# A CLÁUSULA ARBITRAL NO CONTRATO COMERCIAL*

Walter Wigderowitz Neto**

*1. Introdução; 2. Histórico; 3. A história da arbitragem no Brasil; 4. Natureza jurídica da arbitragem; 5. Cláusula arbitral e compromisso; 6. A cláusula compromissória no Direito Comparado; 7. Execução específica da cláusula arbitral; 8. A cláusula arbitral nos contratos; 9. Conclusão.*

## *1. Introdução*

O milenar instituto da arbitragem, que por tempos andou esquecido, ou sem utilização expressiva, tem ganho prestígio em todo o mundo, sendo cada vez mais reconhecido como meio eficaz de solução de litígios.

Meio pacífico e privado de resolver pendências, tem-se desenvolvido por permitir às partes envolvidas evitar a justiça estatal, cada vez mais burocratizada, morosa e de qualidade discutível, além de ter-se tornado "um sucedâneo da luta privada, pois o antigo espírito belicoso, a ressumar da chicana, do abuso do direito de litigar, e em especial de recorrer, perdura subjetivamente implacável."[1]

Não obstante, a arbitragem permite, o que vem sendo considerado sua maior virtude,[2] a solução privada, mais do que pacífica, de controvérsias, livrando, assim, as partes da publicidade da disputa que por vezes pode ser extremamente prejudicial.

Outras vantagens, tais como a economia em relação ao processo estatal, a simplicidade do procedimento, ser o árbitro extremamente competente no assunto,[3] entre outras que serão analisadas mais adiante, têm sido freqüentemente levantadas para justificar a atenção que este instituto vem recebendo.

No Brasil, ao contrário inclusive dos países cujo sistema jurídico é assemelhado ao nosso, este instituto está atrofiado, em que pese o crescente número de estudos e trabalhos que têm sido publicados a respeito do tema.

Não se pode precisar qual a razão desta atrofia, que coloca o país, segundo a expressão em voga, "na contramão da história". Entretanto, entre outros, como o conceito arcaico de nacionalismo e protecionismo de valores tidos como de segurança nacional, ou construções doutrinárias que desfavorecem o instituto, o principal motivo, que tem recebido as mais veementes críticas dos defensores da arbitragem, diz respeito aos efeitos da cláusula compromissória ou arbitral,[4] que, no direito interno, longe de excluir a jurisdição estatal, como desejam os que a defendem, é mera obrigação de fazer, cujo descumprimento, tem se entendido, resulta tão-somente em perdas e danos.

* O presente artigo, apresentado ao Curso de Direito Comercial promovido pelo Centro de Atividades Didáticas do INDIPO, mereceu a nota máxima e está sendo publicado por decisão do Conselho Editorial da *Revista de Ciência Política*.

** Advogado.

[1] Martins, Pedro A. Batista. Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1990 apud Valadão, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, v. 3, p. 210.

[2] Magalhães, José Carlos. Arbitragem Comercial. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986. p. 17.

[3] Barros, Hamilton de Moraes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1985. v. 9, p. 460.

[4] Martins, Pedro A. Batista. op. cit., p. 55.

No âmbito do direito positivo brasileiro, a matéria está tratada no Código de Processo Civil e, no que não foi por ele revogado, pelo Código Civil, sugerindo tratar-se, à primeira vista, de direito processual ou, quando muito, civil.

Todavia, embora o juízo arbitral seja de fato tratado como matéria de direito processual por todos os sistemas jurídicos a que a doutrina brasileira freqüentemente recorre para buscar orientações mais contemporâneas, é indisfarçável sua íntima ligação com o direito comercial, não só por estar restrito aos "direitos patrimoniais", nos termos do art. 1.072 do Código de Processo Civil, como por interessarem particularmente, às relações comerciais, as vantagens deste meio de solução de controvérsias, como a prática internacional vem demonstrando.

É Heitor Beltrão, em seu excelente *Do arbitramento commercial*, ainda atual, a despeito do tempo decorrido, quem melhor define os benefícios da arbitragem e sua íntima ligação com o direito comercial, ao afirmar que"(...) o arbitramento comercial é um propulsor da riqueza e incentivador das trocas mercantis, visto como dá solução rápida, imparcial e econômica às divergências entre comerciantes; realiza a justiça-eqüidade que as praças desejam; combate os desonestos; afugenta os desmoralizadores de mercados; vincula as correntes comerciais; mantém a confiança; estimula o intercâmbio mercantil internacional; permite a maior economia de energia, tempo e dinheiro; evita inúteis irritações e sustém, assim, o crédito".[5]

O intuito deste trabalho é analisar a cláusula compromissória enquanto essencial para difundir e garantir, definitivamente, espaço à arbitragem, como o meio mais adequado à composição de conflitos de interesses, de forma pacífica e eficiente, focalizando alguns de seus pontos mais controvertidos, bem como algumas sugestões mais insistentes que se têm feito para atribuir a esta cláusula força vinculativa.

## 2. *Histórico*

A solução de controvérsias mediante a nomeação de terceiro (árbitro), para determinar os direitos e obrigações[6] entre os litigantes – arbitragem – não constitui nenhuma novidade. Na realidade, trata-se, como foi dito acima, de instituto muito antigo, surgido bem antes da justiça estatal.[7]

Na verdade, nada mais recomendável, e até óbvio, que as partes conflitadas recorram à pessoa neutra e mais experiente para que, pacificamente, ponha termo às suas desavenças. Nesse sentido, não raro, autores modernos têm iniciado seus trabalhos com citação de Platão a qual afirma "que los primeiros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de juices; que el mas sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hajam creado y elegido de común consentimiento".[8]

[5] Beltrão, Heitor. *Do Arbitramento Commercial*. Rio de Janeiro, Destaque, 1989. p. 91.

[6] Martins, Pedro A. Batista. op. cit.

[7] Beltrão, Heitor, op. cit., p. 15.

[8] Santos, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O comércio exterior e a arbitragem*. São Paulo, Resenha Tributária, 1986. p. 55. Também Matthieu de Boisséson inicia sua obra *Le Droit Français de L'Arbitrage* com a citação "Le premier de nos tribunaux sera celui dont les juges (...) auront été choisis d'un commun accord par le défenseur et le demandeur: juges auxquels il convient mieux de donner le nom d'arbitres".

A justiça estatal, como é hoje conhecida, foi a última a surgir como meio de resolver conflitos. Não obstante, ressalvada a hipótese da violência, da imposição pela força, que de forma alguma se justifica, deve ser a última a se lançar mão para esse mesmo objetivo. Com efeito, o ideal é que as partes possam transigir ou, por vezes, nomear pessoa em que depositam confiança, e que lhes solucionará as pendências.

Com estas características, a arbitragem caminhou na história, no sentido figurativo, em movimentos pendulares, ora muito festejada, ora esquecida. Teve, assim, considerável acolhida pelos gregos e, pode-se dizer, desprezo dos romanos, que a utilizavam muito mais para afirmação de poder do que como forma mais justa e apropriada para a conciliação.[9]

Os romanos, ensina Pontes de Miranda, tiveram problemas em aceitar a atribuição da função judicante ao árbitro. Foi necessária, então, a criação de tribunal arbitral, *judicium privatum*, indicando, assim, esse insígne mestre, "como se veio do árbitro para o juiz estatal, que independe da escolha dos interessados".[10]

Seu ressurgimento nos últimos séculos deve-se ao extraordinário desenvolvimento do comércio,[11] bem como ao ritmo extremamente acelerado da vida moderna, em parte por causa do comércio, mas em parte também pela revolução industrial e tecnológica, que encurtou as distâncias, transformando o tempo em fator de suma importância, por vezes mais importante que o próprio capital.[12]

Além disso, o conhecimento cada vez mais específico passou a exigir a especialização do julgador, que deve sempre estar bem ciente das características próprias de cada segmento da sociedade, mormente no comércio, onde as transformações são constantes e intensas e, por isso mesmo, exige uma justiça dinâmica, rápida e eficiente, sempre bem atualizada, que a estrutura do estado não pode garantir.[13]

Paralelamente a tudo isso, deve-se ressaltar que o comércio internacional se ampliou consideravelmente, assim como as relações soberanas entre as nações, originando conflitos que as justiças locais, por razões de justificada suspeição, não estavam qualificadas para resolver.[14]

Todos esses fatores fortaleceram a idéia da arbitragem privada, tanto na área interna como na internacional, como sendo a melhor solução para fugir à parcialidade das cortes estatais. Muitas têm sido, desde então, as decisões arbitrais nas relações internacionais, tanto públicas como privadas. Pedro Batista Martins relaciona algumas delas, dentre as quais selecionamos "questões de limites com a Argentina (laudo favorável ao Brasil – 1990)"; "questão do território do Acre com a Bolívia (1909)"; "pendência com os Estados Unidos a respeito do naufrágio da galera americana Canadá, nas costas do Rio Grande do Norte (laudo desfavorável ao Brasil – 1870)",[15] como exemplos de arbitragens bem-sucedidas

[9] Martins, Pedro A. Batista, op. cit., p. 6.

[10] Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1977. t. 15.

[11] Martins, Pedro A. Batista. op. cit., p. 7.

[12] Beltrão, Heitor. op. cit., p. 9 a 11.

[13] Id. ibid., p. 10.

[14] Martins, Pedro A. Batista. op. cit., p. 7.

[15] Id. ibid., p. 9.

e que foram acatadas, demonstrando, por experiência concreta, a utilidade do instituto, que tarda a ganhar ritmo próprio no Brasil.

### *3. A história da arbitragem no Brasil*

A arbitragem no Brasil nasceu compulsória e hoje é praticamente proibida.

Com efeito, o Código Comercial de 1850 previa várias hipóteses de relações comerciais que deveriam ter suas eventuais controvérsias solucionadas forçosamente por arbitragem, dentre elas as pendências havidas entre sócios de uma sociedade comercial.

Entretanto, esta obrigatoriedade, que, *en passant*, nos parece abusiva, foi revogada pela Lei nº 1.350 de 15 de setembro de 1866, regulamentada pelo Decreto 3.900 de 26 jan. 1867, que restringiu também a utilização da cláusula compromissória que passou a ser, a partir de então, mera obrigação de fazer, "recaindo sua obrigatoriedade e admissão, singelamente, no caráter moral das partes".[16]

Veio, então, o Código Civil de 1916 que consagrou o compromisso como essencial à instituição do juízo arbitral e reafirmou a condição de mera promessa de contratar da cláusula arbitral.

Muito embora o Brasil tenha assinado o Tratado de Genebra em 1923, que admitia efeito vinculativo da cláusula compromissória, ainda que ressalvada a sua aplicação somente ao direito comercial, este fato jamais alterou o rumo da história da arbitragem brasileira, que mantém até hoje restrições a esta cláusula.

Estivemos, a bem dizer, muito próximos de mais um retrocesso, quando a Constituição de 1946, em seu art. 141, § 4º, na parte em que tratava dos direitos e garantias individuais, fez constar o princípio de que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Este princípio, no entender de alguns juristas, impedia a instituição do juízo arbitral com o afastamento da jurisdição do Estado, passando a ser, assim, uma mera tentativa de conciliação, podendo as partes indistintamente, e a qualquer tempo, recorrer à justiça comum.

Isto seria o tiro de misericórdia na arbitragem brasileira, que, a despeito de todo o desestímulo de nossa legislação, ainda encontra fiéis defensores, não tendo sido mesmo raras as vezes em que a justiça brasileira foi chamada a decidir sobre a validade e os efeitos do compromisso e da cláusula compromissória, tendo prevalecido o entendimento de que o princípio constitucional não é impeditivo do juízo arbitral que manteve seu poder de afastar, através do compromisso, a jurisdição estatal, negado, todavia, à cláusula arbitral, este efeito.[17]

Esta matéria está hoje regulada pelo Código de Processo Civil e mantém a restrição observada no parágrafo anterior, quando logo no primeiro artigo sobre o assunto dispõe que "as pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, *mediante compromisso* escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação" (*grifo nosso*).

Mais adiante, no art. 1.074, define os requisitos sem os quais será nulo o compromisso, entre eles a especificação detalhada do objeto do litígio, inclusive

[16] Id. ibid., p. 18.

[17] Magalhães, José Carlos, op. cit., p. 8-16.

seu valor, tornando inviável e *contra-legem* qualquer construção jurisprudencial no sentido de atribuir à cláusula compromissória efeito coercitivo.

Mesmo o compromisso deve seu poder de afastar a justiça ordinária a outros dois artigos do Código de Processo Civil: art. 267, § VII e art. 301, § IX, os quais consignam: "267 - Estingue-se o processo, sem julgamento do mérito: VII - pelo compromisso arbitral;" e "301 - Compete-lhe (ao réu), porém, antes de discutir o mérito, alegar: IX - compromisso arbitral;" de sorte que, não havendo esta mesma previsão com relação à cláusula arbitral, não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se em terreno legislativo para criar direito negado pela Lei.

*4. Natureza jurídica da arbitragem*

Divergem os doutrinadores quanto à natureza jurídica do juízo arbitral, basicamente, em três correntes distintas:[18] as que lhe assinalam caráter jurisdicional; as que sem chegar a isso vêem no juízo arbitral o desenvolvimento de um processo e os que vislumbram nele caráter contratual.

Para Hamilton de Moraes e Barros, a terceira corrente deve ser negada, apontando Clóvis ao afirmar que o contrato visa: adquirir, resguardar, modificar e extinguir direitos, e que o pacto de arbitragem não atinge qualquer destas características.[19] Concorda, porém, com seu aspecto contratual por ser inegável que é o acordo de vontades que leva as partes a se comprometerem.

Assim, a tendência mais atual é no sentido de se considerar a arbitragem como um instituto híbrido, ressaltado seu aspecto contratual, pois, como já visto, depende do acordo de vontades para sua existência, porém, acordadas as partes, seu caráter processual é incontestável, posto que confere ao árbitro a jurisdição sobre a matéria em litígio.[20]

Outra não é a opinião de Enrico Redenti, que conclui: "La opinión predominante en cuanto al acuerdo fundamental entre las partes, sobre el cual se ha fijado la atención de los estudiosos, es que el mismotiene los caracteres de un contrato según el Código Civil, pero con objeto y contenido procesales".[21]

Este entrelaçamento das correntes é corroborado pelo nosso direito positivo que estabelece, no diploma adjetivo, que poderão firmar compromisso "as pessoas capazes de contratar" (art. 1.072) restando evidente o seu caráter contratual e processual.

*5. Cláusula arbitral e compromisso*

Compromisso, define Hamilton de Moraes e Barros, "é o ato pelo qual as partes em dissídio resolvem constituir o juízo arbitral".[22] É convenção definitiva, a que instala o procedimento arbitral, elegendo os árbitros e definindo o objeto do litígio. Diz respeito, portanto, a litígio já existente, ajuizado ou não.

Cláusula arbitral, por sua vez, é a promessa recíproca das partes de resolver, através do procedimento arbitral, "eventual controvérsia que surja de determinada

[18] Barros, Hamilton de Moraes. op. cit., p. 461. (citação a Ottolenghi)

[19] Id. ibid. p. 461.

[20] Magalhães, José Carlos, op. cit., p. 72.

[21] Redenti, Enrico. El compromisso y la clausula compromisoria. *Breviários de Derecho, 35*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 20/1. Trad. Santiago Sentís Melendo.

[22] Barros, Hamilton de Moraes, op. cit., p. 473.

relação jurídica de direito material que as vincula."[23] Refere-se esta cláusula a condição futura, visto não existir, no momento de sua elaboração, pendência a ser submetida à arbitragem, mas tão-somente a concordância entre elas de que, surgindo esta, será dirimida por árbitros ou árbitro.

Em que pese a diferença conceitual esposada cima, ou seja, de que o compromisso é atual, enquanto a cláusula compromissória se projeta para o futuro, há legislações que não os diferenciam com relação aos efeitos, conferindo a ambos força para excluir a justiça ordinária.[24]

Outras legislações, entretanto, como a brasileira, vislumbram entre eles diferenças significativas, dentre as quais a de maior conseqüência repousa exatamente em não se reconhecer à cláusula arbitral efeito vinculativo, para tornar compulsória às partes a sujeição ao regime arbitral.

São três as espécies de distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso, no entender de Luiz Olavo Baptista, que as diferencia quanto à função, a forma e a natureza jurídica.[25]

Quanto à função, a distinção está associada à própria definição e ao caráter temporal de cada um. O compromisso tem por função a solução de disputa ou disputas já existentes, conhecidas e perfeitamente delimitadas com relação à abrangência, exaurindo-se com a solução do litígio para o qual foi pactuado. A cláusula arbitral, por sua vez, refere-se a número indeterminado de questões desconhecidas e futuras, cuja abrangência só será conhecida por ocasião de sua existência, que é eventual.[26] A cláusula, a menos que revogada de comum acordo, terá validade pelo mesmo tempo que a relação jurídica a que está atrelada.

A segunda distinção é formal, nesse ponto, enquanto o compromisso é rígido, tem que ser escrito e atender às exigências legais, essenciais à sua validade, a cláusula compromissória é flexível e, embora convenha seja ela escrita, para facilidade de prova, pode ser oral, limitada, no entanto, pelo nosso ordenamento jurídico, face a dispositivo expresso do Código de Processo Civil, que restringe a prova testemunhal a contratos cujo valor não ultrapasse a dez vezes o valor do maior salário mínimo vigente por ocasião da celebração do contrato.[27]

Além disso, por ser contrato, a cláusula está sujeita às regras gerais de contrato do direito civil, enquanto, pelo menos no Brasil, o compromisso deverá conter os requisitos essenciais de validade determinados pela lei adjetiva. Lembra aquele autor a autonomia do compromisso em relação à cláusula, posto que "pode modificar condições ou rever estipulações" desta.[28]

E, finalmente, diferencia-os Luiz Olavo Baptista, quanto à natureza jurídica, classificando a cláusula compromissória como negócio jurídico de disposição e o compromisso como negócio jurídico obrigatório, segundo interpretação da colocação de Clóvis do Couto e Silva,[29] que entende ser o juízo arbitral negócio jurídico de organização, categoria que englobaria, pela sua complexidade, os

[23] Magalhães, José Carlos, op. cit., p. 21.

[24] Baptista, Luiz Olavo & Magalhães, José Carlos. *Arbitragem comercial.* Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986. p. 31.

[25] Id. ibid., p. 32.

[26] Id. ibid., p. 33.

[27] Id. ibid., p. 34-5.

[28] Id. ibid., p. 35.

[29] Id. ibid., p. 39.

negócios jurídicos de disposição e os obrigatórios. Entende ser verdadeiro ato de organização do juízo privado.[30]

Esta distinção quanto à natureza jurídica, embora interesse muito mais à doutrina, "ya que atañem más bien a su encuadramiento teórico dentro del sistema del ordenamiento juridico que a la interpretación particularista y cotidiana de las disciplinas legales del fenómeno",[31] não é pacífica.

O grande mestre Pontes de Miranda vê na cláusula arbitral uma espécie do gênero compromisso, tendo afirmado a seu respeito que "é compromisso posto em instrumento público ou particular como cláusula. Tal inserção não deforma o instituto. Apenas ocorre a unidade da instrumentação. Não se diga que ele se distingue do compromisso, em que nela se prevêem questões oriundas do contrato em que ela está e o compromisso já se refere ao ocorrido (*a posteriori*). Seria *a priori* a função autorizada. Pode ser feito compromisso, em contrato separado, a respeito de direitos, pretensões e ações oriundos de outro contrato, anterior ou posterior. A diferença é apenas formal e não de conteúdo. A cláusula compromissória é apenas uma das espécies de compromisso, no tocante à colocação do negócio jurídico".[32]

*6. A cláusula compromissória no direito comparado*

Deve-se ressaltar que a distinção feita entre cláusula e compromisso não é universal e dependerá sempre da legislação a que estão sujeitos. No início do capítulo anterior já se mencionava que, para diversas legislações, a cláusula arbrital identifica-se com o compromisso por atribuírem a eles o mesmo efeito de criar a *exceptio ex compromisso*.

Esta é, inclusive, a tendência mais atual e que vem sendo difundida em todos os cantos. A legislação francesa que, juntamente com a italiana, influenciou essa tendência diferenciadora, que prevalece no direito interno brasileiro, e que não admitia autonomia à cláusula compromissória que dependia assim do compromisso, para afastar a justiça estatal, foi alterada, passando a determinar que a cláusula compromissória é "la convention par laquelle les parties à un contract s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naitre relativement à ce contract" (art. 1.442, do Novo Código de Processo Civil).[33]

Comentando essa mudança, Matthieu de Boisséson coloca, ainda, que "cette autonomie, qui ne se manifestait avant le décret du 14 mai 1980 qu'á propos de ce qu'on nommait les clauses compromissoire 'valant compromis', c'est-á-dire celles qui prévoyaient le 'nom des arbitres' ou les 'modalités de leur désignation', est maintenant la règle puisque, précisément l'une des ces mentions est exigée pour une rédaction correcte de clause compromissoire (art. 1.443, al. 2. 2, nouv. C. Proc. Civ.)".[34]

Além da França, sem dúvida o melhor exemplo pela influência que exerce sobre nosso direito, os Estados Unidos e a Inglaterra, há muito tempo, assim como

[30] Silva, Clóvis do Couto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981. nº 639, p. 562. n. 639. p. 562, v. 11, t. 2.

[31] Redenti, Enrico. op. cit., p. 20.

[32] Pontes de Miranda. op. cit., p. 277.

[33] Boisséson, Matthieu. *Le droit français de l'arbitrage*. Paris, Gide, Loyrette, Nouel, éditeurs, 1983. p. 15.

[34] Id. ibid., p. 16.

a Alemanha, admitem à cláusula arbitral o mesmo efeito do compromisso, no que toca à exclusão da justiça estatal.

Nesse sentido, o Tratado de Genebra, do qual o Brasil é signatário, em 1923 já identificava a cláusula arbitral ao compromisso, constando, inclusive, do art. 4º que "os tribunais dos Estados contratantes dos quais esteja pendente um litígio relativo a um contrato concluído entre pessoas previstas no art. 1º e que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude de dito artigo e suscetível de ser executada, remeterão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitros".

Esse tratado foi substituído pelas convenções de Nova Iorque e Genebra de 1958 e 1961,[35] respectivamente, entre outros acordos internacionais sobre o tema, como a Convenção Européia sobre Lei Uniforme em Arbitragem, Estrasburgo, 1966, todos eles estendendo à cláusula compromissória os efeitos do compromisso.

Não é pequeno o número de países que reconhecem a cláusula arbitral, justificando a assertiva contida na introdução de que o Brasil parece caminhar "na contramão da história", recusando-se a aderir às convenções mais recentes, que têm propiciado resultados extremamente positivos na solução de disputas, principalmente no comércio internacional.

### *7. Execução específica na cláusula arbitral*

Tamanha a necessidade e urgência de reconhecer, à cláusula arbitral, no Brasil, o mesmo efeito do compromisso, que só na década em curso já foram publicados três anteprojetos de lei neste sentido.

Não obstante, o Congresso, eleito ainda em regime de pouca liberdade, parece não ter acordado para sua importância e função como poder autônomo e essencial à garantia e equilíbrio do estado de direito. Note-se que o primeiro anteprojeto foi elaborado por iniciativa do Ministério da Justiça e publicado em 1981, nada havendo de concreto até agora.

Diante desse quadro de verdadeira inércia do Poder Público, ante as necessidades de modernização e adequação da legislação pátria, começam a surgir soluções criativas daqueles preocupados em trazer o Brasil ao desenvolvimento.

A idéia de reconhecimento da cláusula compromissória, como esposado ao longo do trabalho, não é nova.[36] Os tribunais do País por diversas vezes já foram chamados a se pronunciar acerca do tema, entendendo, sempre, tratar-se de mera obrigação de fazer.

Duas, entretanto, ainda são as saídas, apontadas mais recentemente, para, através do Judiciário, alterar o quadro que aí se encontra. A primeira, a exemplo do ocorrido na França, seria incitar o Judiciário a admitir o efeito vinculativo à cláusula, ensejando a instituição obrigatória do juízo arbitral.[37] A segunda buscando estender à cláusula compromissória os efeitos do art. 639 do Código de Processo Civil, *in verbis:* "se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo

[35] Magalhães, José Carlos, op. cit., p. 65.

[36] Id. Perspectivas da Arbitragem Comercial no Brasil. *Revista de Direito Mercantil*, n. 69, p. 26.

[37] Id. ibid. p. 26.

título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado".[38]

Não parece viável a primeira solução, posto que, no nosso sistema jurídico, qualquer construção doutrinária-jurisprudencial no sentido de estender à cláusula arbitral o efeito *exceptio ex compromisso*, configura entendimento *contra-legem*, muito mais danoso que o atraso legislativo.

É que o próprio Código de Processo Civil, como já transcrito acima, identifica as hipóteses de extinção do feito sem julgamento do mérito (art. 267) e as defesas que podem ser argüidas preliminarmente na defesa do réu (art. 301), de forma taxativa e não exemplificativa. Se não há esta previsão legal para a cláusula, ela não poderá ter este efeito.

É claro que se poderia adotar a conceituação do festejado Pontes de Miranda, já mencionada acima, que vê na cláusula uma das espécies de compromisso. Mas, neste caso, ela teria que conter todas as exigências do art. 1.074 do Código de Processo Civil, prejudicada a possibilidade de os árbitros serem nomeados pelo Juiz togado, como pretendem os que defendem esta tese.[39]

Aliás, nesse ponto, a dificuldade em se aceitar a execução específica. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que "o art. 639 do CPC pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encarados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar".[40] Esbarramos, mais uma vez, na necessidade de se atender ao art. 1.074 do CPC.

Acreditamos, porém, nesse particular, que a dificuldade cinge-se à nomeação dos árbitros ou indicação da corte arbitral. O nome das partes não constitui nenhum obstáculo, pois constaria do "contrato preliminar". O objeto do litígio, embora não determinado, é determinável, de acordo, mais uma vez, com Pontes de Miranda: "Se o conteúdo é indeterminado, como se os contraentes submetem todas as controvérsias que surjam entre eles, não vale o compromisso, porque falta a determinação, ou, pelo menos, a determinabilidade do objeto do litígio."[41]

Duas questões acerca desse posicionamento são inevitáveis. A lei adjetiva exige que conste do compromisso o nome dos árbitros (pessoas físicas) e suas qualificações, o que não ocorreria havendo mera indicação da corte ou instituição. Além disso, é também exigido o objeto do litígio com todas as suas especificações, inclusive o valor.

Não vemos maiores problemas com relação à indicação de corte ao invés dos árbitros individualmente. Os nomes e respectivas qualificações de todos os árbitros aceitos pela corte certamente constarão de documento que pode fazer parte integrante da cláusula. Presumem-se de confiança das partes todos aqueles árbitros que atuam na corte eleita. E, deve-se lembrar, há sujeição das partes às regras estabelecidas pela instituição para o procedimento arbitral, inclusive, escolha dos árbitros.

Resta, então, o problema da especificação do objeto do litígio. Ao contrário do próprio compromisso e da nomeação dos árbitros, que são atos de vontade das partes, o litígio depende da existência de conflito de interesses. A existência deste

[38] Santos, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. op. cit., p. 70.

[39] Magalhães, José Carlos, op. cit., p. 26.

[40] RTJ - 92/250.

[41] Pontes de Miranda, op. cit., p. 253.

conflito trazida aos árbitros ou ao juiz, no caso da execução específica, acabará por determinar, na forma da inicial e da contestação, os limites da controvérsia. Necessário, apenas, que a cláusula esteja atrelada a uma relação jurídica que lhe deu causa. Não pode ser genérica.

Somos, nestas condições, favoráveis à execução específica da cláusula arbitral. Há, todavia, uma última observação que reputamos procedente. Não basta excepcionar a competência do juízo, é preciso que se execute a cláusula em processo autônomo na justiça ordinária, para que o juiz supra, por sentença, a falta de assinatura de uma das partes no compromisso, que é, pela nossa lei, indispensável.

*8. A cláusula arbitral nos contratos*

Aceita a cláusula compromissória como vinculativa, algumas questões surgem, relativas à sua inserção em um contrato. A primeira delas diz respeito à autonomia ou independência da estipulação arbitral em relação às demais cláusulas e condições deste mesmo contrato.

A dúvida então estaria em se determinar se, nulo o contrato, nula seria a cláusula arbitral. Ou, se alegada a nulidade do contrato, deveria ela ser decidida por arbitragem.

Pode-se dizer que a tendência tem sido no sentido de se entender que se a nulidade apontada atinge outras cláusulas do contrato que não a compromissória, o árbitro ou a instituição arbitral são quem deve decidir sobre essa nulidade. Esta é a visão mais moderna, segundo transcrição feita por Luiz Olavo Batista, a qual pedimos vênia para repetir: "The modern view is to consider that the arbitration clause is 'separable' from the main contract and that if one of the parties challenges the validity of the main contract the issue ought to be determined by the arbitrators rather than the courts".[42]

De acordo com esse entendimento, uma vez convencionada por cláusula a arbitragem, a justiça estatal só apreciará questões de nulidade se esta for invocada contra a própria convenção arbitral.

Aceita a independência da cláusula, de forma que a nulidade do contrato não afeta necessariamente a sua validade, surge a pergunta: A nulidade da cláusula compromissória afetaria a validade do contrato principal?

Na França, o Decreto de 14 de maio de 1980 determinou que se a cláusula é nula, ela é tida como não-escrita.[43] Inevitável a conclusão de que se ela é autônoma em relação ao contrato, o contrato também o é com relação a ela.

A exceção, segundo Matthieu de Boisséson, ficaria por conta da estipulação expressa de que a arbitragem é condição essencial do contrato, *in verbis:* "Cependant, comme on l'a, a juste titre souligné, il semble certain que, si les parties avaient tenu à exprimer clairemente que la clause compromissoire constituait, selon elles, une disposition essentielle de la convention, la nullité de la aurait entrainé celle du contrat tout entier".[44]

Aceitamos *in totum* essa opinião, visto que a independência da cláusula, como um outro contrato, apenas, instrumentalizado juntos, a separa do contrato principal, mas também separa dela o contrato.

[42] Baptista, Luiz Olavo, op. cit., p. 41.

[43] Boisséson, Matthieu, op. cit., p. 83. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée nom écrite"

[44] Id. ibid., p. 83.

Há, porém, contratos em que a arbitragem foi essencial para sua conclusão, principalmente naqueles casos em que o sigilo é exigência *sine qua non*. Nesse caso, desde que expressa a estipulação, não há como prevalecer uma tratativa, se deixou de existir condição sem a qual nada teria sido convencionado.

Outra discussão relevante diz respeito ao problema da ordem pública. Embora a arbitragem seja largamente usada em transações comerciais, que, em regra, concernem a direitos patrimoniais disponíveis, há casos em que parte da relação jurídica é regulada por lei imperativa de ordem pública.

É o caso, por exemplo, das sociedades anônimas que, em face do seu caráter institucional, são regidas por diversas normas com elas de alguma forma relacionadas e que são de ordem pública, tais como as regras para convocação de assembléia ou publicação das demonstrações financeiras.

O que se pergunta é se neste caso é válida a convenção arbitral ou se devem ser as pendências submetidas à justiça ordinária. Mais uma vez nos socorremos do direito francês, onde os tribunais já tiveram oportunidade de se pronunciar acerca do tema. A jurisprudência parisiense, em uma primeira etapa, considerou que "la clause compromissoire ou le compromis étaient entachés de nullité dès lors que la contestation soumise aux arbitres 'touchait à l'ordre public'".[45]

Esta solução foi abandonada pela jurisprudência parisiense que, em uma segunda etapa, passou a entender que a nulidade da cláusula compromissória ou compromisso "ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement 'du fait que l'ordre public a été violé'".[46]

Esta segunda posição parece mais adequada, pois, do contrário, poderíamos acabar por ter dois julgamentos oriundos do mesmo litígio, posto que a justiça comum seria incompetente para a parte relativa a direitos patrimoniais, enquanto que os árbitros seriam incompetentes para a parte relativa à ordem pública, o que criaria um impasse.

Deve-se reconhecer, todavia, poderes à justiça comum para verificar se a norma de ordem pública foi violada pela decisão arbitral.

## 9. *Conclusão*

Não resta a menor dúvida que, em todo o mundo, a arbitragem tem se tornado indispensável, não como substituta da justiça comum mas como um meio de solução de controvérsias mais competente para determinadas relações jurídicas, com árbitros capazes e conhecedores da matéria submetida a julgamento, permitindo a apreciação de disputas em caráter sigiloso e melhorando a imparcialidade das decisões, principalmente, nas questões interestaduais e internacionais.

A questão premente é saber porque a arbitragem no Brasil não tem recebido o mesmo impulso que no resto do mundo, ou melhor, porque no Brasil ela praticamente inexiste.

Aqueles que têm dedicado alguma atenção ao instituto concluíram que o principal problema está em não se admitir à cláusula compromissória o efeito de excluir a jurisdição estatal, assim como pelo excesso de regulamentação,[47] frutos

[45] Id. ibid., p. 33.

[46] Id. ibid., p. 33.

[47] Magalhães, José Carlos. *RDM*, 69, p. 30.

do medo e da tentativa de se proteger a parte mais "fraca" nas relações jurídicas.[48]

O fato é que, independentemente do motivo, o Brasil jamais experimentou um regime de liberdade e regulamentação da prática do instituto, tendo saído de um período em que era por vezes até obrigatório, direto para um outro que, com pequenas alterações, prevalece até hoje e que o inviabiliza.

Não se pode negar que nosso direito, neste particular, durante muito tempo esteve influenciado por países que tradicionalmente nos exportam seus avanços e retrocessos, tanto sob o aspecto da doutrina como da legislação. No entanto, repetimos o grande professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Fábio Konder Comparato, que, embora escrevendo sobre assunto diverso, já afirmava ser "incontestável, também, que somente a experiência suscita um direito autêntico, e que o legislador, como o governante, não pode tudo prever".[49]

A experiência acerca deste instituto no Brasil esteve sempre viciada por normas que oscilaram, pode-se dizer, entre o tudo e o nada. Importamos uma doutrina que, há alguns anos, já cedeu lugar a outras mais modernas e de melhor resultado nos Estados exportadores.

Estamos de acordo com o mesmo professor, quando logo adiante afirma que "não se pode taxar de miúda e asfixiante uma disciplina jurídica que leve em conta os grandes problemas já suscitados pela experiência, e aqueles resultantes da própria natureza jurídica da matéria em causa."[50]

Não se deve, no entanto, perder de vista os ensinamentos de F. Solà Cañizares, que, referindo-se à lei das sociedades anônimas evidenciava que muitas vezes os grandes problemas que atormentam os países desenvolvidos e que os levam em busca de novos progressos legislativos, sequer chegam a existir nos países subdesenvolvidos, ou acontecem em número tão reduzido que seria melhor ter o tempo e a dedicação do legislador para outros problemas que por vezes superados ou mesmo inexistentes naqueles países, na nossa sociedade são bem maiores e estão a merecer melhor regulamentação.[51]

A conciliação destes dois pensamentos reside na necessidade de se permitir e valorizar a vivência livre do instituto, proporcionando às partes que convencionem o que quiserem e da forma que quiserem, evidentemente respeitando as questões de ordem pública já existentes, utilizando as soluções adotadas pelos países mais adiantados, na medida em que os problemas da mesma natureza vão ganhando importância no Brasil, sem perder de vista que o emprego das soluções importadas não é definitivo e que pode não se adaptar à nossa realidade.

A arbitragem é instituto muito antigo, e, sem dúvida, eficiente para pôr termo a disputas. Não se pode esquecer que, no tocante aos direitos patrimoniais, é a justiça estatal que se assemelha à arbitragem e não esta àquela.

O mestre Pontes de Miranda, ao tratar do instituto no direito romano, demonstra como se "veio do árbitro para o juiz estatal",[52] que nada mais é do que um árbitro imposto pelo Estado e que as partes não podem escolher.

[48] Baptista, Luiz Olavo, op. cit., p. 42.

[49] Comparato, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial.* Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 4.

[50] Id. ibid., p. 4.

[51] Bulgarelli, Waldírio. *Manual das sociedades anônimas.* 5ª ed. São Paulo, Atlas, 1987. p. 29.

[52] Pontes de Miranda, op. cit.

Deve-se observar que mesmo a decisão judicial, no que toca a direitos disponíveis, é mutável pelas partes, que podem, a qualquer tempo, transigir sobre seus direitos, sem que o juiz possa, de alguma forma, modificar ou impor coisa diferente a elas.

A necessidade de se aceitar a cláusula arbitral como vinculativa é flagrante. As partes devem escolher o critério para resolver suas pendências, antes que elas aconteçam, quando os ânimos não estão acirrados, praticamente decidindo *a priori* os conflitos eventuais.

Nesse particular, cabe lembrar que, inevitavelmente, as cortes e suas decisões ficarão conhecidas, de sorte que a indicação desta ou daquela corte implicará estabelecer de antemão, e da forma mais ampla possível, as vontades e suas conseqüências.

Reside neste ponto a insistência com relação à indicação do árbitro ou da corte, no momento em que é firmada a cláusula arbitral. O árbitro ou corte não só deve ser de confiança das partes, como a sua escolha deve expressar a forma como elas pretendem ver resolvida a demanda. Eis porque não admitimos, em nenhuma hipótese, que o árbitro seja indicado pelo juiz.

Não se pode confundir confiança com idoneidade. O árbitro escolhido pelo juiz pode ser idôneo e não ser da confiança da parte, e a essência do instituto está em que as partes nomeiem pessoa de sua confiança para dirimir-lhes as controvérsias. E, repita-se, a nomeação do árbitro pelo juiz pode ser tão desastrosa quanto um azar na distribuição de um processo a uma câmara específica de um tribunal dividido acerca de determinada matéria. Apenas que no processo judicial o azar na distribuição decorre da imposição do juiz às partes, característica da justiça do Estado, inconcebível na arbitragem.

Nossa opinião é que a cláusula é indispensável à arbitragem; entretanto, ela deverá conter como única exigência a indicação do árbitro ou corte, sob pena de ser inexeqüível compulsoriamente.

Seria conveniente, todavia, como mera alternativa, que a lei previsse alguns procedimentos básicos que não devem ser confundidos com exigências, para o caso das partes nada acordarem com relação ao processo arbitral.

O ideal, assim, seria que a lei sofresse modificações. Acreditamos, no entanto, que se deva continuar lutando pelo reconhecimento da execução específica junto aos tribunais do País, quando mais não seja, como meio de divulgação do instituto e da necessidade de sua modernização em moldes assemelhados, embora adaptados à nossa realidade, aos que no mundo inteiro se vem adotando.

Vemos, por fim, na admissão da cláusula arbitral, o meio adequado para difundir a arbitragem e trazer à atividade comercial uma justiça rápida, econômica, imparcial, especializada e sigilosa, capaz de incentivar novos investimentos, estimular a empresa, desenvolver o comércio e promover, como conseqüência, o progresso.

*Bibliografia*

Baptista, Luiz Olavo & Magalhães, José Carlos. *Arbitragem comercial,* Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986.

Barros, Hamilton de Moraes. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro, Forense, 1985. v.9.

Beltrão, Heitor. *Do arbitramento commercial*. Rio de Janeiro, Destaque, 1989.

Boisséson, Matthieu. *Le droit français de l'arbitrage*. Paris, Gide, Loyrette, Nouel, 1983.

Bulgarelli, Waldírio. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo, Atlas, 1987.

Comparato, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

Magalhães, José Carlos. Perspectivas da arbitragem comercial no Brasil. *Revista de Direito Mercantil*, n. 69, p. 24.

Martins, Pedro A. Batista. *Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1990.

Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1977. t. 15.

Redenti, Enrico. El compromiso y la clausula compromisoria. Breviários de Derecho, 35, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America. Trad. de Santiago Sentís Melendo.

Santos, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O comércio exterior e a arbitragem*. Resenha Tributária, São Paulo, 1986.

Silva, Clóvis do Couto. Comentários ao Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1981. v. 11, t. 2.