2 DO COMPROMISSO ARBITRAL

Diferentemente da cláusula compromissória, o compromisso arbitral fixa a competência do árbitro após o surgimento do litígio. É um negócio

jurídico de características especiais, em que as partes deliberam de modo irrevogável, destinando a solução de um litígio já existente a um árbitro escolhido.

Segundo o art. 9º da Lei de Arbitragem: “*o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de um ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial*”.

A distinção existente entre os dois institutos ocorre pela determinação da solução do conflito, por meio da Arbitragem, a partir de disputa existente e não hipotética. Enquanto que na cláusula compromissória as partes deliberam a utilização do árbitro em conflitos incertos, sejam eles incertos e futuros, no compromisso arbitral, ao contrário, o conflito já existe e há busca da solução por meio da Arbitragem.

Há o pressuposto de uma controvérsia já surgida entre as partes, em que as partes submetem a composição da lide a um árbitro por elas definido.

O compromisso arbitral, assim como a cláusula compromissória, possui natureza jurídica contratual, também aceito como instrumento jurídico apto para instituir a Arbitragem.

Certos autores afirmam não ser o compromisso um contrato, pois não tem conteúdo patrimonial, já que se refere tão-somente a um negócio jurídico. Outros lhe conferem a natureza de “contrato processual”, mas a doutrina dominante entende possuir natureza contratual.

Dentre as características contratuais indicadas anteriormente à cláusula compromissória, exceto a aleatoriedade e a execução diferida são aplicadas ao compromisso. Este não é aleatório, pois se celebra após o surgimento do litígio e o objeto é precisamente indicado. Também não possui execução diferida porque sua execução se dá no momento da sua celebração com a instituição da Arbitragem.

Assim, trata-se de um contrato de direito privado, cujo efeito é a instauração de um processo arbitral, no qual encontraremos a heterocomposição do conflito de interesses que originou o compromisso.

O uso do compromisso arbitral, ao invés da cláusula compromissória, para alguns autores, apresentaria certas vantagens, tais como:

a) estabelecimento de limites mais precisos para a competência do árbitro, uma vez que o litígio já existe;

b) permite às partes estabelecerem os elementos mais adequados para a solução da controvérsia, pois já conhecem o litígio e seus entraves;

c) o prévio conhecimento do litígio permite às partes uma maior consciência quanto à escolha da Arbitragem, tendo uma noção sobre a dimensão do conflito.

Entretanto, encontramos uma dificuldade: sendo instrumento celebrado posteriormente ao surgimento do litígio, o consenso das partes torna-se mais árduo do que quando da celebração da cláusula compromissória.

Na celebração da cláusula compromissória, há um clima de maior tranquilidade e consenso, as partes são amistosas, pois naquele momento celebram um negócio jurídico que, eventualmente, sofrerá diferenças futuras e incertas, escolhendo a resolução por meio da Arbitragem.

Isso não ocorreria com o conflito já existente, as partes estão diante de um litígio já surgido. Agora, elas não se vêem como parceiras, mas como adversárias, e a escolha do árbitro recai sobre um evento certo, ao contrário do que ocorreria com a cláusula compromissória.

Assim, a formação do consenso seria mais difícil, uma vez que as partes estarão analisando as vantagens e desvantagens de cada uma das escolhas, objetivando conseguir melhores possibilidades de solução do conflito a seu favor.

O compromisso arbitral pode ser celebrado em juízo, sendo chamado de compromisso arbitral judicial, cuja conseqüência para o processo irá variar conforme a demanda que o originou. A segunda espécie seria o compromisso extrajudicial, o qual se celebra por escrito, seja por instrumento público ou particular, exigindo-se neste a assinatura de duas testemunhas.

Ainda, podemos encontrar no compromisso arbitral duas espécies de cláusulas: obrigatórias e facultativas. As primeiras são enumeradas pelo art. 10 da Lei de Arbitragem, as quais não podem faltar sob pena de o ato ser tido como nulo por vício; as facultativas são encontradas no art. 11 da mesma Lei, devendo ser incluídas conforme o desejo das partes.

Portanto, devem constar obrigatoriamente do compromisso arbitral:

- a) a qualificação das partes;
- b) indicação do árbitro e sua qualificação completa;
- c) a matéria que será objeto da Arbitragem;
- d) local onde será proferida a decisão do árbitro.

3.4 DA SENTENÇA ARBITRAL

A Lei de Arbitragem optou por denominação diferente ao utilizado no sistema anterior que vigia no direito brasileiro, no qual se utilizava a denominação *laudo arbitral*, passando a chamar simplesmente por *sentença arbitral*.

No direito brasileiro, a denominação *sentença* sempre foi utilizada como referência a um ato jurisdicional, qual seja, o ato final do processo. Em um conceito mais amplo, teríamos que a sentença é um ato por meio do qual o julgador põe termo ao procedimento, decidindo ou não o mérito.

Logo, a sentença arbitral pode ser de mérito ou terminativa. Na primeira, o árbitro resolve a lide acolhendo em parte ou totalmente a pretensão dos litigantes.

Quanto à terminativa, o árbitro põe termo ao procedimento arbitral sem julgar o mérito. Seriam aquelas em que se reconhece a nulidade da convenção de arbitragem ou, ainda, a falta de arbitrabilidade do objeto da demanda.

A competência do árbitro encontra-se apenas nos acordos cujas matérias estejam dentro da convenção de arbitragem e autorizadas por lei. E segundo a Lei de Arbitragem, a sentença arbitral deve ser proferida no prazo estipulado pelas partes ou, não havendo prazo, num período de seis meses a contar da instauração do procedimento arbitral.

Ressalta-se que o período é interrompido quando da substituição do árbitro, tanto se estipulado pelas partes ou não, salvo se as partes dispuserem em contrário.

O prazo fixado pela lei como adequado para a solução do conflito tem o objetivo de buscar a celeridade processual, extremamente importante quando tratamos de um instituto como a Arbitragem, tornando-a atraente quando comparada ao processo jurisdicional.

E, como regra geral, a sentença arbitral é irrecorrível, temos que o prazo de seis meses seja, a princípio, o prazo máximo de duração do procedimento arbitral, salvo se houver estipulação em contrário pelas partes. Cumpre lembrarmos que existe a possibilidade do parágrafo único do art. 23 da Lei de Arbitragem: permissão de prorrogação do prazo, exigindo um consenso entre as partes e os árbitros.

A inobservância ao prazo geraria ao árbitro a responsabilidade civil pelos danos que a demora causou às partes. Ainda, segundo a Lei, expirado o prazo para a entrega da decisão arbitral, a parte interessada poderá notificar o árbitro, concedendo um prazo de dez dias para que decida e entregue a decisão. Após esse prazo, contados a partir da notificação, a Arbitragem é considerada extinta.

Deverá ter a forma escrita, ainda que proferida oralmente em audiência, sendo reduzida a termo. Refere-se a uma formalidade proveniente do princípio da documentação dos atos processuais, além do que a sentença arbitral possui eficácia executiva, assim todo título executivo deve ter forma escrita.

No decorrer do procedimento arbitral, podem surgir questões prévias, ou seja, questões que devem ser analisadas antes da resolução do

mérito da causa, chamadas de questões prejudiciais. São antecedentes lógicos e necessários do julgamento do mérito que podem influir na decisão do árbitro.

Assim, diante de questões prejudiciais, o árbitro possui obrigação de apreciá-las, sob pena de se tornar impossível a apreciação do mérito. Apenas as prejudiciais que digam respeito a direitos indisponíveis não estarão sujeitas a sua apreciação, devendo o processo arbitral ser suspenso e retomado após o trânsito em julgado da decisão que declarar a existência ou não do direito indisponível, pois tais questões não podem ser examinadas pelo árbitro.

Salienta-se que a Lei de Arbitragem silenciou sobre o assunto, mas essa suspensão decorre da própria lógica da matéria que pode ser levada ao juízo arbitral, qual seja, direito disponível, e suspendendo também o prazo de que dispõe o árbitro para proferir a decisão.

A sentença arbitral possui como elementos essenciais: o relatório, os fundamentos da decisão, o dispositivo e, por fim, a data e local.

No relatório, constarão os nomes das partes e um breve resumo do litígio, trata-se da síntese do processo arbitral, em que o árbitro narra todo o desenvolvimento do processo. A análise das questões de fato e de direito, inclusive a menção expressa se os árbitros julgaram por equidade, encontra-se no fundamento da decisão, onde o árbitro apresenta suas razões de decidir e os motivos que o levaram a essa decisão. Por último, temos o dispositivo, onde serão resolvidas as questões submetidas e fixado o prazo para cumprimento da decisão, se for o caso.

Ausentes os elementos essenciais da sentença arbitral, nos termos dos art. 32, inciso III, da Lei de Arbitragem, a consequência será a nulidade do ato decisório. Entendemos que a ausência do dispositivo não torna nula a decisão, mas faria com que a sentença arbitral seja inexistente, com consequências relevantes.

Certos autores incluem mais um elemento essencial à sentença arbitral: a clareza. Sendo obscura, contraditória, omissa e contenha qualquer erro material ou dúvida, caberá contra a sentença arbitral *embargos de*

declaração, em que se pleiteará as providências necessárias. O prazo para decisão dos embargos declaratórios será de dez dias.

4 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

4.1 CONCEITOS

Para a realização do juízo arbitral, faz-se necessária a celebração da convenção de arbitragem, pois no Brasil inexistente a arbitragem compulsória, somente por meio de vontade das partes.

O ordenamento jurídico brasileiro não traz um conceito em relação à convenção arbitral. Devido a essa lacuna, cabem aos doutrinadores, às demais legislações e tratados internacionais conceituá-la, uma que serviram de inspiração para a lei brasileira.

Assim, definimos a convenção de arbitragem como a expressão da vontade das partes interessadas, cujo interesse primordial é utilizarem a Arbitragem para a solução de seus conflitos, sejam eles futuros ou reais.

Percebe-se que para a celebração da convenção arbitral a presença da vontade é requisito essencial. As partes celebram o contrato com o intuito de solucionarem de forma rápida e justa os seus litígios, não havendo imposição por parte do Estado ou de terceiros. O objetivo primordial dessa celebração é único: a resolução pacífica da lide.

A Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa afirma que:

“a convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral) ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)”

Ainda temos o art. 1º da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção do Panamá de 1975):

“É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza

contratual. O respectivo acordo constará de documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex”.

Portanto, há unanimidade ao afirmar que a convenção de arbitragem é um acordo celebrado pelas partes, no qual decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou que venham a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, seja contratual ou extracontratual.

É um acordo bilateral ou multilateral de vontades, com objetivo de produzir um efeito jurídico, tornando os juízes e tribunais incompetentes para a resolução das questões litigiosas (o chamado efeito negativo) e estabelece que o conflito será resolvido pela Arbitragem (efeito positivo).

Assim, a convenção de arbitragem possui duplo caráter: vincula as partes no que se refere aos litígios futuros ou atuais, por meio do acordo de vontades, submetendo-as ao juízo arbitral; e afasta a competência do Poder Judiciário, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.

4.2 FORMALIDADES

A lei brasileira instituiu que, as partes interessadas para submeterem seus litígios ao juízo arbitral, devem realizar a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Quanto à forma, diversos Acordos Internacionais exigem a utilização da forma escrita para a convenção de arbitragem. Assim, há a presunção da existência de um documento escrito, facilitando a comprovação da existência e do conteúdo.

Tal exigência decorre pela importância da convenção de arbitragem, pois é por meio dela que o árbitro se torna competente para a

resolução do litígio, sendo uma prova cabal da manifestação de vontade das partes, afastando a competência da jurisdição estatal.

4.3 DA EXTINÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A princípio se extingue no mesmo momento da relação jurídica que a originou, não há sujeição a qualquer tipo de prazo.

Independentemente da existência de um compromisso arbitral extinguirá a cláusula compromissória, pois surgindo novos conflitos ao longo do contrato, realizar-se-á a Arbitragem.

Como causas de extinção da cláusula arbitral aparecem o distrato bilateral e a renúncia expressa ou tácita. Outras causas seriam a morte, a recusa ou a impossibilidade dos árbitros, desde que as partes declarem não aceitar a substituição.

4.4 DA EXTINÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL

A extinção do compromisso arbitral tem alguns casos previstos no art. 12 da Lei 9.307/96. Em caso de extinção do compromisso arbitral, conseqüentemente teremos a extinção da Arbitragem ou o impedimento de sua instituição.

Os incisos primeiro e segundo do artigo acima citado dispõem os casos em que as partes, expressamente, declaram não aceitar a substituição do árbitro. A escolha do árbitro é fator determinante para a instituição do juízo arbitral, portanto, não podendo mais ser utilizado o árbitro, inutilizará a Arbitragem.

Outra hipótese é encontrada no inciso terceiro: caso expire o prazo para a apresentação da sentença arbitral, poderá a parte interessada

notificar o árbitro, concedendo-lhe um prazo de dez dias para a apresentação. Permanecendo inerte, poderá ser considerada extinta a Arbitragem, ficando sem nenhum valor a sentença arbitral posteriormente prolatada.

Há ainda outros casos de extinção, tais como de distrato, de impossibilidade ou perecimento do objeto, demais casos de extinção do contrato etc. Essas hipóteses de extinção diferem dos casos de nulidade, já que na extinção há a presunção de um compromisso válido que pode motivo superveniente leva ao seu fim.

4.5 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Ao estudarmos o instituto da Arbitragem, há a necessidade de analisarmos os princípios gerais do direito que devem ser aplicados quando da sua utilização. Devemos lembrar que paralelamente a esses princípios também coexistem outros princípios específicos adotados por nossa Constituição, como por exemplo, o da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, entre outros garantidos no art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Assim, acerca dos entendimentos a respeito de princípios, temos o que ensina o professor Bandeira de Mello (2004, p.47):

"Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra"

Portanto, após essa breve análise da necessidade de estudarmos os princípios gerais do direito, aliados ao estudo na natureza jurídica da Arbitragem, visto em capítulo anterior, passamos a ver esses princípios aplicados a luz da Lei de Arbitragem.

4.5.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE

Dentre todos os princípios gerais aplicados no instituto da Arbitragem, o da autonomia da vontade pode ser considerado o mais importante, uma vez que depende dele para ocorrer a solução do conflito pelo juízo arbitral.

Todas as conseqüências e vantagens, outrora estudadas, decorrem desse princípio. A instituição do juízo arbitral depende apenas da vontade das partes em, caso desejarem, buscar o socorro a esse instituto, pois sabemos que esse só pode ser instituído quando elas estabelecerem.

Logo, não há a instituição do juízo arbitral em decorrência de lei, somente mediante a vontade das partes em pactuarem para que isso ocorra, o que ocorre por meio do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro possibilitou às partes essa autonomia da vontade, em que poderão se valer da Arbitragem quando houver uma real necessidade e caso queiram utilizar esse procedimento.

Por autonomia da vontade entendemos a possibilidade que um agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, permitindo que se determine o conteúdo, a forma e seus efeitos. Logo, quando as partes desejam instituir o juízo arbitral, abrindo mão da jurisdição estatal, estabelecem um negócio jurídico, conseqüentemente, decidem a respeito da matéria que será discutida e decidida pelo árbitro, bem como definem prazos, a forma do procedimento e escolhem o árbitro, desde que respeitem o que disciplina a legislação.

4.5.2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Este princípio vem consagrado por meio de dois dispositivos constitucionais, quais sejam, os incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente: *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* e *“aos litigantes, em processo judicial administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

A igualdade deve ser mantida pelo árbitro durante o processo arbitral, tornando a relação jurídica efetiva e concreta, resultando frutífera e justa. Assim, o devido processo legal deve estar presente durante o desenrolar do processo arbitral, assim como ocorre no processo judicial.

4.5.3 DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Presente nas últimas constituições, inclusive na de 1988, o princípio da inafastabilidade da jurisdição foi inserida como atribuição ao Poder Judiciário de controlar a legalidade dos atos dos demais Poderes em defesa dos direitos individuais, pondo fim à arbitrariedade dos processos administrativos e inquéritos policiais.

De modo algum possuem finalidade de limitar as pessoas a buscar meios alternativos ao Judiciário para resolverem seus conflitos e realizarem a justiça. Essa proibição afrontaria a dignidade humana e a liberdade do indivíduo, pois as partes podem renunciar ou não à jurisdição.

Seguindo o ensinamento de Celso Ribeiro (1996, p.198):

“Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação”.

Norma alguma poderá proibir as partes de buscarem socorro ao Judiciário, portanto, a arbitragem obrigatória é ilegal e proibida, uma vez que violaria uma das mais importantes garantias constitucionais.

O cidadão pode invocar a jurisdição estatal para a resolução de seus litígios, mas não pode existir proibição da utilização de outros mecanismos de composição dos conflitos.

4.5.4 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Este princípio é essencial para verificarmos a existência do chamado “módulo processual” que consiste em um procedimento realizado em contraditório.

O contraditório é garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso LV, sendo um dos temas mais estudados pelos modernos processualistas. Por contraditório devemos entender como a necessidade de possibilitar o conhecimento da existência da ação e de todos os atos processuais, assim como a oportunidade de reagirem aos atos desfavoráveis.

Juridicamente é a oportunidade dada às partes de tomarem conhecimento dos atos processuais e termos do processo para que se manifestem acerca deles.

Alguns autores dizem que o contraditório é formado pelo binômio *informação + possibilidade de manifestação*. As partes são colaboradoras, pois agem no processo visando o seu próprio interesse.

E pela sua natureza constitucional, deve ser observada substancialmente, não somente formal, sendo consideradas inconstitucionais qualquer ato que não o respeite.

Logo, o árbitro ao decidir deve considerar as versões das partes, suas pretensões, dar oportunidade de manifestação quanto à análise das provas e documentos apresentados.

Pela ampla defesa, entende-se ser a possibilidade de as partes utilizarem todas as defesas previstas na legislação. E a irrecorribilidade da sentença arbitral não viola esse princípio constitucional.

4.5.5 DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Por fim, cabe salientar que as partes, caso desejem, podem estabelecer recursos para a sentença arbitral, e como a sentença arbitral possui caráter executório, poderá discutir a nulidade do procedimento arbitral num futuro embargos ou por meio de uma ação de nulidade.

O duplo grau de jurisdição não é princípio absoluto, nem ao menos vem expresso na Constituição, por isso que para alguns autores não chega nem ser a considerado um princípio.

Consideramos a Arbitragem um instituto de natureza contratual em que as partes livremente e de comum acordo escolhem o juízo arbitral para atingirem a justiça, não podendo romper o que foi pactuado.

Assim, inexistente vedação ao acesso à justiça. A recorribilidade da sentença arbitral teria eficácia nos casos expressos na Lei, em ação própria ou por meio dos embargos à execução, quando da execução forçada.

5 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NA PRÁTICA CONTRATUAL

5.1 DO CONTRATO: CONCEITO

O contrato é uma espécie de negócio jurídico, podendo ser bilateral ou multilateral, e depende da vontade das partes para a sua formação, pois a essência do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses entre as partes.

Trata-se da manifestação de vontade com a intenção de gerar efeitos jurídicos. A essência é o acordo entre as partes para a condução da obrigação, combinando seus interesses, sua constituição, modificação ou extinção.

Sendo um negócio jurídico torna-se um fato criador de direito, uma vez que as partes contratantes estabelecem obrigações e direitos entre eles, mas também podendo atingir terceiros, impondo deveres e conferindo direitos à pessoa que não participou da produção do negócio jurídico.

Nada mais seria que um acordo de duas ou mais vontades, devendo estar em conformidade ao ordenamento jurídico, cuja finalidade é estipular regras entre os interesses das partes.

Para alguns, representaria o centro da vida dos negócios, e sendo um negócio jurídico, deve observar os requisitos do art. 104 do Código Civil para ser válido. Assim, para a sua validade devem estar presentes: agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou indeterminável, e forma prescrita ou não defesa em lei.

Aliados aos requisitos acima, também serão precisos os chamados requisitos *subjetivos*: (a) existência de duas ou mais pessoas, (b) capacidade genérica das partes contratantes, (c) aptidão específica para contratar, (d) consentimento das partes.

5.2 DA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO

Assim como todo negócio jurídico, o contrato decorre da manifestação de vontade das partes, com finalidade de realizar certo objeto, criando direitos e obrigações jurídicas entre elas, tudo em conformidade com o ordenamento jurídico.

Há, portanto, uma semelhança entre contrato e lei: ambos criam uma situação jurídica nova, além de decorrerem de atos de vontade, o que faz com que surja a necessidade de interpretá-los, e sofrem o contrato sofre os mesmos percalços de interpretação.

Logo, com o contrato não seria diferente. Existe a necessidade de interpretá-lo como garantia de conter cláusula duvidosa ou qualquer ponto obscuro ou controvertido.

Entretanto, para a interpretação de um contrato, sendo para muitos uma tarefa considerada difícil, requer sabedoria e prudência, devendo o intérprete se guiar pelo sentimento jurídico, fato que o impedirá de prestar interpretações alheias à ordem jurídica.

Do mesmo modo que é utilizada a manifestação da vontade para interpretar a lei, também será utilizada na interpretação dos contratos. Diferentemente do negócio jurídico, nos contratos encontramos duas vontades confrontantes, por isso deve haver um maior cuidado para a interpretação.

A melhor interpretação é aquela pelas quais as partes executavam o contrato anteriormente, em comum acordo, uma vez que a observância do ato negocial é uma das melhores formas de demonstrar a interpretação autêntica da vontade das partes, desfazendo qualquer dúvida levantada por elas.

O contrato deve ser interpretado na fixação de seu conteúdo, na compreensão e extensão, e na elaboração de vontade. Dessa noção, surgiu a posição subjetivista que defende que a interpretação recai sobre o sentido da efetiva vontade do declarante, podendo e devendo ser investigada por meio de todos os elementos que possam auxiliar o intérprete.

Para os objetivistas, deve-se atentar aos elementos externos do contrato, procurando o sentido da palavra e o que não estiver no contrato não está no mundo jurídico.

A interpretação de um contrato deve considerar a emissão da vontade propriamente dita e o reflexo que gera para o outro contratante. Deve o contrato ser considerado como um todo, considerar os efeitos que decorrem em relação a todos os contratantes.

Vale ressaltar que, havendo cláusula contendo um caso expreso para esclarecer uma obrigação, o mesmo não deve ser considerado com efeito restritivo.

Portanto, sendo a cláusula compromissória considerada de natureza contratual, deve ela também haver um cuidado na sua interpretação, para que evitemos cometer injustiças e prejuízos às partes.

5.3 EFEITOS DO CONTRATO EM RELAÇÃO AOS CONTRATANTES

O principal efeito é criar obrigações, estabelecendo um vínculo jurídico entre as partes contratantes, sendo uma verdadeira fonte de obrigações. Possui, ainda, força vinculante, ou seja, há uma vinculação às partes quanto à declaração de vontade, estipulada direta ou indiretamente.

Há a criação de uma força de lei entre as partes, fazendo com que fiquem vinculadas ao que acordaram, como se essa obrigação adviesse de uma norma jurídica.

Assim, cada contratante fica preso ao contrato, sob pena de responder pelas perdas ou danos que vier a causar, bem como sujeito a executá-lo.

Deve, ainda, ser executado para aqueles que o estipularam como se fosse lei. E o contrato somente poderá ser desfeito em comum acordo,

exceto se presente cláusula que permita a exoneração da parte ou a modificação por ela.

Por último, o juiz fica adstrito ao ato negocial, pois se equipara à lei. Mas deve interpretar de forma sábia e prudente, esclarecendo os pontos obscuros, como se estivesse diante de um dispositivo legal.

5.4 DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

Sendo um negócio jurídico, o contrato também cumpre seu ciclo existencial. Por nascer do mútuo consentimento, sofre as dificuldades durante o seu transcurso e termina simplesmente com o adimplemento da prestação.

Assim, a *execução* é o modo normal de extinção do contrato, não havendo relação quanto à forma e aos efeitos, pois se cumprido, extingui-se-ão todos os direitos e obrigações anteriormente acordados.

Outra forma de extinção do contrato seria pelo aspecto do *desfazimento*. Independentemente da vontade das partes, existem meios de desatar o vínculo contratual, sendo desfeito e deixando de tomar parte ativa no mundo jurídico.

Por esse aspecto, encontramos todos os institutos que põem à termo um contrato: *extinção, resolução, resilição e revogação*.

5.5 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA COMO NEGÓCIO JURÍDICO

Negócio jurídico e contrato normalmente são confundidos, mas há algumas diferenças entre ambos: o primeiro nem sempre se reveste de escopo econômico e se destina sempre a criar, modificar e extinguir direitos.

Pelo negócio jurídico, todos os efeitos atingidos pela convenção privada não são previstos pelo ordenamento, mas pretendidos e construídos pelas partes conforme acordarem.

O mesmo ocorre com a cláusula compromissória: esta é um negócio jurídico de caráter dispositivo (dispõe direitos e deveres) e constitutivo (forma uma nova realidade jurídica entre as partes).

Para Ponte de Miranda (1954, p. 92), o negócio jurídico é “o ato humano consistente na manifestação de vontade, ou manifestações de vontade, como causa de suporte fático de regra jurídica, ou de regras jurídicas, que lhe dêem eficácia jurídica”.

Seria equivocado e errôneo conceituar ou qualificar o negócio jurídico apenas pelo traço dos efeitos pretendidos pela parte. Seria a vontade integrante da previsão legal, sendo os efeitos desencadeados conforme a foram definidos.

Como não só a lei produz norma, logo constatamos o caráter normativo do negócio jurídico. Para tanto, temos a contribuição doutrinária de Hans Kelsen, cuja estrutura da *hierarquia de normas* inspira toda a legislação ao colocar a Constituição como *Norma Fundamental*.

Segundo Kelsen (1994, p. 136):

“Uma norma jurídica é válida se tiver sido criada de maneira particular, ou seja, segundo regras determinadas e de acordo com um método específico. O único direito válido é o direito positivo, o que foi posto. Sua positividade reside no fato de que provém necessariamente de um ato criador e é assim independente da moral e de todo o sistema normativo análogo”.

Assim, as leis teriam o fundamento de regular a criação dos negócios jurídicos, pois o direito tem essa peculiaridade, qual seja, de regular a sua própria criação e aplicação. A Constituição regula a legislação e esta, por sua vez, os atos criadores de normas jurídicas particulares.

Conclui-se, portanto, que o negócio jurídico é formado por normas jurídicas estabelecidas pelos cidadãos, as quais os vinculam, cujo objetivo é

regular seus interesses privados, seja por meio de contratos ou por negócios jurídicos em geral.

5.5.1 AUTONOMIA NEGOCIAL E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A cláusula compromissória possui origem em ato de vontade e liberdade. Trata-se de uma opção e decisão tomada livremente pelas partes, postos em situação isonômica, emanada da autonomia de negociar, inerente a cada pessoa humana.

Por autonomia, criamos um conceito ou uma idéia de liberdade. A autonomia negocial é fundamentada por um conjunto de faculdades contratuais, e quanto maior for esse conjunto, maior será essa autonomia.

A autonomia negocial também está vinculada às liberdades que dizem respeito ao estabelecimento dos pactos. Refere-se a uma série de liberdades que se manifestam de diversas formas, inclusive a liberdade de concluir ou não o negócio.

Teríamos, portanto, a liberdade de escolha do tipo contratual, a de determinar o conteúdo do contrato ou de determinar as cláusulas, a de concluir contratos atípicos ou inominados, ou seja, aqueles que não estejam previstos na legislação.

A autonomia se faz presente tanto em contratos quanto nos negócios jurídicos, configurando como uma esfera de regulação dos interesses particulares. O contrato é uma convenção de normas privadas, enquanto que o negócio jurídico é genérico, nos quais os particulares têm a liberdade de desejar os efeitos específicos conforme suas necessidades e interesses.

Portanto, a autonomia negocial possui forma especial de expressão por meio da categoria do negócio jurídico. Por meio dele é instrumentalizada a autonomia, sendo manifestada no campo dos operadores jurídicos.

5.5.2 CARÁTER NEGOCIAL DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Estando presente em um contrato, contida materialmente em um, não pode criar um vínculo de acessoriedade. Cláusula e contrato são negócios jurídicos que emanam da manifestação de vontade. Enquanto que o contrato possui fundo patrimonial, a cláusula determina subtrair determinada controvérsia da competência da jurisdição estatal.

A cláusula compromissória é, na realidade, um negócio jurídico autêntico e autônomo, sendo denominada cláusula apenas no nome e na aparência.

O objeto da cláusula compromissória é sempre específico, qual seja, uma controvérsia surgida acerca da interpretação e execução do contrato na qual se insere. Por isso, difere do contrato, uma vez que este assume os mais diversos objetos, segundo os interesses específicos dos contratantes.

Portanto, tudo que se estudou e explicou em relação à autonomia negocial e ao negócio jurídico se aplica à cláusula compromissória, como, por exemplo, a força normativa e vinculante do negócio jurídico.

Afirmamos, assim, que a cláusula compromissória é um negócio jurídico, manifestando vontade das partes em produzir efeitos imediatos em relação ao processo estatal e em relação ao processo arbitral, uma vez que a cláusula atribui jurisdição aos árbitros.

5.5.3 CONTEÚDO E EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Desde logo afirmamos se tratar de um regime de confiança recíproca de que, quando surgir algum fato controverso, as partes se comprometem a encaminharem a lide ao processo arbitral.

Essa confiança permeia o próprio processo de arbitragem, dinamizando os efeitos do próprio procedimento, uma vez que a confiança está no núcleo da boa-fé objetiva.

Como a Arbitragem consiste em um processo para a resolução de controvérsias, constata-se a presença de valores éticos na formação de seu conteúdo, por isso requer a boa-fé de todos os interessados.

O liame da confiança vincula todos os protagonistas que envolvem o processo arbitral, outorgando também a legitimação do processo arbitral.

Assim, a confiança é condição para a Arbitragem, pois a cláusula compromissória vincula todos os sujeitos do procedimento arbitral em torno da pacificação da controvérsia, pois se inexistisse a confiança, não se cogitaria pretender solucionar o conflito por meio diverso à jurisdição estatal.

Segundo Eduardo da Silva (2003, p. 156), “as instituições arbitrais se sustentam na confiança que as partes lhes outorgam. Ausente ou enfraquecido este liame, todo o processo está comprometido”.

Sendo o instituto da Arbitragem fundamentado num pacto de confiança, o próprio sistema jurídico brasileiro traz sanções em relação as condutas que venham a romper este pacto.

A Arbitragem é protegida por sanções de ordem legal, tais como as normas acerca do erro e da ignorância (arts. 138 a 144 do Código Civil) ou do dolo (arts. 147 a 150 do Código Civil), entre outras. Logo, além das garantias processuais do princípio do contraditório (art. 5º, inciso LV da Constituição), há a proteção inerente aos negócios jurídicos.

As sanções de caráter não-legal são aquelas de cunho comercial e não-estatais, tais como medida de retorsão, cessação de crédito, quebra e perda de reputação entre os demais negociantes, bem como criação de entraves e maiores exigências para negociações futuras, consideradas tipicamente comerciais e naturais aos que rompem a confiança.

Quanto aos efeitos, se a cláusula compromissória é um negócio jurídico, a noção de confiança também se faz presente, e a sua quebra produz

dois efeitos básicos: o *dispositivo* da jurisdição estatal e o *constitutivo* de uma nova esfera para solucionar a controvérsia.

Pelo primeiro efeito, os tribunais estatais tornam-se incompetentes para a apreciação dos litígios que se apresentam em relação ao contrato ao qual a cláusula está inserida. Há uma incompetência do Poder Judiciário das controvérsias advindas naquele contrato. O fundamento para tal efeito encontra-se na autonomia negocial e na garantia ao acesso à justiça, ambos constitucionalmente consagrados.

Se os tribunais estatais foram considerados incompetentes em um primeiro momento, há a necessidade de se compor uma nova esfera de apreciação do litígio. Ocorrerá a constituição de uma nova relação e, portanto, de uma vinculação das partes à Arbitragem, uma vez firmada a cláusula compromissória.

Essa vinculação e obrigação advêm do valor ético, ou seja, da pretensão de vincular-se e de ter feito crer que existia tal vínculo.

6 DA ANÁLISE DO CASO

6.1 RESUMO DO CASO

O caso em questão refere-se ao ajuizamento de ação condenatória proposta por Superquip Serviços e Equipamentos Técnicos Ltda em face de Daniel Measurement and Control Inc. perante a 18ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ.

As duas empresas mantiveram um duradouro relacionamento comercial, em que a Superquip figurou como representante comercial da Daniel de 1981 a 2002, sendo celebrado diversos contratos e prorrogações ao longo do tempo.

De 1981 a 1998, foram realizados diversos contratos entre as duas empresas, todos sendo prorrogados e adequados conforme a realidade da época.

Em apenas um deles se estipulou uma cláusula compromissória. Tal contrato se iniciou em 01.04.1998 com termo final prefixado em 31.03.2000, com possibilidade de prorrogação.

Cumprido o prazo, as partes prosseguiram o relacionamento comercial, consolidando a prorrogação do ajuste anterior por meio de uma procuração outorgada pela Daniel à Superquip para que esta a representasse, inclusive judicialmente.

A Superquip, em outubro de 2000, foi adquirida pela empresa Emerson Electric Group, representada no Brasil pela Fisher-Rosemount do Brasil Ltda. e por razões estratégicas e comerciais, em fevereiro de 2001, a Superquip decidiu romper unilateralmente o contrato de representação anteriormente firmado.

Alegou a empresa quebra de contrato por parte da Daniel, motivo pelo qual decidiu ingressar em juízo e pedir indenização pela rescisão do

contrato de representação comercial e condenação ao pagamento de comissões.

Houve contestação por parte da empresa Daniel, fundamentando a existência de convenção de arbitragem, o que inviabiliza o conhecimento da matéria deduzida pela jurisdição estatal. Sustentou, em matéria de mérito, que a rescisão foi unilateral e por ato da própria Superquip, não sendo devida nenhuma quantia, postulando, portanto, a improcedência da demanda.

Assim, o juízo de direito da 18ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro proferiu sentença terminativa acolhendo a preliminar e determinando a extinção do processo sem resolução do mérito, por existir a cláusula compromissória, o que impede o Poder Judiciário de apreciar a matéria.

6.2 DAS ALEGAÇÕES DA EMPRESA SUPERQUIP SERVIÇOS E EQUIPAMENTOS TÉCNICOS LTDA

A Superquip Serviços e Equipamentos Técnicos Ltda ajuizou a demanda em questão pleiteando a condenação da outra empresa, chamada simplesmente de Daniel.

Em sua síntese inicial, a empresa requer a indenização prevista no art. 27 da Lei 4.886/65, o que corresponderia a 1/12 do total de retribuição auferia no período em que atuou como representante comercial, ou seja, de 1981 a 2002; pede também a diferença de comissão sobre as vendas realizadas à Petrobrás; por último, pleiteia comissão sobre as vendas realizadas em território nacional pela Daniel ou seus representantes, no percentual originariamente contratado.

Também alegou durante o processo em primeira instância que, entre as partes foram celebrados diversos contratos ao longo do tempo, mas somente um deles se estipulou a cláusula compromissória, qual seja, aquele avençado em 1998.

Como esse contrato teve encerramento em 31.03.2000, alega, ainda, que após esse período, a Daniel outorgou procuração, implicando a celebração de um novo contrato por prazo indeterminado e sem a presença de cláusula compromissória, pois não constava na procuração nada a respeito.

Sendo assim, sustentou que a cláusula compromissória perdeu seu efeito, razão pela qual não poderia ser acolhida a preliminar.

6.3 DAS ALEGAÇÕES DA EMPRESA DANIEL MEASUREMENT AND CONTROL INC.

A Daniel Measurement and Control Inc. suscitou em sua defesa processual a existência de convenção de arbitragem, por isso postulou a extinção do processo sem resolução do mérito.

Segundo a empresa, estando presente no contrato a cláusula compromissória, a jurisdição estatal seria incompetente para apreciar a matéria deduzida, por isso a alegação preliminar.

Fundamenta-se na existência da referida cláusula, amplamente estudada anteriormente, e por nossos conhecimentos, sabemos que a sua presença nos leva a socorrer ao juízo arbitral, pois esta é a sua finalidade.

No mérito, alegou essa empresa que a rescisão contratual se deu por conta da Superquip, postulando pela improcedência da ação. Por ora, essa questão de mérito não se faz necessária a apreciação.

6.4 DA EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O contrato firmado em 01.04.1998 e com termo final em 31.03.2000 fora o único dos pactuados entre as partes com a existência da cláusula compromissória.

Assim, o magistrado encerrou o processo alegando não ser de competência da jurisdição estatal a apreciação da matéria deduzida, uma vez que há a existência de cláusula compromissória impondo a busca da solução do litígio por meio do juízo arbitral.

De fato, a presença da aludida cláusula impede que a jurisdição estatal venha a conhecer da matéria e decidir sobre ela, conforme explicitado nos capítulos anteriores.

Sabemos que a cláusula compromissória refere-se à busca da solução de litígios futuros ou eventuais, ou seja, as partes, ao inserirem tal cláusula, se comprometem que surgindo divergências ou conflitos ao decorrer do contrato, não poderão socorrer ao Poder Judiciário, mas sim ao juízo arbitral.

Todos têm a ciência de que a arbitragem só poderá ser utilizada por convenção das partes, sendo a cláusula compromissória uma das espécies. A lei brasileira foi bem clara ao estabelecer as duas espécies de convenção de arbitragem possíveis em nosso ordenamento: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A diferença entre as duas espécies foi explicada em capítulos anteriores, mas é oportuno lembrarmos: enquanto a cláusula compromissória diz respeito a litígios futuros e eventuais, sendo inserida quando da realização do contrato, o compromisso arbitral determina a competência do árbitro após o surgimento do conflito.

Portanto, a cláusula compromissória é a convenção de arbitragem celebrada com o objetivo de estabelecer que, na eventualidade se surgirem litígios entre as partes, tais conflitos se resolverão pela via arbitral.

Apresentamos apenas uma definição do se que seria a cláusula compromissória. O que se disse foi que, por meio dela, o negócio jurídico avençado pelas partes estabelecem o uso da Arbitragem como meio de resolução de conflitos futuros e incertos, mas sem esquecer de reexaminarmos a autonomia da cláusula compromissória.

6.4.1 DA AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A autonomia vem confirmada pelo art. 8º da Lei de Arbitragem que dispõe o seguinte: “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”.

Por essa definição, temos que a cláusula compromissória não se vincula ao contrato. As partes ao celebrarem um contrato com a presença desta cláusula possuem a intenção de submeterem os conflitos futuros à arbitragem.

Outro motivo seria que a causa do contrato principal é diversa da causa da cláusula compromissória, pois nesta está se celebrando um negócio cuja função é atribuir aos árbitros a apreciação de litígios e subtrair do Poder Judiciário tal competência.

Trata-se, portanto, de uma característica acessória, pois ela decorre de um contrato principal e seu objeto e estabelecer que a Arbitragem será a via adequada para a resolução dos conflitos futuros e eventuais que surjam em razão de um contrato principal. Logo, inexistindo este último, teremos a perda do objeto da cláusula compromissória.

Assim, sendo um negócio autônomo, a referida cláusula deve ser interpretada para que se possa fixar seu significado e determinar seu alcance. As partes ao inserirem essa cláusula, também encartam no contrato uma relação jurídica diferente, ou seja, manifestam a vontade no que se refere à solução de possíveis litígios pelo juízo arbitral.

6.5 DA SOLUÇÃO JUDICIAL AO IMPASSE

Ao caso estudado, após as manifestações das partes em que sustentaram as suas teses anteriormente expostas, teve a empresa Daniel

juntado aos Autos parecer da ilustre jurista Ada Pellegrini Grinover. Passada essa fase processual, o juízo da 18ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro prolatou sentença terminativa, do magistrado Werson Rego, em que acolheu a preliminar da empresa requerida.

Assim, foi determinada a extinção do processo sem a resolução do mérito pela existência da cláusula compromissória no contrato avençado entre 01.04.1998 e 31.03.2000, considerado como prorrogado pelo magistrado.

6.5.1 DA INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Acerca da incompetência do Judiciário na apreciação e decisão, repassadas ao árbitro, Carmona afirma:

“Resolve apenas parte do problema, eis que em algumas hipóteses caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Isto ocorrerá, como já se viu, nos casos do art. 7º da Lei, e também quando o réu, citado para os termos de uma demanda, argüir exceção de compromisso, sem esquecer que, *quanto à cláusula arbitral, poderá o juiz, de ofício*, reconhecendo sua validade, *extinguir o processo*, remetendo as partes à via arbitral para solucionar seu litígio”.

Logo, se o juiz se deparar com uma cláusula compromissória, deverá proferir sentença terminativa do processo e remeter as partes ao juízo arbitral que convencionaram.

Certos autores defendem que a simples existência da cláusula compromissória enseja a argüição da preliminar, podendo a parte interessada alegar que a demanda não pode ser apreciada pela jurisdição estatal. Logo, a consequência do acolhimento dessa preliminar só pode ser a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, inciso VII do Código de Processo Civil), devendo a lide ser julgada pelo juízo arbitral.

7 CONCLUSÃO

O instituto da Arbitragem, como foi visto nos demais capítulos, sempre esteve presente na vida do homem e o acompanha desde o seu desenvolvimento em sociedade. A Arbitragem é um meio alternativo de solução dos litígios, estando caminhando ao lado do Poder Judiciário na apreciação de controvérsias.

Entretanto, o objeto de apreciação da Arbitragem é restrito a direitos disponíveis, não podendo ser ampliado. E a instituição do juízo arbitral não pode decorrer de ordem legal, ou seja, em nosso ordenamento jurídico não encontramos a Arbitragem obrigatória.

Assim, para que haja o procedimento arbitral se faz necessária a presença da manifestação de vontade das partes. As partes devem expressar o desejo de buscarem o juízo arbitral, dispensando a jurisdição estatal para decidir seus conflitos.

A vontade de dispensa do Estado deve vir expressa por meio da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. A primeira refere-se a litígios futuros e eventuais que possam surgir no transcorrer do contrato, enquanto que na segunda já existe um conflito e diante dele, as partes decidem por se vincularem à Arbitragem para a resolução de seus litígios.

E após convencionarem o desejo de buscarem o auxílio do instituto arbitral, os contratantes podem definir os rumos do procedimento, desde que respeitem o ordenamento jurídico, incluindo os princípios constitucionais garantidos individualmente a cada cidadão, bem como na legislação processual.

Consoante ao exposto acima, o árbitro também se valerá do direito material para solucionar o litígio, não poderá fugir do que dispõe a legislação pátria.

Diante dessas breves considerações acerca da Arbitragem, temos a análise concreta de um caso. Segundo o mesmo, as empresas Superquip

Serviços e Equipamentos Técnicos Ltda e Daniel Measurement and Control Inc. realizaram um primeiro contrato em 1981, onde a primeira seria representante comercial da segunda.

Desde então, as duas empresas efetuaram outros contratos, bem como prorrogaram os mesmo. Entretanto, em 1998, diante das negociações realizadas, consideradas normais entre as duas empresas, um novo contrato foi avençado, em que se convencionou um prazo de duração e uma cláusula compromissória foi inserida.

O contrato transcorreu normalmente, assim como o seu prazo. Devido a infortúnios da vida empresarial, a Superquip acabou sendo adquirida por outra empresa e, em fevereiro de 2001, decidiu romper o contrato, mas, posteriormente, ajuizou ação na comarca do Rio de Janeiro para cobrar indenização da outra parte, bem como outras pendências.

A outra parte alegou a existência de uma cláusula compromissória e que, portanto, a jurisdição estatal estaria incompetente para a apreciação da lide, o que foi aceita pelo magistrado.

Logo, entramos na discussão deste estudo: a existência da cláusula compromissória afastaria o Poder Judiciário da apreciação do caso? Entendemos que sim, após o extenso estudo sobre o instituto da Arbitragem e da cláusula compromissória, desde a análise desta no campo da teoria geral dos contratos, uma vez que sua natureza é de um contrato, ou seja, de um negócio jurídico, até a sua autonomia negocial, inerente a sua existência.

A simples presença da cláusula compromissória em um contrato, em que as partes decidem que se submeterão ao juízo arbitral caso venham a ter conflitos, torna a jurisdição estatal incompetente para decidi-la ou discutir acerca do caso.

No caso em questão, as duas empresas pactuaram somente no último contrato a inserção da referida cláusula, e mesmo sendo o contrato por prazo determinado, este foi prorrogado tacitamente, uma vez que as partes permaneceram cumprindo suas obrigações normalmente. Não houve por nenhuma das partes qualquer disposição em contrário para rever o contrato ou

pactuar um novo, por isso que permaneceram cumprindo as cláusulas ali presentes.

Inexiste fundamentação da Superquip em alegar que a cláusula compromissória perdeu seu efeito com o término do contrato. Pelo estudo que fizemos acerca dos contratos, sabemos que o mesmo produz efeitos jurídicos entre as partes como se lei fosse, pois foram as mesmas que o convencionaram.

Deste modo, a cláusula compromissória, ainda que autônoma do contrato principal, ainda que este tenha acabado após o prazo avençado, o que realmente não ocorreu, pois como dito houve a prorrogação tácita, a cláusula arbitral sendo também um negócio jurídico celebrado entre as partes, teve seus efeitos prorrogados, uma vez que nada ao contrário foi determinado.

Portanto, como surgiu um conflito no transcorrer desse contrato, a cláusula compromissória ainda produz efeito, devendo o litígio ser apreciado pelo tribunal arbitral que fora estabelecido em seu conteúdo, tornando a jurisdição estatal incompetente para tanto.

A cláusula compromissória, com sua natureza contratual, produz os mesmos efeitos de quando foi pactuado o acordo, a sua existência produz os mesmos efeitos de um negócio jurídico, devendo ser respeitada. O magistrado acertou ao acolher a preliminar argüida pela Daniel Measurement and Control Inc.

Logo, o juízo arbitral é competente para apreciar as questões que surgirem após o advento desse contrato na qual a cláusula compromissória está inserida, qual seja, o avençado em 01.04.1998, deixando para a jurisdição estatal os litígios ocorridos antes da sua celebração, pois anteriormente não havia presença da referida cláusula e esta não pode abranger fato antes de sua existência.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: RT, 1997;

ARBITRAGEM, Lei de. Lei n. 9307/96. Brasil, 1996;

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Ed. da UnB, 1999;

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem: lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005;

CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. São Paulo, Revista de Processo, 1994;

_____, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988;

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96. Malheiros, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. São Paulo: Classic Book, 2000;

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. Arbitragem e a Lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

DINAMARCO, Candido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000 (v.1);

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003-2004;

FEDERAL, Constituição. Brasil, 1988;

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002-2007;

LACERDA, Belizário Antônio de. Comentários à Lei de Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1998;

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Arbitragem e convenção arbitral. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006;

MARCANI, Augusto Tavares Rosa. Estudos sobre a efetividade do processo civil. São Paulo : USP, Faculdade de Direito da USP, 1999;

MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Campinas: Millenium, 2000;

MOORE, Christopher W. O processo de mediação. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998;

PANAMÁ, Convenção do. Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional. Cidade do Panamá, 1975;

PARIZATTO, João Roberto. Arbitragem : comentários a Lei 9.307, de 23-9-96. Leme: LED, 1997;

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995;

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do processo. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

SANTOS, Paulo de Tarso. Arbitragem e poder judiciário: (lei 9.307, 23.9.1996) : mudança cultural. São Paulo: LTr, 2001;

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Noções Gerais da Arbitragem. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2004;

SERPA, Maria Nazareth. Mediação de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999;

SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa : dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

SILVA, João Roberto. Arbitragem : aspectos gerais da lei nº 9.307/96. Leme : Mizuno, 2004;

STRENGER, Irineu. Arbitragem comercial internacional. São Paulo: LTR, 1998;

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2006;

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998;

VOLUNTÁRIA, Lei de Arbitragem. Lei n. 31/86 de 29 de Agosto de 1986. Portugal, 1986.