

DINAMICIDADE DO DIREITO DE OBRIGAÇÕES: VARIAÇÕES SOBRE A
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NA LEI 9.307/96

PÉRSIO THOMAZ FERREIRA ROSA

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Cogeae (PUC/SP). Mestrando em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR. Advogado em São Paulo/SP.

Resumo: O presente trabalho versa, de forma sintética e sem a pretensão de exaurir o tema, sobre a interpretação da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, ambas espécies de convenção de arbitragem, e também sobre o procedimento arbitral. Para tanto, foram feitas algumas considerações, *de lege lata* e *de lege ferenda*, com a finalidade de se entender o seu sentido e alcance, de forma que esse importante instituto de direito material tenha o rendimento que se lhe pode dar, levando-se em consideração sua função no atual cenário político, econômico e social.

Palavras-chave: Arbitragem – Cláusula compromissória – Compromisso arbitral – Convenção de Arbitragem – Lei 9.307/96 – Acesso à justiça – Princípio da competência-competência – Boa-fé contratual – Cláusula patológica – Interpretação da convenção de arbitragem – Ordem pública.

Abstract: The present essay deals, briefly and without the pretention of an exhaustive analysis, about the interpretation of the arbitration clause and the arbitral compromise, both of them species of the arbitral convention in brazilian law of arbitration, also about the arbitral proceeding. To achieve this aim, it was done some considerations, *de lege lata* and *de lege ferenda*, to understand its sense and range, in a way that this important institute of substantive law can have its full application, taking into consideration its function within the politic, economic and social cenary.

Keywords: Arbitration – Arbitration clause – Arbitral compromise – Arbitral convention – Law 9.307/96 – Kompetenz-Kompetenz – Good faith – Patological clause – Interpretation – Public policy – Public order.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os efeitos da Convenção de Arbitragem – 3. A ordem pública em matéria de Direito Arbitral: 3.1 A ordem pública à luz do postulado do acesso à justiça – art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal – 4. O princípio da confiança na arbitragem: 4.1 Os terceiros em relação à Convenção de Arbitragem; 4.2 O postulado da competência-competência – 5. As chamadas cláusulas “cheia” e “vazia” – 6. À guisa de conclusão – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A convenção de arbitragem,¹ gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies, possui duas principais características: a de constituir vínculo obrigacional e a de gerar uma relação processual. Por meio dela instaura-se jurisdição a respeito de um litígio em espécie ou a respeito de um litígio que possa vir a ser instaurado entre as partes.

Esse é o regramento que consta do art. 3.º da Lei 9.307/96, que assim dispõe: “As partes podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

Implica, em primeiro plano, o chamado efeito negativo da convenção de arbitragem, pelo qual sua existência importa na negação da jurisdição estatal (art. 267, VII, do Código de Processo Civil). O julgado transcrito a seguir ilustra bem essa questão:

“A simples existência de qualquer das formas de convenção de arbitragem estabelecida pela Lei 9.307/96 – cláusula compromissória ou compromisso arbitral – conduz, desde que alegada pela parte contrária, à extinção do processo sem o julgamento do mérito, visto que nenhum dos contratantes, sem a concordância do adversus, poderá arrepender-se de opção anterior, voluntária e livremente estabelecida no sentido de que eventuais

¹ Conquanto a cláusula compromissória e o compromisso arbitral sejam espécies da convenção de arbitragem, iremos nos referir, ao longo deste trabalho, ao termo cláusula compromissória, e isso não por atenção a um rigor técnico ou a um preceito científico. Em verdade, considerando que a cláusula compromissória é a forma pela qual as partes numa determinada relação contratual estabelecem que qualquer disputa deva ser resolvida pela via arbitral, é intuitiva a conclusão que no âmbito de um ensaio sobre a interpretação da cláusula compromissória a questão dos efeitos e natureza da convenção de arbitragem seja referida pelo termo cláusula compromissória, o qual, a doutrina pátria, parece enfeixar toda a plêiade de sentidos que se pretende emprestar ao tema.

conflitos sejam dirimidos através do juízo arbitral. Inteligência dos artigos 4.º e 9.º da Lei 9.307/96 c/c os artigos 267, VII, 301, IX, ambos do Código de Processo Civil.”²

O compromisso arbitral e a cláusula compromissória têm um regime jurídico próprio e que está regulado pela Lei da Arbitragem. O Código Civil, em seus arts. 851 a 853, trata da figura do Compromisso, remetendo, no art. 853, à lei específica.

O que se extrai do Código Civil é que pouco, ou nada, foi alterado em relação à Lei 9.307/96. Se o fizesse, deveria o intérprete utilizar-se dos critérios de hierarquia (que é a mesma), especialidade e temporal para solucionar eventuais antinomias.

No caso não nos parece haver qualquer interferência entre as normas, valendo somente ressaltar que o art. 852 poderia, a bem da verdade, não existir, na medida em que o art. 1.º da Lei 9.307/96, já estatui que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

O mencionado art. 852, a seu turno, prescreve ser “vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Deveras, a Lei Civil nada disse que a lei especial já não o tivesse dito, com o problema de não seguir a melhor técnica ao excepcionar, de modo expresso, somente algumas matérias e fazendo remissão, ao final do dispositivo, a “outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

De nossa parte, vale dizer, entendemos que o aspecto patrimonial é sempre arbitrável, ainda que a questão, em sua raiz, tenha uma natureza indisponível como o é o direito de herança, o próprio direito de propriedade, o direito à filiação, dentre outros inúmeros exemplos que se poderia citar.

A natureza fundamental da convenção de arbitragem é a de vínculo obrigacional. Pode-se dizer que a cláusula compromissória é a expressão máxima do postulado da liberdade de contratar. A disposição de direitos e a liberdade de entabular deveres e obrigações, de fato, somente se completa se, ao se radicalizar as posições contratuais as partes puderem dispor sobre a forma de composição de seus conflitos.

Numa visão genérica, encerra-se determinada relação contratual com o mesmo grau de liberdade que ela se iniciou.

² Acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Civil do Estado de Minas Gerais/MG no julgamento do Recurso de Apelação 254.852-9, relatado pela Juíza Jurema Brasil Marins, julgado por votação unânime em 03.06.1998, publicado pelo Boletim da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo) 2.088/171-e, de 04.01.1999.

Se às partes contratantes é facultado dispor sobre o início de suas relações contratuais, nada mais sensato do que permitir a elas dispor, com igual liberdade, sobre a composição de seus conflitos. Por via da arbitragem o Estado assegura às partes o direito de resolver essas lides de forma privada, bem como a faculdade de estabelecer procedimentos em vista desse desiderato, os quais possuem um sentido negativo e positivo.

2. OS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Negativo é o efeito produzido sobre a jurisdição do Estado, que fica afastada em prol da chamada Justiça privada. Positivo, a seu turno, é o efeito de permitir às partes fixar procedimentos, bem assim aos árbitros, ou ao árbitro, se o caso, quando necessitem requisitar do Estado providências no sentido de se realizar a oitiva de uma testemunha renitente em comparecer perante a Corte Arbitral e prestar seu depoimento sobre um fato.

Não se pode dizer, assim, que a cláusula compromissória lida com o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. A doutrina costuma apontar o precedente SEC 5.206, do egrégio Supremo Tribunal Federal, como sendo o grande marco da Lei 9.307/96, quando a constitucionalidade deste diploma legal passou pelo crivo de nossa Corte Excelsa e resistiu a teses apaixonadas fundadas em preceitos que pouco, ou nada, têm de real relativamente ao tema sob análise.³

Em verdade, proibir as partes de decidir como devem compor seus litígios implicaria em ver pela metade o princípio da liberdade, o qual toca diretamente o tema da arbitragem. Tal é a importância deste postulado e a interpretação e rendimento que se

³ É o trecho do parecer da Procuradoria Geral da República, citado o voto do Ministro Maurício Corrêa: “O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.”

Ihe deve conferir que temas como arbitragem em matérias de direito de família, por exemplo, devem ser visualizadas sob um outro ponto de vista.

Vale repetir que é comum a confusão de se interpretar o art. 1.º, da Lei de Arbitragem, como se fosse proibitivo em relação às arbitragens em matérias que seriam, em sua matriz, de direito indisponível. Mas não é o que deve ocorrer, pois indisponibilidade nada tem a ver com transigibilidade e arbitrabilidade objetiva.

Transacionar sobre aspectos de direitos que são, por sua natureza, indisponíveis, não encontra limite no mencionado dispositivo legal. A liberdade, aqui, encontra-se em outro nível que não o contratual, mas na liberdade de auto-definição da situação jurídica da pessoa humana, da qual decorre a liberdade de dispor de seus direitos.

Arbitrável, assim, não é o direito em si, mas sim seus reflexos, notadamente o reflexo econômico deste direito. Não se cogitaria de uma arbitragem questionando a paternidade de determinada pessoa, mas sim a fixação dos alimentos devidos, questão a respeito da qual os jurisdicionados transacionam diuturnamente.

Pensar de forma diversa significaria, também, fechar os olhos para que o fenômeno social da composição de conflitos não está, e nem deveria estar, sob a guarida do Poder Judiciário.

O Estado tem o monopólio da jurisdição, e só ele. Mesmo quando os árbitros decidem sobre determinada questão o fazem por autorização legislativa do Estado, que delega às partes, em respeito ao postulado da liberdade, o direito de se auto-compor com todos os instrumentos que são próprios da jurisdição estatal.

3. A ORDEM PÚBLICA EM MATÉRIA DE DIREITO ARBITRAL

Importante frisar bem essa idéia. Aqui a ordem pública pode ser vislumbrada sob dois ângulos que compõem um mesmo fenômeno jurídico. O art. 2.º, *caput*, da Lei 9.307/96, ao dizer que “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, exprime uma idéia que é do sistema, e que, a rigor, nem precisaria constar deste texto legal.

A lei parece se referir à ordem pública na definição das normas legais que as partes têm de seguir na definição do conflito, dando a entender, por exemplo, que a súmula

vinculante o será em relação às partes da arbitragem tanto quanto se constituir numa matéria arbitrável (*arbitrabilidade objetiva*).

Essa idéia é bastante importante na medida em que discutir, por exemplo, se determinada súmula vinculante é impositiva às partes numa arbitragem pode ser simplesmente estéril. Trata-se de um debate que não pode ser visualizado sob o ponto de vista da intangibilidade da arbitragem, pelo Estado, tampouco pela suposta soberania de determinada súmula vinculante.

Assim, somente sob o viés da ordem pública é que o tema pode ser vislumbrado, sendo o art. 2.º, *caput*, da Lei 9.307/96, a expressão de um preceito inerente ao sistema constitucional e que determina a existência de uma só ordem pública e que deve ser uniforme para todos.

Ademais, no campo processual, o art. 32, da lei de regência, deixa clara a idéia de que a ordem pública processual também opera efeitos nesse campo.

O que parece claro, portanto, é que a arbitragem não se constitui numa esfera de liberdade tal que as partes estejam num outro mundo e à parte da sociedade, de modo que o governo de sua livre disposição de vontade estaria imune à ação do Estado. Ao revés, a sua esfera de liberdade é sempre tangenciada pela ordem pública, de maneira que transbordar esse limite leva às partes a tutela do Estado.⁴

A disposição de direitos, portanto, não deve estar submetida sempre ao crivo de um Estado assistencialista e onipresente. Cabe às partes decidir e definir como celebrar e encerrar as relações jurídicas firmadas no âmbito da livre disposição de vontade, de modo que tanto quanto isso interesse ao Estado, ele estará impedido de rever, de ofício ou por iniciativa dos litigantes, os atos praticados.

⁴ Nem por isso se deve imaginar que a ordem pública deva ser explorada como se fosse uma salvação para todos aqueles que desejem, por má-fé, infirmar uma sentença arbitral. Ordem pública, aqui, não pode ser utilizada como o conceito de interesse público que a Administração Pública se utiliza como forma de se atingir desideratos outros que não o interesse de todos, mas sim desviar o poder, abusar do poder e agir em benefício próprio ou, ao menos, contra a vontade da coletividade. Em outras palavras, se a ordem pública for um conceito vago por definição, nem por isso se deverá abandonar a idéia. Não se deve confundir, nessa linha de raciocínio, o mal uso do sistema com a estrutura do sistema em si mesma. Por essa razão é que questões mais afeitas à antropologia jurídica devem ser deixadas de lado para que o limite da ordem pública seja vislumbrado por um outro ponto de vista, e para tanto a construção deste conceito, em matéria de arbitragem, deverá ser talhada pela doutrina e pela jurisprudência pátria, sem despreza, também, a experiência internacional, pois quer-nos parecer ser bastante atual antiga a concepção de uma ordem pública internacional.

E a ofensa à ordem pública manifesta-se tanto em relação ao procedimento da arbitragem, ou seja, seu desenvolvimento e conclusão, como em relação à sua essência, de modo que a parte que resistir à instauração do procedimento arbitral poderá ser compelida a fazê-lo judicialmente, oportunidade em que o Estado se sub-rogará nos direitos da parte renitente e adjudicará o respectivo compromisso arbitral, algo semelhante ao que ocorre na hipótese do antigo artigo 639, atual artigo 466-B, do Código de Processo Civil.

Flávio Luiz Yarshel⁵ sintetizou bem essa idéia ao tratar da natureza jurídica da arbitragem, nos seguintes termos: “Jurisdicional ou não, é certo que o exercício da arbitragem e o respectivo resultado (solução imposta pelo árbitro) estão, por um modo ou por outro, sujeitos a alguma forma de controle estatal, não lhes escapando a garantia da *ação* e da *inafastabilidade* do controle pelo Estado. A questão é saber *o que* pode ser *objeto* desse controle e de que *forma* esse controle pode ser provocado.”

É por isso que a noção de ordem pública é essencial em tema de arbitragem, pois significa qual o modo e extensão desta esfera de liberdade que as partes possuem. É essencial, não “caro”. Caro ao instituto são decisões que, embora isoladas, desvirtuam a sua natureza e tolhem das partes o direito de livremente dispor de seus interesses.

O conceito de ordem pública não é de *especial* relevância, mas *essencial* como em qualquer outro ramo do direito em que a autonomia da vontade esteja em foco. Serve, enfim, para melhor se compreender os limites de atuação da esfera privada de liberdade. É a lição de Luiz da Cunha Gonçalves:⁶ “Na verdade, leis e princípios de ordem pública são ‘o conjunto de preceitos legais e doutrinários que, segundo as idéias dominantes num determinado país e numa certa época, são considerados como reguladores dos interesses essenciais desse país’, interesses que podem ser de variada espécie: morais, políticos, econômicos, jurídicos, sociais, religiosos etc. a noção de ordem pública é, pois, variável no tempo e no espaço; mas é fácil ver que ela abrange todas as normas tendentes à conservação e ao progresso da sociedade, à garantia da paz pública e ao bem-estar geral dos cidadãos ou dos habitantes do país; em suma, leis que, não sendo do mero interesse dos indivíduos, não podem ser por estes alteradas ou substituídas por convenção.”

⁵ *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 129.

⁶ *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1955, vol. 1, t. I, p. 467.

Com efeito, é o momento histórico que dita o que se encaixa dentro do conceito de ordem pública. O art. 8.º, da Lei nº 9.307/96, ao inserir no sistema o princípio da *autonomia* da cláusula compromissória, de certa forma relativizou o preceito clássico de que o regime das nulidades contratuais seria de natureza indisponível.

O princípio da competência-competência, a necessidade de se respeitar tratados internacionais, a vocação internacionalista de nossa Lei de Arbitragem, e o firme propósito de se permitir o pleno desenvolvimento do chamado juízo arbitral fez com que o legislador optasse por uma solução mais atual e pautada na experiência internacional.

3.1 A ordem pública à luz do postulado do acesso à justiça – art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal

O art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, nada diz com a ordem pública que serve de limite à chamada justiça privada. Isso porque acesso à jurisdição, seja ela estatal ou privada, sempre haverá, de forma que não se pode falar em renúncia propriamente dita, mas em opção que deve ser respeitada.

Os litígios levados ao Poder Judiciário são somente uma parcela ínfima dos conflitos que existem e são compostos no âmbito social. Um rápido olhar sobre o fenômeno social, ainda que não seja essa a matéria de nossa exposição, nos leva a crer que não apenas o Estado não é chamado a resolver uma série de conflitos como que a ele não é *juridicamente* interessante resolver uma série de lides que não têm, de fato, relevância social, deixando de perfazer o chamado *interesse processual*.

Outras, que possuem relevância social, são resolvidas entre as partes ou por mecanismos alternativos de solução de controvérsias, como a mediação, a conciliação, entre outros existentes. Carlos Alberto de Salles,⁷ com bastante propriedade, após referir que “O modo judicial de solução de controvérsias deve ser visto como uma das formas dentro de um universo de alternativas parcial ou totalmente direcionadas aos mesmos fins”, faz a seguinte assertiva:

⁷ Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. *Processo e Constituição* – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, obra coletiva coordenada por Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 784 e 785.

“Nesse sentido, cabe observar, também, que, se levarmos em conta a totalidade dos conflitos surgidos em sociedade, não encontraremos uma predominância das formas judiciais. Por certo, apenas um pequeno número de controvérsias surgidas em sociedade é levado a juízo, sendo as demais solucionadas por composição direta entre as partes, desistência de uma delas, intermediação de terceiros e outras formas jurídicas ou simplesmente sociais de pôr fim ao litígio.”

Assim, a cláusula compromissória indica a disposição e necessidade de a sociedade levar conflitos que, embora pudessem ser submetidos ao crivo do Poder Judiciário, resolveram solucionar de forma privada por uma plêiade de interesses (social, jurídico, político e econômico).

Ao Estado cabe respeitar essa decisão. Em verdade, aqueles que enxergam qualquer tipo de limitação à questão por força do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, vislumbram um problema que não existe. A cláusula compromissória apenas institui uma forma de solucionar disputas, enquanto que o que a norma constitucional limita é a vedação ao acesso à justiça.

E, vale frisar, a convenção de arbitragem não veda o acesso à justiça do Estado, ao revés, indica a opção⁸ das partes pela via arbitral, cujo diferencial é a celeridade e confiança nos árbitros.⁹

⁸ Não iremos tratar deste assunto no decorrer desta exposição, mas muito se debate sobre a chamada arbitragem obrigatória. A doutrina é unânime em rejeitar a sua constitucionalidade, mas aqui vale chamar a atenção que esta questão em nada se relaciona com o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, mas, isso sim, com a liberdade de contratar. Talvez a matéria deva ser melhor apreciada sob o ponto de vista dos contratos adesivos e dos vícios de declaração de vontade no âmbito dos negócios jurídicos. O fato a se notar é que a chamada *arbitragem obrigatória* é fato existente já há algum tempo. No âmbito do direito desportivo há o CAS. No âmbito do novo mercado, nenhuma empresa é admitida deste segmento se não houver, no estatuto social, cláusula compromissória como foro competente para dirimir os conflitos existentes no seio de determinada companhia. Outro exemplo são as empresas que atuam no mercado de algodão. Os contratos, padronizados e elaborados pelas corretoras que intermedeiam as negociações, prevêm sempre arbitragem e, mais, elegendo de forma obrigatória sua própria Câmara. E não se tem notícia de que o mercado, nesses segmentos da economia, tem se ressentido de qualquer ilegalidade, ou de que o Poder Judiciário ou o Ministério Público, por exemplo, tenham sido instados a adotar as medidas pertinentes, se é que, nestes casos, alguma medida *pertinente* seja cabível. O que parece é que o fato econômico, a harmonia e o controle das decisões no âmbito desses setores da economia, tenham motivado medidas neste sentido, o que nos parece, pelo menos a primeira vista, compatível com autonomia privada.

⁹ O postulado da confiança é o princípio motor da arbitragem. Interna corporis, a estrutura da arbitragem vincula-se à autonomia privada, mas seu mote é a confiança que as partes depositam no árbitro enquanto terceiro estranho à relação jurídica e que irá decidir com especial qualidade

4. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA ARBITRAGEM

Nelson Nery Junior¹⁰ indaga qual a diferença existente entre a sentença arbitral e a judicial para responder que ambas “constituem exteriorização do poder jurisdicional. Apenas se distanciam quanto ao aspecto *confiança*, que preside o negócio jurídico de compromisso arbitral, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença é imposta coativamente aos litigantes”.

Depurando o conceito da *confiança* no âmbito da cláusula compromissória, Rodrigo Garcia da Fonseca¹¹ anota que “o pacto da convenção de arbitragem – autônomo em relação ao pacto principal – é um ajuste impregnado da noção de boa-fé e de cooperação entre as partes. Eleger o juízo arbitral para a solução de litígios é, em princípio, uma opção feita no interesse de ambos os contratantes, e difere fundamentalmente de outras cláusulas que se caracterizam pelos interesses contrapostos de um e de outro. Enquanto uma cláusula de preço é nitidamente uma cláusula na qual os interesses divergem – (...) – a convenção de arbitragem não se destina a dar vantagem a um contratante sobre o outro, e normalmente poderá ser uma cláusula mutuamente vantajosa”.

Esse mesmo autor menciona ainda que a escolha da arbitragem traz uma “vantagem informacional” para a solução do litígio, e transcreve a lição de José Emílio Nunes Pinto, para quem “pode-se afirmar com segurança que a escolha da arbitragem obedece, ainda que não exclusivamente, mas, em grande parte, a considerações de natureza econômica da transação. Esta é a razão pela qual vimos afirmando que a escolha pela arbitragem para a solução de controvérsias contratuais é elemento integrante da equação de equilíbrio econômico do contrato”.

e, também por isso, com celeridade. A finalidade última da arbitragem não é decidir rápido. Justiça célere e de má qualidade presta um péssimo serviço à sociedade e à estabilidade das relações sociais. O que as partes buscam, antes de tudo, é um meio de construção de soluções que seja imune a interesses espúrios e especialista na matéria controvertida.

¹⁰ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, p. 73-74.

¹¹ O princípio da competência-competência na arbitragem – uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação* 9/294, ano 3, São Paulo, RT, 2006.

Imperativo que a questão seja visualizada sob o prisma da autonomia da vontade. Carlos Alberto Carmona,¹² do modo incisivo que lhe é peculiar, afirma que: “A Lei de Arbitragem está centrada numa pilastra importantíssima que é a autonomia da vontade. Mas autonomia com responsabilidade, o que tem preço. Em termos vulgares, quem disser: ‘quero arbitragem’, não se livra mais dela, a não ser que os dois contratantes resolvam, consensualmente, abandonar a via arbitral em prol da solução negociada ou da solução judicial.”

E finaliza seu pensamento da seguinte maneira: “Enfim, vale aqui a máxima popular: o combinado não sai caro! Estejam pois os advogados atentos ao problema para que o árbitro foque sua atenção sobre o que realmente conta, ou seja, dirija seus esforços para a solução do litígio, ao invés de ocupar-se com quizilas processuais.”

Toda a celeuma que existe na interpretação desta específica questão contratual (convenção de arbitragem) reside no receio de tolher das partes um direito conquistado pela humanidade ao longo dos anos e com o custo de algumas revoluções.

Contudo, é razoável entender que o Estado assistencialista apresenta um custo que o desenvolvimento financeiro não iria suplantar, e a estrutura judiciária não é capaz de resolver esse importante e fundamental problema do acesso à justiça, de modo que formas alternativas de solução de controvérsias são a saída mais justa e racional de que se pode cogitar.

4.1 Os terceiros em relação à Convenção de Arbitragem

É por isso que temas ainda dormentes em nossa doutrina e jurisprudência, como o instituto da extensão da cláusula compromissória, ou do compromisso arbitral, a terceiros não firmantes, seriam mais corretamente analisados sob o prisma contratual, obrigacional, e não sob um ponto de vista impregnado de preconceitos e desfocado de sua realidade.

Não fosse assim e essa matéria seria resolvida por uma máxima pré-estabelecida e resumida da seguinte forma: *aquele não manifestou, de forma expressa e por escrito, desejo de recorrer à via arbitral, não pode ser compelido, contra a sua vontade, a*

¹² O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação* 1/22-23, ano 1, São Paulo, RT, 2004.

assim proceder, sobretudo por consistir num preceito constitucional consubstanciado em uma cláusula pétrea (art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal).

Todavia, importante é concluir que doutrina e jurisprudência não conseguem se desvencilhar desta análise, o que acaba por constituir um problema fundamental ao desenvolvimento do instituto e correta apreensão do que é a convenção de arbitragem.

Assim é que o art. 9.º da Lei 9.307/96, em seus parágrafos primeiro e segundo, ao solenizar a forma pela qual a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral devam ser celebrados parece ter se prendido a um conceito de garantia constitucional do acesso à jurisdição que não é, ou pelo menos não nos parece ser, atualmente, a forma mais apropriada de se tratar o instituto.

A lei parece ser até mesmo contraditória, na medida em que o compromisso arbitral (*aquele firmado com vistas a um conflito específico*) requer a assinatura de duas testemunhas, consoante disposto pelo art. 9.º, § 2.º, da Lei 9.307/96, e a cláusula compromissória não, sendo esta a disposição contratual firmada para fins de todo e qualquer conflito que possa se originar de determinada relação obrigacional (art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.307/96).

De fato, a preocupação que se tem em relação à “renúncia” à jurisdição do Estado prende-se a uma idéia que não nos parece ser a mais adequada e que está ligada à pecha de ser a chamada justiça privada uma limitação ao exercício da jurisdição e acesso do jurisdicionado a ela, e daí todos os cuidados que se deveria ter.

Tudo em decorrência de que os mecanismos substitutos e supressores da jurisdição estatal são vistos sob o viés da renúncia e não da opção. É por isso que este termo, opção, deve ser repetido à exaustão, como se fosse um *mantra* dotado de força modificadora de conceitos e extirpadora de preconceitos.

Repita-se, pois. Não se trata de renúncia, mas de uma opção que as partes exercem de forma legítima dentro de sua esfera privativa de liberdade. Como vimos, a sentença dos árbitros não é oponível ao Estado e ao interesse público; sua validade está condicionada ao respeito à *ordem pública*.

Isso não implica qualquer limitação, ao contrário, significa que a liberdade das partes deve ser respeitada de forma a conferir ao instituto a interpretação mais extensiva possível, até a fronteira do que se entende por ordem pública, sendo esse o verdadeiro limite da liberdade das partes. Respeitados estes lindes, a convenção de arbitragem deve

imperar como absoluta. Nesse sentido a ementa da decisão liminarmente proferida pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, da lavra da Ministra Fátima Nancy Andrigui:

“Processo civil. Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Contrato de compra e venda de ações de companhia. Estipulação de preço variável e inclusão de cláusula arbitral. Ausência de pagamento do preço variável, pela alegação, da compradora, de que as condições para tanto não se implementaram. Propositura, pela credora, de ação de execução. Instauração, pela devedora, de procedimento arbitral. Suspensão da execução.

– *É competente para decidir as questões de mérito relativas a contrato com cláusula arbitral, a câmara eleita pelas partes para fazê-lo. Tal competência não é retirada dos árbitros pela circunstância de uma das partes ter promovido, antes de instaurada a arbitragem, a execução extrajudicial do débito, perante juiz togado.*

– *Tendo em vista a competência da câmara arbitral, não é cabível a oposição, pela devedora, de embargos à execução do débito apurado em contrato. Tais embargos teriam o mesmo objeto do procedimento arbitral, e o juízo da execução não seria competente para conhecer das questões neles versadas.*

– *A câmara arbitral é competente para decidir a respeito de sua própria competência para a causa, conforme o princípio da Kompetenz-Kompetenz que informa o procedimento arbitral. Precedente.*

– *Estabelecida, pela câmara arbitral, sua competência para decidir a questão, a pendência do procedimento equivale à propositura de ação declaratória para a discussão das questões relacionadas ao contrato. Assim, após a penhora, o juízo da execução deve suspender seu curso, como o faria se embargos do devedor tivessem sido opostos.*

Precedentes. Medida liminar deferida.” (Medida Cautelar 13.274/2007 – Decisão proferida em 20.09.2007)

Voltando à questão da forma escrita, da solenidade de que se revestem a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conclui-se que esta questão, tendo conteúdo obrigacional, e não de excepcional exercício de um direito por força do que preceitua o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, revela a necessidade de um tratamento mais consentâneo com a realidade dos negócios.

De toda forma, o fato é que atualmente doutrina e jurisprudência entendem como indispensável a forma escrita, como nesse acórdão relatado pela professora Rosa Maria

de Andrade Nery, em que a ausência de instrumento escrito gerou o prosseguimento de determinada ação para a qual não concorria o óbice do art. 267, VII, do Código de Processo Civil. Veja-se a seguir:

“Prestação de serviços – Contrato celebrado e execução iniciada. Instrumento escrito não assinado pela autora. Alegação de existência de cláusula compromissória. Ação extinta em primeiro grau, sem julgamento de mérito, por causa da legada existência de compromisso arbitral. Situação, entretanto, em que se verifica que o compromisso não foi celebrado na forma prescrita em lei e, nessa parte, o pactum de compromittendo não existe para os efeitos reconhecidos na sentença. Inteligência do CC 104 III c/c a LArb 4.º § 1.º. Recurso provido pra que a ação prossiga e seja julgada pelo mérito.” (Recurso de Apelação 980.401-0/8, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP)

De fato, outros vínculos obrigacionais existem que não dependem de forma especial, ou que vinculam terceiros (o novo paradigma do postulado do princípio do relativismo contratual) sem que haja qualquer solenidade. Lidam com direitos que, por seu conteúdo ou pela sua expressão econômica, por exemplo, poderiam reclamar forma especial, mas não é o que ocorre.

A posição do terceiro, a seu turno, toca outro ponto que não a prova da cláusula compromissória. A vinculação da convenção de arbitragem ao terceiro é ditada por preceitos ligados ao aspecto volitivo desta modalidade contratual.

Com relação a estes, não firmantes, é de pensar num critério jurídico que possa lhes estender o efeito de um acordo a respeito do qual não manifestou, de forma consciente, expressa e positiva, a intenção e desejo de firmar, mas que assumiu, pelas circunstâncias negociais, uma série de riscos. Muito embora não seja o objeto deste estudo a análise da posição do terceiro frente a esse contrato (*ou cláusula contratual*), é de se pensar nos postulados da conservação dos negócios jurídicos e no dever de colaboração.

A convenção de arbitragem deve ser entendida antes como uma forma de se preservar a própria relação contratual cujos efeitos expansivos tenham uma abrangência que transborda os limites subjetivos das “partes” do contrato, e não como um fator de limitação a um direito constitucional.

A arbitragem é uma forma especial de acesso à jurisdição, que por sua vez será prestada sem qualquer ofensa ao art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, e de acordo com o regime jurídico instaurado pela Lei 9.307/96.

O fato, todavia, é que a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a manifestação de vontade há de ser expressa e consciente, ainda que de forma indireta, por algum meio inequívoco, ou seja, por meio de algum escrito que a parte recalcitrante em aderir à arbitragem tenha produzido. Nesse sentido, entendeu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (SEC 856/GB, j. 18.05.2005), que: “Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória.”

Em outro precedente oriundo da Grã-Bretanha, decidiu-se que a cláusula compromissória inserida em contrato cuja nulidade fora suscitada como decorrência de conluio entre as pessoas “signatárias” para fins de se fraudar as partes contratantes, entendeu-se que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual está inserida.

4.2 O postulado da competência-competência

Nesse passo, toca-se em outra importante questão: O postulado da competência-competência. Trata-se de um princípio basilar e que é a reserva de autonomia do instituto como um todo, uma proteção a ingerências externas que pudessem afetar, indiscriminadamente, o procedimento arbitral, mais especificamente a autonomia de vontade das partes contratantes.

O art. 8.º, *caput*, da Lei 9.307/96, estatui que: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

À exemplo do que ocorre na esfera judicial, o postulado *kompetenz-kompetenz* é a pedra de toque da arbitragem. Nele está depositada a reserva de competência dos árbitros como forma de proteção e garantia da autoridade de sua jurisdição e da autonomia de vontade das partes contratantes.

No entanto é de se atentar para o termo “necessariamente” que consta da norma supra transcrita. Aqui vale a máxima interpretativa de que a lei não contém palavras inúteis. De fato, a arbitragem talvez possa ser a via adequada para se avaliar eventual nulidade, ineficácia ou inexistência contratual. Mas pode não o ser.

Tudo dependerá de um fator simples, qual seja, o de analisar se causa de nulidade do contrato, por exemplo, é também uma causa de nulidade da cláusula compromissória. No exemplo acima citado, em que o contrato possuía um vício em sua origem, com finalidade fraudulenta, concluiu-se que a cláusula compromissória não era nula.

Para essa aferição deverá o intérprete levar em consideração a boa-fé contratual, as circunstâncias negociais, enfim, uma série de fatores para se atestar se há ou não essa coincidência de causas. Gustavo Tepedino,¹³ analisando o tema, conclui de forma aberta e permissiva, em nosso entender ampliando de forma demasiada o controle da cláusula compromissória: “Em síntese: o único entendimento possível, à luz dos valores constitucionais e da Convenção de Nova Iorque, é o de que a análise da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória não constitui matéria de competência exclusiva dos árbitros, mas submete-se, paralelamente, à competência do Poder Judiciário. Deste modo, à parte que se sente prejudicada pela instituição, efetiva ou potencial, de arbitragem, reserva-se sempre a possibilidade de recorrer diretamente ao Poder Judiciário com vistas a eximir-se da aplicação da cláusula compromissória inexistente, inválida ou ineficaz.”

Realmente demanda algum esforço saber qual o limite e extensão desta reserva em que se constitui o art. 8.º, *caput*, da Lei 9.307/96, mas talvez seja forçoso concluir que o legislador pretendeu, de um lado, afastar ingerências, e, de outro lado, prestigiar a competência dos árbitros.

Em que pese haver posições doutrinárias no sentido de que nos casos em que o vício do contrato for comum à própria cláusula compromissória, melhor entender que mesmo nesses casos, em que a incompetência dos árbitros é absoluta, cabe a ele reconhecer tal fato, o que, de resto, ocorre também na via judicial.

Ainda que não se possa simplesmente repetir no processo civil o que ocorra ou deva ocorrer no processo arbitral, é fato que esta matéria envolve um autêntico intercâmbio entre as disciplinas, de forma que a regra que vale para o processo judicial serve para explicar o fenômeno que, pela identidade da situação, deve ocorrer no processo arbitral. Em nosso sentir esta é uma situação em que a melhor opção é a radicalidade, caso contrário a conclusão é que caberá ao juiz estatal decidir o que é e o que não é vício

¹³ Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. *Arbitragem no Brasil* – aspectos jurídicos relevantes, obra coletiva coordenada por Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 162.

capaz de afastar a competência dos árbitros. Tal é o limite que a atividade investigativa do juiz estatal possui em razão do postulado da competência-competência, que Carlos Alberto Carmona¹⁴ cita Emmanuel Gaillard para concluir que somente os vícios “aberrantes” e cognoscíveis de plano poderiam ser objeto de deliberação judicial.

Vale transcrever a sua lição: “A doutrina, de qualquer forma, ainda não tem posicionamento firme no sentido de identificar com exatidão quais os limites dos poderes investigativos do juiz acerca da invalidade da convenção de arbitragem. Emmanuel Gaillard sugere que o juiz só possa declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível *prima facie*, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame. Parece que o ilustre professor parisiense tem razão, já que a limitação da cognição do juiz apenas a aspectos que desde logo pode detectar, sem maiores indagações (cognição sumária, portanto), harmoniza-se com o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* adotado pela lei. Se assim for, poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral.”

A ponderação deve ser vista com reservas. O vício que causa discussão doutrinária é aquele intrínseco ao documento. No que se refere à matéria o tema da arbitrabilidade objetiva pode ser objeto de controle jurisdicional, como por exemplo, a hipótese citada por Carlos Alberto Carmona em relação aos direitos indisponíveis. Trata-se do fato acima mencionado de que a arbitragem é tangenciada pela ordem pública, conceito inerente à arbitragem e que lhe dá validade.

Há uma diferença entre a matéria que é objeto da arbitragem ser suscetível de decisão por árbitros e o instrumento que respalda esta opção das partes pela via arbitral conter algum vício.

Num caso cuida-se do fato que gera a sua competência, o outro do modo como esta competência será exercida, ou seja, a lide em vista da qual o árbitro ou os árbitros serão investidos de Poder jurisdicional. Por essa exata razão é que entendemos caber aos árbitros decidir sobre a *existência, validade e eficácia* do contrato que lhe outorgou

¹⁴ *Arbitragem e processo – um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 162.

competência, salvo raras hipóteses em que a nulidade seja patente, v.g., contrato assinado por incapaz ou simplesmente não assinado (e desde que a manifestação de vontade não possa ser inferida de outros escritos, de outras provas documentais). Aqui impera absoluto o postulado *kompetenz-kompetenz*.

Portanto, talvez o reconhecimento *prima facie* da nulidade, ou melhor, a necessidade de instrução probatória seja o *discrímen* mais adequado a ser adotado.

De outra banda, para os casos em que a competência não esteja considerada em si mesma, mas em razão da matéria, daí entendemos que o controle da ordem pública estará, por força de lei, sujeita ao controle jurisdicional do Estado.

De forma conclusiva, é importante ter em mente que o instituto é ainda novo entre nós, e as soluções almejadas não devem ser perfeitas, ideais, mas *ótimas*, e aqui utilizamos uma expressão utilizada pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier em seus estudos para se referir ao fato de que o Direito é uma ciência social, e por isso dinâmica, sendo impossível construir o sistema à luz de critérios matemáticos e supostamente previsíveis nas ações e reações que pode gerar.

Assim, é razoável que nesta questão específica esse seja o ponto de partida a partir do qual a experiência social dirá, como o tempo, os ajustes necessários, bem assim os erros e acertos na exegese feita pela doutrina e jurisprudência.

Bem se vê que a noção de ordem pública é percebida, pela doutrina e jurisprudência de nossos tribunais, como algo a se temer, e não a se trabalhar em conjunto, em convívio harmônico. É comum, em congressos e encontros promovidos por especialistas e instituições que fomentam o instituto da arbitragem discutir-se sobre os cuidados que os árbitros devem ter na condução dos trabalhos de modo a não incorrer em uma sentença nula por violação ao devido processo legal.

Pergunta recorrente atina com o indeferimento das provas inúteis, o que, no processo civil, está relacionado com o art. 130, *parte final*, da Lei Processual. O que se percebe é que os chamados “arbitralistas”, de um modo geral, ressentem-se da falta de autonomia que sentem pela sempre presente possibilidade de quebra do devido processo legal.

A construção do processo arbitral passa pela emancipação do procedimento como um todo, devendo-se respeitar a soberania e tomadas de posições, sem procurar a perfeição, à exemplo do processo civil, impregnado de erros, acertos e melhoramentos que formam um verdadeiro organismo em constante evolução e contato com o mundo sensível.

Formatado: Fonte: Itálico

5. AS CHAMADAS CLÁUSULAS “CHEIA” E “VAZIA”

Questão oportuna diz respeito com a cláusula “cheia” e a cláusula “vazia”, esta prevista no art. 6.º, da lei de regência, aquela no art. 5.º da Lei 9.307/96. Havendo cláusula cheia, passa o regulamento a fazer parte do contrato firmado entre as partes, gerando, também ele, direitos e deveres às partes. No caso de a cláusula ser vazia há a necessidade de as partes estabelecerem o rito processual a ser seguido.

As imperfeições do compromisso firmado a partir de cláusula vazia geram, no máximo, perda de tempo com a necessidade de se recorrer ao juiz competente no caso de a parte contrária resistir a firmar novo documento sem as patologias do anterior, fato esse, ademais, que pode ser facilmente resolvido por meio de fixação de multa contratual e, pelo juiz, por via da concessão de liminares quando o caso reclamar provimento desta natureza.

Mas a questão fica mais tormentosa quando em mira a cláusula cheia. A doutrina tende a concluir que a eleição da instituição que irá gerir o procedimento é parte indissociável da cláusula compromissória, de forma que eventual problema com o órgão eleito pelas partes pode comprometer a opção pela arbitragem como um todo.

Algumas hipóteses podem ser figuradas: (i) patologia do próprio regulamento, que deixa de prever, por exemplo, qual o procedimento a ser adotado no caso de uma das partes se recusar a indicar árbitro; (ii) instituição que, após ser nomeada pelas partes, encerra suas atividades; ou (iii) Câmara que muda-se de Estado e passa a prever, em seu regulamento, proibição de gerir procedimentos fora do Estado em que sua sede está localizada; entre vários outros exemplos que se possa imaginar.

No caso de a cláusula cheia tornar-se impraticável pela extinção da Câmara, talvez seja o caso de converter o negócio para o sistema da cláusula vazia, aplicando-se analogicamente o art. 170, do Código Civil, que trata do princípio da conservação dos negócios jurídicos, e que está assim vazado: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam às partes permitir supor que o teriam querido se houvessem previsto a nulidade.”

Ou, de modo mais próximo, separar-se o que seja obrigação de contratar em relação à arbitragem em si, do seu procedimento, que é tarefa das partes estatuir no caso de cláusula vazia, ou já “referido” em contrato por via da cláusula compromissória cheia, que as remete a uma determinada instituição. É a regra do art. 184, do Código Civil:

“Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudica na parte válida, se esta for separável; a invalidade das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

Há também os casos em que as partes prevêm um sistema de instauração da arbitragem, como nas cláusulas escalonadas (*med-arb*), ou de nomeação de árbitros, em que sua função não pode ser transmutada para tornar o procedimento arbitral um fim em si mesmo e evitar a arbitragem, algo que mais se assemelharia à reserva mental.

Parece-nos totalmente inadequado entender que a sorte da cláusula compromissória esteja atrelada a um caso fortuito, cujo evento foi causado por um evento futuro e incerto, muitas vezes improvável, ou motivado por ato de um terceiro estranho à relação contratual.

De igual maneira, deve-se evitar o desvio da boa-fé contratual, tal qual contido no art. 422, do Código Civil, de modo que erros formais e vícios sanáveis em vista da base negocial não seja motivo para se frustrar a instauração do juízo arbitral, cuja finalidade é melhorar o acesso à justiça e o aspecto qualitativo e temporal da prestação jurisdicional.

A cláusula compromissória firma a obrigação de as partes recorrerem à arbitragem como forma alternativa de solução de seus conflitos. Sua motivação é a *confiança* no terceiro, ou nos terceiros que, especialistas na matéria, encontrarão a solução *ótima* para o caso.

Assim, a eleição da instituição que irá gerir o procedimento tem a sua importância, mas não tem o condão de resumir a cláusula compromissória à sua existência, de modo que nesse tocante ela é válida tanto quanto for útil ao procedimento. Sua finalidade é instrumental, e a opção pela arbitragem, ao menos nas arbitragens domésticas, não passa pela confiança que as partes têm na instituição eleita por ambas.

Raciocinar deste modo é aplicar a regra do art. 112, do Código Civil, que assim dispõe: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

O professor Irineu Strenger,¹⁵ em seus *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*, cita alguns exemplos de patologias curáveis e incuráveis e a solução jurisprudencial para casos pontuais. No que se refere ao aspecto formal da convenção de arbitragem, poderá

¹⁵ *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998, p. 40.

que “sem desconhecer a preeminência do caráter contratual da arbitragem ou a necessidade de acordo inequívoco entre as partes, os tribunais têm sido suficientemente atentos às necessidades do comércio e às práticas da vida dos negócios na conclusão dos contratos, para não paralisar a execução das sentenças, acedendo às freqüentes alegações de existência da convenção arbitral, privilegiando os usos e o profissionalismo dos operadores”.

E conclui com a seguinte proposta: “Em conclusão, é sempre admissível que se tente ‘curar’ a cláusula patológica, quando esta não impeça a formulação nítida da vontade das partes, circunstância em que se devem desprezar os vícios decorrentes de irregularidades formais.”

6. À GUIZA DE CONCLUSÃO

Sem nos desviar do ponto sob discussão, é indubitável, portanto, que o requisito formal da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, de estarem contidos em escritos e, no caso da *convenção de arbitragem*, acompanhado de assinatura por duas testemunhas, parece decorrer de uma tradição que não tem mais espaço para sobreviver no atual cenário sócio-político-econômico-jurídico em que vivemos.

Nessa linha de pensamento, e com o claro intuito de pensar o que seria a *ordem pública* na arbitragem, e aqui nos reportamos ao âmbito processual, de se questionar se as partes podem dispor, e em qual medida, de alguns dogmas constitucionais. Para tanto, vale referir especialmente ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Cuida este dispositivo do princípio da motivação das decisões judiciais. Em alguns países, como na Suíça, em que a legislação o permite, podem as partes dispensar os árbitros de motivar a sentença arbitral. O fazem por duas razões simples, e bastante racionais: *Confiança e economia*, esta em sentido financeiro e temporal.

Da primeira decorre a segunda. Ou seja, qual seria o sentido de se consumir tempo com a elaboração da sentença, com relatório e motivação, e também ver elevados os custos com honorários dos árbitros e taxas devidas à instituição que gere o procedimento, se as partes têm *confiança* nos árbitros?

O fato é que uma sentença assim formatada não seria homologada em nosso país justamente por desatendimento a um preceito de ordem pública em nível processual, qual seja, o postulado da motivação das decisões judiciais.

Encontramos também neste exemplo uma amostra de como a ordem pública atua em culturas diferentes, e, particularmente no Brasil, como a visão do instituto por estar desfocada em virtude de uma regra geral que não se aplica a situações especiais.

A sentença arbitral não é uma sentença judicial. Possui o mesmo efeito, características bastante parecidas, mas sua essência é contratual, tanto que o juiz estatal não pode funcionar como árbitro, tampouco a estrutura do Estado pode ser utilizada para fins privados como o é a arbitragem.

O controle da ordem pública deve estar contido na forma como o procedimento se desenrolou, na matéria litigiosa, na capacidade das partes em contratar, mas não na produção da decisão em si, na sua estrutura enquanto sentença. Talvez essa idéia seja um pouco mais difícil de se assimilar no tocante às arbitragens internas, mas a situação muda de figura nas arbitragens internacionais.

O Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a missão constitucional de homologar sentenças estrangeiras, arbitrais ou não, faz um juízo de *delibação* acerca do documento que se lhe apresenta, sem adentrar o mérito da decisão, por óbvio.

A motivação, em si mesma, não prejudica esse juízo, de modo que impor a sua existência como forma de tutela e limitação da autonomia privada em clara atitude paternalista do Estado não é a solução ideal. Rios de tinta já se verteram sobre o tema, sendo cerebrina a conclusão de que *a motivação é a expressão máxima do postulado do contraditório*.

Todavia, o que não se admite é que ao jurisdicionado seja tolhido o direito a uma sentença estruturada de acordo com o que a lei dispõe, mas parece ser totalmente prudente aceitar que a parte renuncie a esse direito, o que pode fazer não como forma de se auto-condenar a uma arbitrariedade, mas sim como uma opção madura na condução de seus negócios.

A motivação é também, portanto, um direito renunciável, idéia essa que se prende à correta percepção do que seja a convenção de arbitragem e sua natureza contratual.

Talvez a única medida prudente que a parte deva adotar seja a de cuidar para que outros vícios, como o cerceamento de defesa, falta ou nulidade (=inexistência) de citação, não acabem por viciar todo o procedimento, o que pode ser sanado pelo relatório e demais documentos que formam o procedimento arbitral.

De tudo o que foi proposto acima percebe-se que a vocação contratual da convenção de arbitragem é que define a sua interpretação e entendimento de seus limites e

características, bem como a forma de se curar as suas patologias e de se entender qual o real limite à autonomia privada das partes.

Essencial, em matéria de arbitragem, aplicar os processos de interpretação do negócio jurídico, as fases recognitiva (quando se entende qual a vontade das partes) e integrativa (quando se entende o sentido do negócio entabulado), para o que o postulado da boa-fé contratual é o guia para a mais correta percepção da vontade das partes.

7. Bibliografia

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

_____. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação* 1, ano 1. São Paulo: RT, 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem – Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação* 9, ano 3. São Paulo, RT, 2006.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1955. vol. 1, t. I.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In Luiz Fux; Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal*. In: Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (Coords.). *Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

YARSHEL, Luiz Flávio. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.