

O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da lei n. 9.307/96 (Parte I e II)

Pedro A. Batista Martins

1. Liberdade: eis o temor da contracultura arbitral (à guisa de introdução).

Não é sem reação que vemos reaparecer, fulgurante, o princípio da autonomia da vontade, componente limitativo - pois, reprimido pelo direito obrigacional - da liberdade de contratar.

Se esse surgimento se justifica na medida do retorno do Estado as suas aptidões básicas e necessárias, suas agruras resultam dessa mesma situação ou causa.

Órfãos do estatismo, seja por impertinência, misoneísmo ou insegurança, negam-se a enxergar o exaurimento da proteção social pela via do Estado-Providência. Com isso, tornam-se incapazes de detectar o florescer de nova era pautada pela valorização do ser humano e naquilo que lhe é mais profundo: a fraternidade, a solidariedade.

As concepções contemporâneas voltam-se para o meio ambiente e para o patrimônio da humanidade. O direito ao desenvolvimento harmônico é a tônica e o ser humano passa a ser encarado como valor a prestigiar.

O indivíduo, como plena razão e em busca do tempo perdido, exige maior participação na vida social, política e econômica e, também, maior e melhor prestação do Estado na concretização de seus interesses.

Em suma, como vítima do intervencionismo estatal, reclama efetiva e ampla participação e, como usuário dos seus serviços, repele a inatividade do Estado.

O recuo da intervenção estatal, através da desregulamentação de vários setores de nossa economia e da desestatização operada no seio dos entes corporativos, coaduna-se com essa perspectiva social ao ampliar, consequentemente, o campo de atuação dos interesses particulares.

Com essa abertura, ao cidadão foram conferidos maiores direitos e deveres, mas, sobretudo, assegurando-lhe ganho na liberdade.

Mas essa realidade, per se, não basta para clarear a visão turva daqueles que viveram suas vidas sob o manto do estado-pai-de-todos. Apesar de insólita, essa falta de percepção às consequências dos atos e fatos correntes não é de se estranha, pois antagonizam (por aversão à nova realidade) com seu extremo oposto, de forma linear.

A barreira psicológica não se põe em razão do surgimento de nova hegemonia principiológica, mas, sim, na convivência com a liberdade.

Sem amarras, crescem as oportunidades e os direitos. Mas isso não é satisfatório ou motivo de orgulho para alguns, pois, sem a bengala estatal, para eles, surgem, tão-somente, os deveres e as

responsabilidades. Ou melhor, a insegurança!

O ponto nevrálgico da questão é a liberdade. Saber ser livre, ao que parece, é um dom. Se, por um lado, o conceito de liberdade se alarga para açambarcar a privacidade e a intimidade (tidas como o moderno direito natural) de outro, resistências persistem em retroceder esse princípio no campo da cidadania, da participação e da prestação.

Reduzindo o foco da questão à arena do acesso e administração da justiça, é transparente a crise que os povos enfrentam nesse setor dos serviços públicos. Não obstante, a altiva busca na solução desse grave problema social trilha, de tapa olhos, o caminho estatal onde as próprias instituições desaparelhadas seriam os veículos únicos para a viabilização desse direito individual natural.

Não negamos a importância desse viés estatal quando atos desburocratizantes e o afastamento de ritos e formas desnecessários são levados a efeito e resultam na agilização da prestação jurisdicional.

Contudo, discordamos desse viés quando trabalhado de forma a alijar outros mecanismos de solução de conflitos porque dissimula entendimentos de que somos todos órfãos de um ente absoluto por nossa atávica hipossuficiência e, assim só o Estado redime.

Nesse momento, ressalta aos olhos a inexperiência do indivíduo em administrar a própria liberdade. Ademais, não há que se falar que é o Estado que está a impor essa solução, haja vista a amplitude que hoje se confere à jurisdição, não mais vista somente pela ótica jurídica (estatizante), mas, também, pelo seu foco social (pacificação do conflito) bem como pela publicização da justiça que se vislumbra.

De fato, há um nóculo de desconforto no trato da liberdade. Há, de resto, uma completa e retrógrada mesmice que busca manter arraigada a velha cultura do Estado supridor dos anseios da sociedade, inclusive aqueles menos apropriados.

Está aí o obstáculo ao pleno implemento dos meios alternativos no Brasil, como a arbitragem.

Este instituto tem, em sua essência, a tônica que está, inclusive, assegurada por lei ao cidadão.

Esse espaço liberal é reserva legal de manifestação voluntária da vontade individual que o regula, de acordo com o consenso, e se sobrepõe - e se contrapõe - ao poder estatal, justamente por tratar-se de interesses disponíveis, renunciáveis in totum pelo cidadão.

Contudo, de bom alvitre salientar que a salvaguarda do direito à liberdade, na arbitragem, está bem delimitada em seu escopo e não é princípio absoluto, pois cede aos interesses maiores do Estado nos casos de violação dos princípios de ordem pública.

Essa linha de distinção entre a liberdade individual e os direitos da sociedade se realça na vedação de adoção desse instituto quando se tratar de questão de caráter indisponível ou nos casos em que o ajuste é imposto via contrato de adesão.

Vê-se que a arbitragem une os valores da liberdade e os conceitos do Estado soberano.

Esse campo de liberdade se alia à garantia de confidencialidade e ao direito à privacidade, elementos implícitos ao contemporâneo princípio do *due process of law*.

Informação é poder - que liberta ou aprisiona - daí estar elevada à categoria dos direitos individuais elencados em nossa Constituição. Não é sem razão que a confidencialidade é da própria natureza do instituto arbitral.

Entendemos que a rédea negativa da liberdade deve ser dosada com o grau de hipossuficiência que envolve o indivíduo.

Se o conhecimento é suficiente e as forças são razoavelmente equilibradas, descabe interferência do Estado na regulamentação direta nas relações jurídicas privadas.

Já é momento de liberarmos a sociedade dos dogmas passados e paternalistas onde sobrepujava o Estado-Providência para que o indivíduo adentre, com direitos e deveres, o campo da liberdade onde se aflora a autonomia da vontade.

Até porque o Estado contemporâneo desenvolve-se com a cidadania exercida por seus nacionais e a participação destes nos destinos sociais, inclusive no que tange à administração da justiça.

A comunidade moderna não convive com a inatividade estatal e clama por maior participação, levando o Estado a exercer papel de supervisor das práticas cidadãs e a ampliar a delegação dos poderes jurisdicionais.

2. O Tema Posto

Nesse quarto ano de vigência nacional da Lei Marco Maciel é salutar a iniciativa de se rever a história da aplicação dos seus dispositivos legais sob o ângulo judicial.

Não só pelos seus efeitos práticos e teóricos, mas, sobretudo, porque a propagação da utilização do instituto arbitral depende, sobremaneira, do apoio dos diversos Tribunais do País.

A cooperação do Judiciário é requisito fundamental ao implemento da arbitragem no Brasil e marca de segurança que os interessados buscam para usufruírem com tranquilidade da jurisdição privada.

O "gargalo" do instituto sempre foi nos países em que o sistema arbitral é visto com desconfiança, o ponto de contato e confluência com o órgão estatal de justiça.

O Judiciário brasileiro (e também a doutrina), com raras exceções, sempre maltratou o instituto na sua origem. A cláusula compromissória jamais produziu qualquer efeito de direito, natimorta que era sua estipulação. Sem falarmos nas considerações de inconstitucionalidade que grassaram no meio jurídico por mero descuido exegeta do dispositivo inserido, primeiramente, em nossa Carta Liberal de 1946 (art. 5, XXXV, CF 1988).

Entretanto, podemos afirmar que os tempos mudaram e os ventos da modernidade que sopram alhures também ventilam a paisagem jurídica brasileira.

Espantoso notar a profusão de livros editados ao longo desses quatro anos da lei que dispõe sobre a arbitragem. E os artigos, teses e estudos realizados ao redor do tema!

Quantas instituições de prestígio histórico e renome nacional dedicaram atenção a esse meio de solução de conflitos e constituíram suas câmaras e centros de arbitragem! Comissões de juristas elaboraram regulamentos-modelo para a prática arbitral e de conduta ética para o exercício das funções de árbitro.

Cursos, conferências e congressos difundiram o instituto, incessantemente, desde a publicação da Lei Marco Maciel, com o apoio, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça e de alguns tribunais de justiça estaduais.

Interessante registrar o incremento das Câmaras de Arbitragem voltadas para as causas empregatícias e o Convênio celebrado em 2-04-2000 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, sua Escola de Magistratura e o CAESP - Conselho Arbitral do Estado de São Paulo, com o objetivo de desenvolver a cooperação técnica e jurídica entre as partes, na promoção de estágio a acadêmicos de direito vinculados à Escola de Magistratura do TRF da 2ª Região, e o compromisso dessa entidade arbitral de ministrar aulas sobre arbitragem na seara trabalhista.

Ainda, o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID acaba de acordar o desembolso de recursos visando o fomento dos meios de solução de interesses no Brasil - mediação, conciliação e arbitragem - como alternativas de ampliação do acesso à justiça.

E o Poder Judiciário, como tratou o instituto contido na Lei Marco Maciel? A par da discussão que ainda permanece no seio do Supremo Tribunal Federal, a linha mantida foi a de pleno prestígio à Lei nº 9.307/96, validando a legalidade da arbitragem, conforme tendência do início da década de 90¹, e conferindo eficácia aos seus dispositivos legais, como adiante analisados.

3. A visão da 1ª Instância Judicial

I- A Arbitragem em Sede Cível - Recentemente, em 29-12-99, o Juízo da 27ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo², acatando contestação da ré em que alegava, preliminarmente, a carência da ação diante da existência de convenção de arbitragem, decidiu: "Ante o exposto, com fundamento no art. 267, VII, do CPC, julgo extintos o processo principal e o acessório, sem julgamento do mérito, revogando expressamente a decisão liminar concedida às fls. 159/160 dos autos da cautelara autora pagará as custas, despesas processuais e honorários de advogado que fixo em 20% sobre o valor da causa (a fixação vale para cada processo)".

Como fundamento de sua sentença, o Juízo consignou dois pontos cruciais, a saber:

"Nos termos da própria dicção legal, "A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato" (art. 4º da Lei nº 9.307/96). Observa-se, igualmente, que referida cláusula guarda autonomia em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória (art. 8º da mesma Lei).

Ora, se não há dúvida sobre o conteúdo e interpretação da referida disposição contratual, e se o objetivo

da autora é ver reconhecida suposta concorrência desleal por parte da ré, com conseqüente indenização, dado que em tese teria ela violado a cláusula 16.1, itens "I" "usque" "v", e 15.2, obviamente que a justiça estatal não tem competência para apreciar a lide instaurada.

Não bastasse o fato de a medida cautelar não ter sido requerida por qualquer árbitro (aliás, nem nomeado), somente o mesmo é que pode avaliar sua necessidade (com requerimento da parte interessada) após contraditório da parte contrária em regular procedimento existente ou não."

(a) A Eficácia da Cláusula Compromissória - Há muito aguardava a doutrina fossem validados os efeitos legais da cláusula compromissória, um dos maiores empecilhos à sedimentação da arbitragem no Brasil.

De mero "pactum de compromittendo" que não redundava em qualquer eficácia, essa convenção hoje é suficiente para produzir per se os efeitos de direito a afastar a jurisdição estatal.

De natureza convencional, fundada no consenso, é pacto firmado visando único e comum objetivo.

Não há desse modo, contraposição de interesses, pois os convenientes buscam de comum acordo, o mesmo fim: a derrogação inarredável da jurisdição togada e, conseqüentemente, a solução da disputa por arbitragem.

Ao menos, até o momento da instituição da arbitragem, os interesses são plenamente convergentes. Com a aceitação pelo árbitro do munus publicum, as partes, com certeza, passam a divergir no contraditório.

Tem, assim, a convenção de arbitragem a natureza convencional, produzindo, contudo, efeitos em sede processual.

Com a edição da Lei Marco Maciel, a cláusula compromissória opera eficácia positiva e negativa. A incorporação desses efeitos nobres ao sistema legal arbitral é a pedra angular a validar a tratativa arbitral já na sua origem contratual.

Acordada a cláusula compromissória, sua eficácia desde já se projeta no tempo de modo a assegurar futuro ataque ou resistência à adoção da arbitragem.

Exterioriza-se da eficácia negativa (confirmada pela decisão singular em apreço) o direito da parte em afastar a jurisdição estatal que vier a ser buscada ilegitimamente, e a sua revelia, pelo inadimplente. A regra processual é clara: a existência de convenção de arbitragem acarreta a extinção do processo, sem julgamento de mérito (art. 267, VII, CPC).

O reforço às garantias que moldam o ajuste arbitral salta aos olhos do intérprete ao vislumbrar que a existência de cláusula compromissória pode ser conhecida de ofício pelo juiz togado a par do direito de a conveniente abordar o tema em preliminar (art. 301, §4º).

Trata-se, pois, de matéria cujo interesse é relevante ao Estado não se subsumindo aquele que envolve as partes. Já a eficácia positiva assegura ao credor o resultado almejado com a estipulação da cláusula compromissória.

Assim, havendo resistência da parte em submeter a questão ao juízo arbitral, das duas uma: ou o órgão arbitral processa a instituição da arbitragem, se o conteúdo do dispositivo contratual e o do Regulamento da Câmara contiverem os elementos essenciais para esse fim (caso de "cláusula cheia"), ou a justiça ordinária, ao julgar procedente o pedido, institui a arbitragem, por força do compromisso legal expresso na sentença.

O acesso ao Judiciário perfaz-se pelo caminho da execução específica das obrigações de fazer, dado o contido no artigo 7º da Lei 9.307/96 e no artigo 639 do CPC, redundando, em termos práticos, em declaração expressa de vontade por via de interposta pessoa que concretiza o convencionado, assegurando o resultado prático pretendido pelo credor, em linha com a efetividade do processo.

Para que a cláusula compromissória gere qualquer eficácia, mister a manifestação livre dos convenientes. O consentimento sem vício é da essência do ato jurídico e deve ser levado em consideração no momento em que se pretenda acionar o dispositivo convencional.

No entanto, válido o ajuste firmado espontaneamente pelos contratantes, seu conteúdo e efeito devem ficar a salvo de ataques e contestações. Sua tutela é imperativa nos exatos termos contratados. Nem mais, nem menos. A deturpação do seu conteúdo atinge o seio da autonomia da vontade.

Todo o cuidado é salutar na interpretação do pacto arbitral. Sua eficácia encontra limites de restrições nos comandos de ordem pública.

Daí por que provida de lógica a estipulação que determina seja a cláusula compromissória acordada por escrito. Ademais, frente ao exposto e à eficácia que produz, recomendável seja ela redigida com clareza e objetividade.

O regime jurídico da cláusula arbitral não se distingue, fundamentalmente, daquele que cerca o compromisso, até porque ambos são espécies da convenção de arbitragem. Mas nuances distintas quanto às suas características ainda existem.

Enquanto aquela regra geral se incorpora a um contrato e se aplica a potencial litígio futuro, o compromisso trabalha controvérsia já em erupção, que pode ser de cunho contratual ou extracontratual.

De outro, a eficácia positiva, de grande utilidade no âmbito da cláusula compromissória, perde seu realce quando voltada ao compromisso, pois, com esse, "as partes submetem um litígio à arbitragem" (art. 9º, caput, Lei de Arbitragem). Assim, a cooperação do Judiciário ou da Câmara no processo de instituição da arbitragem é por muitos esquecida ou desprezada, pois, salvo raríssimas exceções (v.g. não aceitação do encargo pelo árbitro indicado), essa eficácia não impõe marcha à sua operacionalização.

Atente-se que o compromisso comporta a fixação concomitante de outras avenças. Afora as condições essenciais, sem as quais o instrumento carecerá de eficácia, e aquelas meramente opcionais que abrigam a livre disposição no interesse exclusivamente privado, os convenientes podem estabelecer outras obrigações, distintas ou correlatas ao objeto do compromisso.

Se não é das formas mais aconselháveis, por outro lado não é vedado; logo, é permitido. Configuram-se documentos de natureza mista e se prestam a regular várias relações jurídicas.

Retornando à decisão sob comento, vê-se que o Juízo "a quo" muito bem trilhou a fundamentação, assegurando eficácia negativa à cláusula pactuada, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, determinando, em consequência, que a violação da cláusula protetiva de concorrência desleal e o arbitramento da respectiva indenização fossem objeto de processo arbitral.

(b) A Abordagem da Regra da Autonomia - Abordou o mesmo juiz singular, ainda que de forma superficial, o conceito da autonomia da cláusula arbitral.

Parece-me que, no caso dos autos, seria desnecessária a menção expressa, ou mesmo tácita, ao artigo 8º da Lei nº 9.307/96, visto que a validade, a existência ou mesmo a ineficácia da cláusula compromissória não foi posta em questão.

Tampouco, em princípio, foi arguida a nulidade do contrato onde se encontrava inserida a cláusula arbitral.

Contudo, pela extensão de seus efeitos e pela objetividade da regra expressa na lei, o artigo 8º impressiona e, sub-repticiamente, há de tocar os mais apressados em angariar suficientes fundamentos para seus pleitos.

Entretanto, no caso dos autos em análise, ao menos pela leitura do contido no relatório, não era de se aplicar, tampouco imperativo referir-se expressamente, ao mencionado dispositivo legal.

Se a análise não contempla vício de convenção ou do contrato, a produção dos efeitos da cláusula pode passar por outras questões pontuais, mas, efetivamente, ao largo da autonomia prevista no artigo 8º da lei de arbitragem.

É essa a sistemática da legislação nacional, corolário consagrado no direito comparado e na Lei Modelo da Uncitral.

Se é certo que entre nós o contido nessa regra é de origem recente, no estrangeiro é conceito por demais arraigado na doutrina e na jurisprudência³.

Na América do Sul temos notícia de que a Corte Suprema do Chile acatou o princípio da autonomia da cláusula compromissória.

Esse preceito, constante das mais modernas legislações, implica na qualificação da referida cláusula como negócio juridicamente distinto do contrato em que está inserida, de modo que a nulidade deste não tem o condão de viciar o pacto prévio.

Visa coibir abuso que vinha sendo praticado por aqueles resistentes em instituir a arbitragem que, para lograr êxito, arguiam a nulidade do contrato como um todo de modo a restabelecer, por esse artifício, a competência do Judiciário e delongar a decisão sobre a matéria controvertida.

Apesar de conter elementos de ficção jurídica e de não ser um conceito fácil de se justificar à luz da pura lógica, como opinam alguns, o princípio da autonomia da cláusula compromissória não tem sido negado pelas Cortes de Justiça e pelos árbitros, até mesmo pela sua função prática de reforçar o acatamento da via

arbitral, meio moderno de acesso à justiça⁴.

(c) A Questão do Poder de Determinar Medidas Cautelares - Qual a jurisdição competente para apreciar e julgar medida cautelar? Matéria de suma importância foi, possivelmente, pela primeira vez, no Brasil, enfrentada pelo Juízo da 27ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo. E, como demonstra o contido na sentença acima transcrita, o desafio da turma não impressionou o i. juízo dada a simplicidade com que precisou os termos da lei.

A questão cautelar em sede arbitral coloca-nos, novamente, frente ao "gargalo" do instituto, onde a cooperação do Judiciário é essencial para uma produtiva aplicação do comando legal contido no artigo 22, §4º, da Lei Marco Maciel.

Como se depreende da decisão transcrita acima, a fundamentação do juiz togado prima pela simplicidade e excelência no trato do assunto. E outra não poderia ser a interpretação dada à espécie.

A regra contida no §4º do artigo 22 da Lei de Arbitragem estatui que, "havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa".

Não resta dúvida que as cautelares e as medidas provisórias deverão (repita-se: deverão) ser requeridas ao juízo arbitral. A solicitação ao Poder Judiciário, referida na lei, somente se opera caso a parte não cumpra com a determinação do árbitro ou se aplicável às exceções adiante expostas.

É esse o sistema da lei brasileira em coerência com os princípios que a norteiam.

Se carece o árbitro do poder de exercer a coerção, pelo princípio universal do imperium estatal, também é certo que não lhe veda o sistema legal arbitral a competência para analisar e determinar, ou não, a medida cautelar ou o provimento provisório pretendido.

Essa é uma das funções jurisdicionais do árbitro que não se retraem por ausência dos elementos da coertio e da executio, sabidamente de manejo estatal, pois que sujeitos à chancela do Estado.

O amplo poder de cautela é da essência jurisdicional aplicando-se ao árbitro os avanços e inovações que lhe são resultantes, seja de natureza cautelar - afastando o periculum in mora, dada a probabilidade do direito (fumus boni iuris) - seja satisfativa ou antecipatória (dado o alto grau probabilístico), tornando imediato o provimento final futuro.

Seus efeitos propagam-se, tanto no campo do direito adjetivo, puramente instrumental, quanto na seara do direito material, como ocorre quando do deferimento de tutela antecipada.

Independentemente do ângulo que se visualiza a atividade do árbitro, certo que o modelo brasileiro adotado para a arbitragem, os princípios que o cercam, as normas derivadas do seu ordenamento legal e a meta jurisdicional premeditadamente nele expostas são suficientes a afastar conclusão contrária ao poder imanente do árbitro para auxiliar e decretar os provimentos cautelares disponíveis no direito processual.

Ao firmarem as partes a convenção de arbitragem por manifestação livre da vontade, fazem-no com o

específico propósito de solucionarem toda a matéria controversa por via da jurisdição não togada, excetuadas, por óbvio, as de caráter indisponível e o fazem baseadas nos pressupostos da celeridade, especialidade e confidencialidade. Agrupem-se a esses fatores a jurisdicionalidade do instituto e o princípio da economia processual e convergiremos à síntese do contido na regra legal: a renúncia à jurisdição estatal, por ato volitivo embasado no direito positivo que a autoriza e apoia, abrange todas as questões que se possam inserir no conflito submetido ao juízo arbitral, inclusive aquelas necessárias à garantia do provimento final.

Destarte, cabe sempre ao árbitro, e somente a este, a avaliação da necessidade da cautela requerida e, se justificável, o seu deferimento.

Opomos duas exceções a essa afirmativa: a primeira, quando a urgência não comporta a espera da instituição do juízo arbitral⁵ e, a segunda, nas raras situações em que, mesmo já constituído o tribunal arbitral, a urgência requerida para a medida será efetivamente prejudicada pela impossibilidade fática de o tribunal se reunir em exíguo espaço de tempo⁶.

Nessas hipóteses, cabe ao interessado o ônus da prova e ao tribunal o exame, cum grano salis, dos pressupostos inerentes à tutela requerida.

A aplicação dessas regras de exceção deve ser ponderada no caso a caso e visa proteger o interesse legítimo do credor garantindo-lhe pleno acesso à justiça, evitando, assim, inaceitável denegação.

Outrossim, mesmo nos casos de exceção antes referidos, em que a competência da justiça comum é ressalvada, devem os membros do Judiciário abster-se de conceder medidas cautelares ou provisórias que possam configurar decisão de mérito da questão em discussão, sob pena de ver deslocada a jurisdição, em violação à convenção de arbitragem⁷.

Frente a essa conclusão, torna-se difícil o deferimento, pelo juiz togado, de requerimento de tutela antecipada quando a apreciação do direito material for endereçada a tribunal arbitral por livre e comum escolha.

Dado o conteúdo finalístico dessa tutela, sujeita a prova inequívoca e a verossimilhança do alegado como pressuposto inarredável, o convencimento expresso na decisão acaba por concretizar ab initio o direito que seria assegurado com o dispositivo. Dado o exacerbado grau da probabilidade de acerto do direito pretendido, não deve o Judiciário dar curso a requerimento da espécie quando submetida a questão à convenção de arbitragem, por derrogação extracontratual da jurisdição arbitral.

Tratando-se do artigo 22, §4º, da Lei Marco Maciel, um aparte faz-se relevante: determinada a medida pelo tribunal arbitral, dispõe o citado §4º que os árbitros poderão solicitá-la ao órgão do Poder Judiciário competente.

Poderão, a uma, porque a parte, ao cumprir espontaneamente a determinação do árbitro, esvazia essa opção e, a duas, porque o empenho no cumprimento efetivo do provimento pode ser manifestado pelo árbitro ou pela própria parte interessada.

Nessa etapa de convívio com o instituto, parece-nos que o cumprimento da decisão deferida acabará por restar nas mãos da parte que a requereu.

É razoável que a busca de coerção das medidas decretadas pelo árbitro siga, até mesmo por ausência de procedimentos claros, o mesmo caminho necessário à imposição à parte resistente de decisão definitiva de cunho condenatório: o interessado, no momento que deseja levá-las a efeito, aciona a justiça estatal de modo a atingir os fins de direito. Aliás, essa opção é também salutar, pois, por razões de ordem pessoal ou política, o cumprimento do comando arbitral deferido pode, até mesmo, não vir a ser exigido pela requerente.

Tratando-se de determinação oriunda de jurisdição não togada, tenderá o controle crítico da decisão arbitral a operar-se, por razões de economia processual, no primeiro momento de contato com a justiça ordinária.

O Judiciário poderá analisar o requerido sob o manto da ordem pública e da nulidade essencial.

Por outro lado, pode também o juiz togado, e não raro acontece (sem embargo das inapropriedades), decidir por ouvir de antemão a outra parte ou por indeferir o requerido por motivos inadequados ou que lhe são estranhos.

Estaria o árbitro numa situação de todo indesejável e inconfortável frente aos princípios que regem o exercício de sua função; quiçá, diante da necessidade inconcebível ao julgador privado de interpor os remédios processuais legais cabíveis.

Daí por que afirma J. E. Carreira Alvin que "se equivocada for a decisão judicial, cabe à parte prejudicada recorrer ao tribunal, não dispondo o árbitro de legitimação para fazê-lo, mesmo havendo ele solicitado a efetivação da medida coercitiva, cautelar ou antecipatória"⁸.

Inadmissível que a imparcialidade, tão cara aos olhos da arbitragem, sofra reveses de qualquer natureza. O remédio seria a própria morte: a decretação de sua nulidade.

Um reparo se faz notar no entendimento constante da fundamentação elaborada pelo eminente juízo a quo.

O árbitro, assim como o juiz, não está obrigado a instaurar o contraditório para, só após, emitir o provimento cautelar.

Aplicando-se ao rito arbitral as normas do Código de Processo Civil, terá o árbitro, sim, a possibilidade de conceder liminarmente a medida cautelar, sem ouvir o réu⁹, ou, até mesmo em casos excepcionais, de ofício, sem a audiência das partes¹⁰.

O mesmo ocorre nos casos de cautelar inominada¹¹, e - por que não?! - em situações em que a tutela antecipada se faça pertinente¹².

Consubstanciam esses institutos meros instrumentos processuais de atingimento e salvaguarda da decisão

final que se tornará imutável com o trânsito em julgado da sentença arbitral.

São mecanismos assecuratórios da decisão de mérito e, como tais, devem ser aplicados pelo árbitro que cabe apreciar e solucionar a questão de direito substantivo. Estando à disposição do juízo togado, por via legal, também podem ser alcançados e adotados pelos árbitros, juízes de fato e de direito que detêm amplos poderes para exercer o iudicium e pacificar o conflito de direito material e, como tais, podem e devem apoderar-se dos instrumentos necessários à concretização satisfatória desse mister e dos interesses postos.

II - O Instituto em Sede Trabalhista - Foi na Nova Zelândia, no ano de 1894, onde surgiu a primeira legislação admitindo a utilização da arbitragem para fins de solução das controvérsias oriundas das relações laborais.

No Brasil, informa Luiz Roberto de Rezende Puech, o Decreto n. 1037, de 5-01-1907, criou mecanismos para resolver disputas trabalhistas mediante a conciliação e a arbitragem, esta exercida pelos sindicatos.

Em 1932, o Decreto n. 22.132 instituiu a possibilidade de resolução dos conflitos individuais por arbitragem de índole facultativa e, em certos casos, até mesmo de caráter compulsório¹³.

Segundo assinalado por H. H. Barbagelata, à época, "a Justiça do Trabalho no Brasil levou bastante longe o sistema de arbitragem e, segundo o que tem sido frequentemente acentuado, esse sistema conseguiu melhorar as condições de trabalho"¹⁴.

Mais recentemente, o legislador tem demonstrado apreço por esses meios auto compositivos - mediação e conciliação - e heterocompositivos - arbitragem - de solução dos conflitos de natureza trabalhista¹⁵.

Estão presentes no nosso sistema legal, no artigo 114, §1º, da Constituição Federal de 1988, nos artigos 3 e 7 da Lei nº 7783/89 e na eterna Medida Provisória nº 1.982-69, de 6-04-2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa.

Estão presentes no nosso sistema legal, no artigo 114, §1º, da Constituição Federal de 1988¹⁶, nos artigos 3 e 7 da Lei nº 7783/89¹⁷ e na eterna Medida Provisória nº 1.982-69, de 6-04-2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa.

Não é, pois, desconhecida a arbitragem no seio dos conflitos trabalhistas; contrariamente, está ela presente, por desejo expresso do legislador em vê-la utilizada por empregados e empregadores, de modo a possibilitar maior aproximação desses agentes do mercado produtivo e, consensualmente, resolver os conflitos resultantes dessa relação¹⁸.

Alguns países até mesmo impõem a arbitragem como meio obrigatório de solução dos conflitos trabalhistas¹⁹.

É o caso dos Estados Unidos, país com extrema e longa prática desse instituto, como atesta o Professor da Universidade da Carolina do Sul Dennis R. Nolan, verbis:

"Several states have adopted compulsory arbitration in an area over which unconstitutional taking and preemption arguments have no sway - that is, in disputes involving employees of state and local governments. The federal government has done the same with regard to one group of its own employees, postal workers. Under the Postal Reorganization Act of 1970, Pub. L. 91-373, 84 Stat. 719 [codified in scattered volumes of U.S.C.A. (West)], unresolved negotiation disputes are presented to an arbitration panel empowered to establish contract terms. This provision was first used in 1978 and successfully averted a threatened postal strike. Other unionized federal employees have a form of compulsory arbitration over grievances as a result of the Civil Service Reform Act of 1978, Pub. L. 95-454, 92 Stat. 111 [codified in scattered sections of 5 U.S.C.A. (West 1996)].

State compulsory arbitration statutes usually cover critical employees groups like police and fire fighters. Many also cover other groups like teachers, and some cover all unionized state employees. Most state statutes provide for ad hoc impartial arbitrators, frequently sitting on a tripartite board"²⁰

No Brasil, em hipótese alguma veda a Lei Marco Maciel a extensão dos efeitos dos dispositivos nela contidos às controvérsias resultantes das relações trabalhistas.

Ao contrário, suas regras e princípios são amplos o suficiente para acolher os embates laborais, de forma segura, mormente porque autorizada sua adoção pelo contido, expressamente, nos artigos 8 e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho²¹.

Destarte, isolada e sem qualquer perspectiva de amparo, seja pelo direito positivo ou mesmo pela maciça doutrina - Márcio Yoshida, Octavio Bueno Magano, Mascaro Nascimento, Barretto Prado, Segadas Vianna, Georgenor de Souza Franco Filho, Orlando Teixeira da Costa, Wagner Giglio, Gustavo Mano Gonçalves, dentre outros²² - a perspectiva de insucesso da arbitragem em sede trabalhista.

Seja, também, pela jurisprudência, pois o Judiciário tem afirmado através de suas decisões, categoricamente, (i) a legalidade da arbitragem em dissídios trabalhistas, inclusive os de cunho individual, e o (ii) predomínio do instituto nos momentos em que a parte tende a questionar - normalmente com arcaicos argumentos - a validade da decisão proferida por juízo arbitral nas controvérsias trabalhistas.

64ª Junta de Conciliação e Julgamento

Processo nº 1092/99

Decisão de 8-05-99

.....

Em defesa a reclamada, argüi preliminarmente, a carência da ação, a litigância de má fé, a inépcia de inicial, a prescrição quinquenal e impugna o valor atribuído a causa.

.....

É o relatório.

DECIDE-SE:

Preliminarmente:

O contrato de trabalho do reclamante foi rescindido através de compromisso arbitral, nos termos da Lei 9.307/96.

O reclamante declarou, em seu depoimento que foi assistido por advogado da entidade arbitral e esclarecido de que estava dando quitação geral ao extinto contrato de trabalho, inexistindo nos autos prova de vício de consentimento.

Dessa forma, qualquer nulidade do compromisso arbitral só poderá ser discutida através de ação anulatória perante a Justiça Comum, nos termos do art. 33, parágrafo 1º da Lei 9307/96.

Impõe-se, portanto, a extinção do pedido sem exame do mérito, nos termos do art. 267, VII do CPC.

Isto posto, a 64ª JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO/SP, decide, por unanimidade julgar IMPROCEDENTE a reclamação proposta por "A" para absolver a reclamada, do pedido.

(a)-A Pena por Litigância de Má-Fé - O exercício da jurisdição é efetivado por meio dos atos procedimentais que se consubstanciam no processo, através da ação do autor e da defesa apresentada pelo réu.

Face ao litígio e ao exaspero da relação contenciosa, o Código de Processo Civil dedicou o Capítulo II do seu Título II aos Deveres das Partes e seus Procuradores.

Refere-se à conduta das partes no foro litigioso e à responsabilidade por dano no trato processual. O foco maior é a preservação da justiça e da autoridade julgadora de modo a atender em sua plenitude aos colimados princípios do devido processo legal.

O processo, caminho por onde transita a disputa e os oponentes, não pode servir de palco para espíritos inidôneos ou puramente emulativos.

A probidade processual impõe às partes o dever da verdade, da lealdade e da boa-fé. Impõe, ainda, apesar de inseridos no amplo contexto da trilogia desses deveres, não formularem as partes pretensões ou defesas destituídas de fundamento e, tampouco, produzirem provas ou praticarem atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

Sob a égide das regras de conduta e da probidade processual, o CPC (art. 16) determina a responsabilidade do litigante de má-fé pelas perdas e danos que venha a causar e define, em seu art. 17, o que reputa caracterizar-se essa prática coibida.

Essas normas, de cunho moral e ético, deverão ser de utilidade para o Poder Judiciário ao enfrentar questões como aquela objeto da decisão retro- transcrita, onde a parte, voluntariamente, através de

compromisso firmado, submete a questão da rescisão do contrato de trabalho a painel de árbitro, sob a orientação de advogado e, em detrimento da convenção livremente pactuada, requer a intervenção da justiça ordinária.

Ora, permitir que essa mesma pessoa, movida por interesses desconhecidos e mera emulação, pretenda obstruir a jurisdição arbitral, não tendo sequer demonstrado qualquer vício de consentimento ou violação de norma de ordem pública na submissão da questão à arbitragem, sem que lhe seja imposta a pena de litigância de má-fé, consolida indesejável liberalidade que somente favorece o improbus litigator.

No caso, sendo nulo o compromisso, caberia ao interessado propor a ação própria capitulada no artigo 33 da Lei Marco Maciel.

Nessa ordem, mister a aplicação dos efeitos da litigância de má-fé por ser medida sensata e de extrema profilaxia ao alcance do julgador. Não cabe a este ser complacente com a atitude antijurídica da espécie²³.

5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Campinas

Processo nº 00.043/99-8

Decisão de 11-06-99

.....

Ausentes as partes.

Conciliação prejudicada.

Submetida a julgamento, como prejudicial, a preliminar de CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E COISA JULGADA, argüida pela Reclamada, propôs o MM. Juiz Presidente da mesma, sendo colhidos os votos dos Senhores Juízes Classistas, proferindo a Junta o seguinte:

.....

D E C I D E-SE:

A Reclamada juntou aos presentes autos, cópia do acórdão normativo prolatado pelo E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (fls. 122/148), no bojo do qual foi homologada, com vigência prevista para o período de 01/05/98 a 30/04/99, dentre outras, a cláusula 53, sob o título "CÂMARA SETORIAL ARBITRAL", cuja redação assim se viu entabulada: "Estabelecem as partes convenientes a instituição da Câmara Setorial Arbitral da categoria que será implantada no prazo máximo de 90 (noventa) dias, objetivando solucionar os conflitos individuais e/ou coletivos decorrentes da relação de trabalho". Trouxe aos autos na seqüência a Reclamada, o Instrumento Particular de Convênio Tripartite SEVESP/FETRAVESP/ABAR, instituidor da Câmara Setorial Arbitral da Segurança Privada (fls. 148/162), esclarecedor que tal procedimento era adotado sob a égide da Lei nº 9307, de 23/09/96, firmado pelo Sindicato das Empresas de Segurança Privada e Cursos de Formação do Estado de São Paulo-SEVESP, pela Federação dos Trabalhadores em Segurança e Vigilância Privada, Transporte de Valores,

Similares e Afins do Estado de São Paulo-FETRAVESP e pela Associação Brasileira-ABAR. Outrossim, a Reclamada acostou à sua defesa a Cláusula Compromissória de instituição de Juízo Arbitral do Contrato de Trabalho do Reclamante (fls. 115) e o Termo de Audiência relativo à sessão realizada na Câmara Arbitral de Segurança Privada-CASSEG, em 10/12/98 (fls. 116/118), firmado por ambas as partes, que se fizeram acompanhar de seus respectivos advogados, por força do qual o Reclamante se comprometeu a dar "...plena, geral e irrevogável quitação quanto ao objeto do presente procedimento arbitral e extinto contrato de trabalho para nada mais reclamar seja a que título for", sendo o acordo homologado pelo Árbitro eleito.

.....

Não percebeu o patrono do Reclamante que as louváveis iniciativas sindicais profissional e patronal, visando a dar assistência à autocomposição dos conflitos de interesses surgidos entre seus representados, ou na frustração desta, a promover a heterocomposição mais célere desses mesmos conflitos, mediante a instalação da Câmara Arbitral Setorial, longe de implicar ofensa à Constituição, se fazem decorrentes de uma visão moderna e futurista da sociedade, propiciadoras da evolução pessoal e fortalecedoras do senso de responsabilidade social de cada cidadão trabalhador. As alegações impugnativas expandidas em relação ao documento de fls. 115, no sentido de que: "Decerto o reclamante fora constrangido a assinar..." (fls. 154) e de que: "... assinou, por COAÇÃO DA RECLAMADA..." (fls.155), além de graciosas, não têm o condão de invalidar o conteúdo do Termo de Audiência de fls. 116/118, também subscrito pelo patrono do Reclamante, sem que dele conste qualquer restrição apresentada por este, ainda que fosse para ressaltar a discussão de direitos não abrangidos pelo acordo homologado.

Destarte, seja por não demonstrada qualquer legalidade, seja por força do disposto nos artigos 31 e 41, da Lei nº 9.307, de 23/09/96, merece ser acolhida a preliminar argüida pela Reclamada, o que acarreta a extinção do processo, sem apreciação do mérito, com fulcro no artigo 267, V e VI, do CPC. ISTO POSTO, consoante a fundamentação supra, que fica fazendo parte integrante deste dispositivo, resolve a Quinta Junta de Conciliação e Julgamento de Campinas, a unanimidade, ACOLHER, a preliminar de convenção de arbitragem e coisa julgada, de apreciar a preliminar argüida pela Reclamada, EXTINGUINDO O PROCESSO, sem apreciação do mérito, com fulcro no artigo 267, V e VII, do CPC.

(b)- Coisa Julgada Arbitral - Se com o processo se obtém a coisa julgada de fundo, diz-se que a res foi julgada, frase em que por res se entende a realidade sobre a qual se opera o processo, isto é, a lide ou o negócio; res iudicata ou iudicium de re são duas fórmulas equivalentes, ou seja, a mesma coisa na ordem direta e inversa.

Coisa julgada, então, significa a decisão de mérito que se obtém por meio do processo de cognição ou, em outros termos, a decisão sobre as questões de fundo; as questões de fundo julgadas não são apenas as expressamente resolvidas, como também aquelas cuja solução seja uma premissa necessária para a solução das primeiras e que, portanto, se resolvem implicitamente (a chamada decisão implícita). Já que as questões de ordem não concernem à lide, sua solução não constitui nunca coisa julgada²⁴.

Exauridos os recursos ordinários e extraordinários passíveis de interposição, materializa-se a coisa julgada, tornando imutável e indiscutível a sentença emanada de órgão jurisdicional.

A sentença vincula e se impõe às partes e, com sua autoridade, afasta o questionamento que procure

reabrir a discussão selada com o julgado.

Funda-se no princípio da estabilidade das relações jurídicas e se aplica à decisão proferida em sede de arbitragem dado que emana de alguém que, por força legal e da vontade soberana estatal, é detentora ad hoc de importantes elementos da jurisdição²⁵.

E, ainda, pela função pública que exerce, tem o poder-dever de solucionar a contento a controvérsia.

A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. É o que determina o artigo 468 do CPC, e se aplica tanto para as decisões judiciais quanto para as arbitrais. A segurança jurídica é o contato da arbitragem com esse dispositivo, em linha coerente com os ditames de direito.

Transitada em julgado a sentença arbitral, não pode a parte ajuizar novamente a medida, seja na justiça estatal, seja na arbitral. Ausentes os pressupostos processuais (art. 267, IV e §3º, CPC), o julgador extinguirá o processo, de ofício, sem julgamento do mérito²⁶.

Dada a relatividade da convenção de arbitragem, a sentença arbitral faz coisa julgada às partes em que é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (art. 472, CPC)²⁷.

Contra estes, contudo, pode a decisão ser utilizada como reforço de argumentação, jamais como imposição²⁸.

A especificidade do instituto leva-nos a admitir que a coisa soberanamente julgada em sede arbitral tende a concretizar-se com extrema agilidade, dado o prazo decadencial de 90 dias para a propositura da ação de nulidade prevista no artigo 33 da Lei Marco Maciel.

Como preleciona J. E. Carreira Alvim, "A sentença arbitral, de um lado, não é um ato judiciário, na medida em que ela é proferida por um árbitro ou tribunal arbitral, investido de autoridade, por uma forma convencional, e não pelo juiz estatal; de outro lado a sentença arbitral é um ato jurisdicional - seja pelo critério formal (o processo utilizado), seja pelo material (existência de uma contestação, finalidade da sentença e irrevogabilidade da sentença)- porque é produto da jurisdição, embora exercida por órgão-pessoa"³⁵.

Como ocorre com a decisão emanada da justiça ordinária, a sentença arbitral é para ser cumprida. Sem embargos da boa-fé que deve reger as relações jurídicas, a sentença proferida em processo arbitral traz imanescente o interesse do Estado na pacificação do conflito, o que reforça seu cunho impositivo e a sujeição iuris tantum das partes ao contido em seu dispositivo. Ao irrisignado a lei oferece o caminho da decretação da nulidade da decisão, observadas as hipóteses elencadas no seu artigo 32.

Saliente-se que a sentença arbitral que contém comando direcionado à autoridade pública, de cunho mandamental, se não cumprida pelo destinatário, há que ser tutelada pela justiça ordinária, por meio da ação própria a ser promovida pela parte interessada.

Nesse sentido, não tem o tribunal arbitral legitimidade para requerer ao juiz togado o cumprimento dessa

decisão. Isso porque com a sentença exaure-se a jurisdição arbitral³⁶, desobrigando-se o julgador privado da obrigação assumida frente às partes e ao Estado. Os atos proferidos após o termo jurisdicional não devem e não podem produzir quaisquer efeitos. Ausente a jurisdição, ausentes a autoridade e o poder.

Como bem afirma o Prof. Perrot, à maneira de certas plantas exóticas, a jurisdição arbitral desaparece assim que dá seu fruto³⁷.

A jurisdição dos árbitros revigora-se e prorroga-se, por força legal, nas hipóteses contidas nos artigos 30 e 32, III, IV e V da Lei Marco Maciel.

Daí por que, ao estilo da ação de execução (se condenatório o julgado) deve a interessada buscar a tutela estatal para que seja dado cumprimento ao comando mandamental prolatado em sede arbitral.

O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da lei n. 9.307/96 (Parte II)

4. Introdução

Qual a razão de se pesquisarem as decisões judiciais no terreno do instituto da arbitragem? A relevância da resposta a essa indagação reside no fato de que a cultura arbitral não só passa pelo seio da sociedade e seus usuários, como fortemente se projeta da jurisprudência dos nossos tribunais.

Se é a sociedade que impulsiona o processo evolutivo da legislação, são as cortes judiciais que definem a aplicação da norma jurídica aos casos concretos e dão a interpretação do seu alcance e o escopo da sua aplicação, moldando e direcionando a regra legal e a teleologia que a determina.

Lei boa é aquela aceita e cumprida pelos cidadãos. Entretanto, para que seu cumprimento seja efetivado harmonicamente, é preciso seja testada pela prática dos fatos e do contraditório de forma que as divergências e as correntes doutrinárias resembram razoavelmente pacificadas e a segurança jurídica torne confortável a utilização do instituto.

Para se atingir esse desiderato, é preciso que floresça a discussão acadêmica e a atividade judicial seja regular e suficiente a pavimentar o caminho a ser trilhado pelos operadores do direito.

Nesse particular, os arbitralistas não se podem queixar. Tem sido intenso o debate acadêmico sobre o tema e os tribunais não se têm furtado a apoiar a arbitragem e institutos afins quando acionados a intervir.

É o que demonstraremos com a exposição das decisões proferidas na segunda instância judicial do País.

5 - O Entendimento dos Tribunais de 2ª Instância Judicial

(I)- Em 29-5-96, a 9ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo prolatou decisão na Apelação com Revisão nº 455768-00/6, em que foi relator o Juiz Claret de Almeida e partes, Mecalor Indústria e Comércio de Refrigeração Ltda. (Apte) e Jorge Barnsley Pessoa Filho (Apdo).

Apesar de essa decisão ter sido prolatada antes da edição da Lei Marco Maciel, a questão objetiva nela enfrentada está em linha com a sistemática atual.

"EMENTA Cláusula do contrato de locação que estabelece a revisão extrajudicial de aluguel a cada dois anos, mediante juízo arbitral, deve ser considerada nula de pleno direito, pois visa elidir os reais objetivos da Lei de Inquilinato, a teor de seus arts. 1º e 45, daí decorrendo, conseqüentemente, a nulidade do laudo arbitral que a tem por suporte.

V O T O Nº 3.877

A r. sentença de fls. 100 homologou o laudo arbitral elaborado em razão do compromisso firmado entre FYBRAYON ADMINISTRADORA S.C. LTDA e MECALOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, proveniente de cláusula inserida em contrato de sublocação subscrito pelas mesmas partes.

A MECALOR apelou (fls. 107/113), pleiteando a declaração de nulidade da cláusula contratual que estabelece revisão do valor do aluguel no prazo de dois anos, porquanto inferior ao mínimo legal previsto para a ação revisional, devendo ser anulado, por conseqüência, o laudo arbitral. Alternativamente, requer a remessa dos autos à vara de origem para que se proceda a instrução do processo com ampla oportunidade de defesa, inclusive através da indicação de assistentes técnicos, obtendo-se o justo valor do locativo e dos honorários do árbitro, cujo nome, segundo as alegações da apelante, teria sido imposto pelos locadores.

.....

É o relatório.

Procede o apelo.

.....

Acontece que cláusula redigida nesses termos não tem validade dentro do contrato de locação, já que contraria disposição da Lei do Inquilinato, que apenas autoriza, em seu art. 19, revisão de aluguel "*após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado*", entrevendo na cláusula acima uma fórmula astuciosa para fraudar a real vontade do legislador, em prejuízo do locatário.

Para casos dessa natureza, o art. 45 da Lei nº 8.245/91 é expresso: '*são nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei ...*'

Para esse fim, diz-se inexistente o ato que se consuma sem a observância de requisitos ou formas necessários a sua plena concretização no mundo jurídico. Nas palavras de De Plácido e Silva, a falta de existência ou carência da existência, no conceito jurídico, quer o vocábulo exprimir a falta de sanção ou aprovação legal a certos atos jurídicos, que se formam viciosamente ou com pretensão de formalidades substanciais⁴⁰.

A nulidade do ato advém de sua execução viciada por violação de requisitos legais, inclusive os de fundo, que, dada a sua indispensabilidade, o torna imprestável à produção de efeitos.

Nesse particular, a doutrina por vezes aproxima os dois conceitos para incorporá-lo a uma única

manifestação jurídica.

Nulidade, assim, açambarcaria a inexistência, pelos estreitos pontos de contacto⁴¹.

O legislador adotou essa postura flexível nos ditames da lei de arbitragem, como demonstra o confronto do seu artigo 8 com o artigo 20 e, também, ao elencar caso de inexistência de sentença (i.e. ausência do dispositivo) no rol das hipóteses de nulidade da sentença arbitral.

Pelo conteúdo das questões passíveis de arguição impeditiva do curso do rito arbitral, várias são as possibilidades jurídicas à disposição das postulantes capazes de provar a inarbitrabilidade da demanda. Ausência de formalidade essencial ao ato, ilicitude ou impossibilidade de seu objeto, inexistência de disputa envolvendo as partes ou vício na manifestação da vontade, são algumas das circunstâncias que asseguram ao interessado a arguição da inarbitrabilidade prevista na Lei Marco Maciel.

Nos estritos termos da lei, a parte que pretenda apresentar formalmente questões prejudiciais deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem (artigo 20).

Aguardar a instituição da arbitragem para que possa o interessado proceder com a arguição pretendida é fato que se coaduna com a sistemática do instituto, pois a *jurisdictio* é do árbitro⁴². E a regra da autonomia da cláusula compromissória reforça essa assertiva⁴³.

Ademais, é princípio universalmente arraigado de deter o árbitro competência para estatuir sobre sua própria competência (*Kompetenz-Kompetenz*) e, assim, decidir sobre as questões relevantes acerca da nulidade, regra geral, da convenção de arbitragem e do contrato onde está inserta e, *conseqüentemente* da extensão de seus poderes e da arbitrabilidade do litígio.

Entretanto, um tema há que ser posto à prova. Devemos interpretar literalmente e, assim, preclusivamente o momento da alegação da matéria prejudicial? Não nos parece razoável no processo arbitral que o prazo para expressar as arguições da espécie - primeira oportunidade de se manifestar após a instituição da arbitragem - seja interpretado de forma restritiva.

Entendemos que essas questões, dada sua relevância, não devem ter seu debate obstado por limite temporal imperativo, sob pena de subversão da verdade e da consequente concretização de ato antijurídico.

Trata-se de matéria de extrema importância para uma jurisdição que se calca na boa-fé. A ponto de o legislador deferir ao árbitro a faculdade de enfrentá-la ex officio.

Nesse diapasão, registrem-se as observações de Silvia Gaspar Lera: "*Pero también merece atención la determinación del momento en que ha de verificarse la oposición al arbitraje. En este sentido considera DE ANGEL YÁGUEZ que el artículo 23.1 LA impone la rigurosa e insalvable necesidad de que la causa o motivo de oposición se plantee justamente en el momento de formular las primeras alegaciones; exigencia inexorable en función del tono imperativo del precepto. Sin embargo, la mayoría de la doctrina estima que la citada declaración no debe interpretarse en sentido estricto. Ello por cuanto que - a efectos de oponerse al arbitraje - la atribución de carácter preclusivo al plazo previsto para la formulación de alegaciones atentaría contra las características de confianza e informalidad, intrínsecas a la institución*

arbitral. Lo cierto es que esta interpretación - que comparto - se podría fundamentar en otro argumento, si cabe, de mayor peso: la necesidad de dar prevalencia a la verdad material sobre el principio de preclusión. Y es que, a tal fin, pienso que debe admitirse la presentación de toda clase de hechos y pruebas hasta el final del procedimiento arbitral, incluso después de haberse dictado el laudo arbitral, lo que tendrá lugar en virtud de la interposición del recurso de anulación frente al mismo".

Como vemos, há que se ponderar quanto a essa regra e admiti-la como indicativa do melhor e mais adequado momento de a parte posicionar-se quanto à nulidade, inexistência ou ineficácia dos documentos contratuais, até mesmo porque reprimir a provocação da parte acabará por postergar a apreciação dessas matérias e levá-las à decisão em sede judicial.

A faculdade assegurada ao árbitro de desafiar essas questões consubstancia, na verdade, em poder - dever que o Estado lhe impõe no emprego do *munus publicum*, cabendo exercitá-lo a qualquer tempo, sem restrições de caráter temporal.

Ultrapassada a fase arbitral *in albis*, as questões relevantes em comento poderão, ainda, ser abordadas na justiça ordinária.

Nesse sentido, bom que se diga, as hipóteses constantes do artigo 32 da Lei Marco Maciel trazem, em sua grande maioria, o peso das normas cogentes, daí por que a desnecessidade de se fixar item expresso de desrespeito à ordem pública, pois seria admitirmos que a violação, por exemplo, ao contido no seu inciso VIII (desrespeito aos princípios do contraditório, imparcialidade, igualdade e livre convencimento) não consubstanciaria em infringência ao mesmo princípio.

Na verdade, a experiência estrangeira demonstra que a alegação de violação da ordem pública sem esteio nas hipóteses elencadas no artigo 32 da nossa lei de arbitragem tem sido formulada com o intuito de garantir a revisão, pelo Poder Judiciário, das questões de fundo analisadas pelo árbitro.

Vale conferir a experiência espanhola, transmitida por Silvia Gaspar Lera:

"Resulta cuando menos llamativo el hecho de que hasta el momento - salvo en raras excepciones - la impetración del orden público em sede de impugnación del laudo viene acompañada de otra u otras causas del artículo 45 LA [Equivalente ao art. 32 da Lei brasileira]. Pero ello, no con el fin de denunciar algo distinto a estas últimas, sino precisamente como una forma de reforzar el argumento que proporcionan las mismas.

En este sentido es significativo que - en lo que conozco - las acciones que se han fundado exclusivamente en el motivo de la vulneración del orden público, no han prosperado em ningún caso ante la jurisdicción ordinária. La invocación del orden público para impugnar el laudo - como causa independiente de las demás mencionadas em el art. 45 LA - no viene a ser sino um intento de revisar el fondo de lo resuelto por los árbitros desnaturalizando, por tanto, la esencia del procedimiento extrajudicial que nos ocupa. De hecho, cuando no cabe denunciar ninguna de las infracciones contenidas em los cuatro primeros números del art. 45, la alegación aislada del orden público suele justificarse - em los casos em que ello tiene lugar - sobre la base de estimar que el laudo es "injusto e no equitativo"(vid. SAP de Málaga de 13 de abril de 1994 [AC 1994, 762]). A este respecto, la postura de los jueces es concluyente em sentido siguiente "... no se puede considerar vulnerado - se está refiriendo al orden público - cada vez que una de

las partes no vea satisfecha en una resolución el contenido de su pretensión, pues es el principio fundamental de la función arbitral dirimir una contienda en la que no todos los interesados pueden ver sus demandas reconocidas, por lo que, cuando no haya existido indefensión - que es lo que en cualquier caso está proscrito - no se puede argüir vulneración de aquellos principios que son absolutamente obligatorios para la conservación de una sociedad.

*Las discrepancias sobre el resultado del laudo arbitral, como en el caso de autos, no son sino em base a fundamentaciones, resultado de la subjetiva y parcial imputación del erróneo razonamiento del árbitro; como consecuencia lógica del veredicto que no puede contentar a todas las partes, y por tanto no constituye em absoluto, caso de anulación por infracción del orden público" (SAP de Málaga de 13 de abril 1994 [AC 1994, 762]. El mismo sentido, vid.: SAP de Madrid de 28 de noviembre 1994 [RGD, 1995, pg. 2470], SAP de Madrid de 24 de mayo 1995 [RGD, 1995 pg. 8923], y SAP de Pontevedra de 19 noviembre 1996 [Act. Civ., 1997.1 pg. 430])"*⁴⁴.

A matéria da invalidade, da nulidade e da ineficácia da convenção poderia ser atacada com base no inciso I do artigo 32 e, até mesmo, com supedâneo no seu inciso II⁴⁵.

Cabe, nesse caso, a propositura da ação de nulidade, com base no que dispõe o artigo 33 da Lei nº 9307/96⁴⁶.

O prazo é de 90 dias e tem natureza decadencial. Imprópria, pois, sua suspensão ou interrupção. Tudo em linha com a celeridade implícita ao instituto e com a definitividade jurídica da sentença arbitral. Produzindo a sentença efeitos condenatórios, o prejudicado pode arguir a exceção de nulidade em embargos do devedor, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo legal e do artigo 741 e seguintes do Código de Processo Civil.

Ao buscar, o postulante, ação para extrair da sentença os efeitos que lhe são próprios, poderá ser arguida a nulidade.

No entanto, o mesmo prazo de 90 dias à disposição do prejudicado para intentar a querela *nullitatis* também se impõe para a alegação de exceção de nulidade.

É princípio moral e justo albergado pelo Estado no interesse da segurança das relações jurídicas e no desproveito do devedor inerte e negligente. Como sustenta Câmara Leal, com base no magistério de Coviello, "Se um direito deve ser exercido somente dentro de um dado termo, de modo que, expirado este, o direito se torna extinto, prescindindo-se da consideração do fato que causou a falta de exercício, seja negligência ou impossibilidade de desenvolver a própria atividade, é evidente que, transcorrido o termo de decadência, o direito, assim como não se pode fazer por via de ação, assim tampouco por via de exceção"⁴⁷.

Apelação Cível nº 254.852-9 - Juiz de Fora - 03.06-98

Tribunal de Alçada de Minas Gerais

Apelante: Mendes Junior Siderúrgica S. A.

Apelado: Duferco Trading Company Holding Limited e outra

Decisão Unânime

Juíza Relatora Jurema Brasil Marins

Juiz Revisor Duarte de Paula

Juiz Vogal Kildare Carvalho

EMENTA: EXECUÇÃO - CONTRATO DE EXPORTAÇÃO - CLÁUSULA ARBITRAL - JURISDIÇÃO COMUM AFASTADA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - EFICÁCIA DE LEI NO TEMPO - JUÍZO ARBITRAL - MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE PROCESSUAL.

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

Em tema de juízo arbitral, matéria estritamente processual, é irrelevante que a arbitragem tenha sido convencionada antes da vigência da Lei 9.307/96, visto que, como se depreende do artigo 1.211 do Código de Processo Civil, a lei tem incidência imediata sendo, destarte, inteiramente aplicável à execução apresentada em juízo na vigência da lei nova.

V O T O S

SRª JUÍZA JUREMA BRASIL MARINS:

Conhece-se do recurso, visto que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Trata-se de Embargos opostos por Mendes Júnior Siderurgia S/A à Execução que lhe movem Duferco Trading Companies Holding Limited, e Duferco International Trading Limited sustentando que o título em que embasa a execução encontra-se representado por um contrato de exportação e, estando desacompanhado da memória do cálculo é de indeferir a inicial da execução por falta de título líquido, certo e exigível, peça esta que ainda se apresenta inócua porque "as partes deliberaram submeter a solução de seus litígios a juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, que na espécie revestiu a forma de cláusula compromissória" (fl. 04), pugnando, a título de mérito, que a conversão de valor da dívida e seus acessórios seja feita na moeda deste País, ao câmbio da data do pagamento, excluindo-se a correção monetária postulada na preambular.

Em face de seu caráter prejudicial, característica inerente a uma das condições da ação, analisar-se-á, em primeiro plano, a suscitada cláusula compromissória sob o fundamento que a discussão da lide encontra-se excluída do âmbito do judiciário, em virtude de essa avença constituir impedimento ao exercício do

direito de ação, tornando o pedido juridicamente impossível.

Exsurge do Direito Comparado a possibilidade de afastar o Poder Judiciário de apreciar lide instaurada em cláusula compromissória, desde que invocada, sendo absolutamente comum, na Europa, Estados Unidos e no Leste Europeu o Juiz declarar sua incompetência. Se presente essa cláusula e se a parte iniciar a ação na Justiça comum, sendo que, no direito brasileiro, desde 1932, considerava-se a cláusula compromissória mera obrigação de fazer, que, segundo Clovis Bevilacqua, correspondia a um "pactum de contrahendo", ou seja uma obrigação de se louvar em árbitros, sendo que os juízes jamais admitiam que uma cláusula contratual pudesse afastar a competência do Poder Judiciário. (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, São Paulo, 1943, IV/191).

Assim é que, no Brasil o Juízo arbitral era rarissimamente utilizado, posto que a cláusula compromissória, figurava apenas como um contrato preliminar, através de que as partes se comprometiam a submeter seus litígios à arbitragem, seguida do compromisso arbitral, contrato definitivo, em cujo instrumento as partes estabeleciam as normas e submetiam o caso concreto ao árbitro, considerado condição necessária para a instituição do "Juízo Arbitral", sendo que, à míngua de instrumentos adequados a possibilitar, de forma simples e ágil, a obtenção do compromisso, dificilmente estabeleciam, pacificamente e de comum acordo, as normas e condições que iriam servir de base para o julgamento arbitral.

Com o advento da Lei 9.307/96, de 23.09.96, diploma este que se assenta na ideia de incentivar a composição do litígio por iniciativa das próprias partes, através de formas alternativas à atividade jurisdicional substitutiva, tais como a conciliação e a arbitragem, ocorreu alteração substancial no contexto dantes vigente, uma vez que passou a priorizar a autonomia da vontade das partes em sede de direitos disponíveis, ao fornecer meios e instrumentos processuais adequados a permitir sua utilização, sem os entraves constantes da legislação que até então regulava a matéria (CPC, arts. 101 e 1.072 a 1.102).

Essa nova lei, ao conceituar nos arts. 4º e 9º, "caput", respectivamente, a cláusula compromissória e o compromisso, registrou mecanismos que permitem, de forma efetiva, a instituição do Juízo Arbitral, "in verbis":

"Artigo 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

"Artigo 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial".

Advém dessas normas que, firmada a cláusula compromissória, nenhuma das partes, isoladamente, poderá, de forma eficaz, substituir a arbitragem pelo procedimento judicial, visando a solucionar o conflito, por ser certo que a cláusula compromisso, necessariamente escrita, ainda que em forma de pacto adjecto, não admite que a parte dela se esquive, consolidando, assim, a conhecida construção do tradicional direito brasileiro, traduzida no axioma: "pacta sunt servanda", porquanto consagrada no artigo 4º transcrito "in retro".

Não obstante ser vedado à parte, existindo cláusula compromissória, substituir a arbitragem pelo

procedimento judicial, promovida a ação no âmbito do judiciário, cumpre à parte contrária alegar na contestação, ou no caso de execução, em sede de embargos, a exceção do "pactum de compromittendo", que poderá levar à extinção do processo sem o julgamento do mérito, porquanto é vedado ao Juízo conhecer da matéria de ofício, "ex-vi" do § 4º do art. 301 do Estatuto Processual, em face de se entender que o demandado concordou com o autor, manifestando tacitamente a vontade de submeter o conflito à jurisdição comum.

.....

As pessoas com capacidade para contratar podem assumir o compromisso arbitral (art. 1.072), de modo que se retira pretensão à tutela jurídica, por se poder a respeito transigir. Acontece algo que é mais do que seria a eficácia da litispendência, posto que menos do que a eficácia da coisa julgada.

Quem alega existir o compromisso arbitral é o réu. A despeito do que contrataram, o autor propôs a ação. Se o réu não alega o que podia alegar, temos de entender que autor e réu desfizeram o que haviam acertado. Não se fala de renúncia do réu, porque em verdade, o réu concordou com o autor: há novo negócio jurídico bilateral" (Pontes de Miranda, "Comentários ao Código de Processo Civil", 3ª ed., Forense, 1996, IV/136-137).

"As pessoas capazes de contratar, diz o art. 1.072 do Código, 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 admite transação.

O Juízo arbitral é, por conseguinte, modo de excluir jurisdição estatal, se nisso convierem as partes, quando da constituição do negócio jurídico, ou ainda em momento posterior, até mesmo já esboçada ou concretizada a pendência, contanto que em momento precedente àquele em que o réu deve oferecer sua contestação, pode a existência do compromisso ser alegada pelo demandado para afastar a jurisdição estatal na espécie.

Dizemos pode, porquanto o réu, apesar do compromisso, está legitimado para aceitar a jurisdição estatal, importando o seu silêncio no prazo para contestação em renúncia ao pacto firmado." (José Joaquim Calmon de Passos, "Comentários ao Código de Processo Civil". Rio-São Paulo, Forense, III/265-266).

.....

À luz de tais considerações indubitoso é que a existência de cláusula compromissória e do compromisso arbitral funcionam como verdadeiras condições negativas para o regular exercício da ação perante o Judiciário, porquanto os artigos 267, VII, e do artigo 301, IX do "Código de Processo Civil", com redação alterada pelo o art. 41 da Lei 9.307/96, determinam, respectivamente, a extinção do processo sem julgamento do mérito "pela convenção de arbitragem", incumbindo ao réu alegar na sua defesa a presença dessa cláusula contratual.

Assim é que a simples existência de qualquer das formas de convenção de arbitragem estabelecidas pela nova lei - 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 litigantes, sem a concordância do outro, poderá arrepender-se da opção anterior, livremente estabelecida no sentido de que

eventuais conflitos sejam dirimidos através do juízo arbitral.

"In casu", restou estabelecido no contrato que instrumentaliza a cobrança forçada, a seguinte cláusula compromissória:

"A legislação aplicável será a brasileira. Todas as disputas, controvérsias ou diferenças existentes entre as partes aqui definidas, relativas e em conexão com este Acordo, que não possam ser resolvidas amigavelmente deverão ser definitivamente solucionadas através de arbitragem, de acordo com regras do ICC - Câmara Internacional de Comércio, em Paris/França" (fl. 41-TA, apenso).

Nesse contexto, alegada pela parte contrária em sede de embargos à execução (fl. 04/05-TA), outra alternativa não poderia ter sido adotada senão a extinção da execução sem o julgamento do mérito, por faltar pedido juridicamente possível, pelos motivos explicitados "in retro", fato este que inviabiliza proceder exame do mérito da causa nesta jurisdição comum, em detrimento do Juízo Arbitral, livremente eleito pelas partes através da transcrita cláusula compromissória.

Parafraseando José Anchieta da Silva, em seu estudo monográfico sobre a matéria em questão: "... não se pode deixar de consignar o fato de que o legislador foi cuidadoso em não permitir agressão, mínima que fosse, àquela prerrogativa de cidadania inculpada no inciso XXXV do cânone 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça o direito). E o fez exatamente porque, nascido da vontade livre das partes, a arbitragem pertence ao terreno da transação e transação sobre direitos patrimoniais disponíveis." ("Arbitragem dos Contratos Comerciais no Brasil", Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 42).

Não se pode acolher a tese de inaplicabilidade "in casu" da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, sob o fundamento de que a cláusula compromissória fora inserida no contrato executado assinado em 30 de junho de 1994 (fl. 41/42, apenso), uma vez que o questionado instituto consubstancia matéria estritamente processual, fato este que torna irrelevante que a arbitragem tenha sido convencionada antes da vigência da lei em comento, visto que, como se depreende do artigo 1.211 do Estatuto Processual, a lei tem incidência imediata, vale dizer, alcança os contratos em andamento.

Essa regra, de ordem geral, só não se aplica se houver previsão legal em contrário. Foi, aliás, o que aconteceu com a Lei 9.307 que, tendo sido publicada em 23 de setembro de 1996, entrou em vigor sessenta dias após essa data, na expressão do próprio art. 43, sendo, contudo, inteiramente aplicável ao caso "sub judice", visto que a pretensão executiva foi apresentada em juízo em 03 de junho de 1997 (fl. 62-TA, apenso), portanto, na vigência da lei nova.

Efetivamente, quanto à eficácia da lei processual no tempo, o direito brasileiro adotou o sistema de isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos que se aplica aos atos processuais a praticar, sem qualquer limitação.

Com precisão resume-se a posição doutrinária de Moacyr Amaral dos Santos:

"A estes, principalmente, aplicam-se os princípios expostos: válidos e eficazes são os atos realizados na vigência e conformidade da lei antiga aplicando-se imediatamente a lei nova aos atos subsequentes ("Primeiras Linhas do Direito Processual Civil", 6ª ed., 1/27) ”.

Mediante tais considerações, dá-se provimento ao recurso, para acolher os presentes embargos, extinguindo a execução sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VII, c/c. 301, IX, ambos do Código do Processo Civil, cassando-se, destarte, a r. sentença do Juízo singular, com inversão do ônus da sucumbência.

Custas recursais, pelas apeladas.

O SR. JUIZ DUARTE DE PAULA:

A opção pelo juízo arbitral é o modo de excluir a jurisdição oficial, autorizada em lei, na constituição ou na formação do contrato, conforme preceitua o art. 1072 do CPC, principalmente em se tratando de direitos patrimoniais sobre os quais admite-se a transação.

Firmado o compromisso de se submeter ao árbitro extrajudicial, pode o réu, no presente caso a devedora aceitar a jurisdição estatal, mas tendo excepcionado no prazo de defesa a garantia contratual, não há como conhecer e decidir a questão no juízo comum, se outro for a vontade das partes ao consolidar o negócio jurídico.

Com tais adminículos, acompanho o exuberante voto da ilustre Relatora.

O SR. JUIZ KILDARE CARVALHO:

Conheço do recurso.

Também, entendo, como o eminente Relatora, que é de se aplicar à espécie a Lei 9307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre o juízo arbitral. Tal diploma normativo, por ter incidência imediata, alcança os contratos, ainda que celebrados anteriormente à sua vigência. Ademais, havendo sido alegado, pela apelante, em contestação, o óbice da cláusula compromissória arbitral, prevista no instrumento subscrito pelas partes, impõe-se a extinção do processo de execução, sem julgamento do mérito, já que inibido se acha o Poder Judiciário do conhecer do mérito da questão, por impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da previsão do juízo arbitral.

(b) Aplicação Imediata da Lei de Arbitragem - A decisão ad quem retrotranscrita deu curso ao contido no artigo 1.211 do diploma processual brasileiro⁴⁸.

A natureza jurídica da cláusula arbitral assenta-se no consenso, na bilateralidade da contratação, onde as partes visam o deslocamento da jurisdição com enfoque na resolução prática e pacífica do potencial conflito.

Daí que seus efeitos atingem e se produzem na arena processual. E, assim sendo, não importa quando o pacto foi ajustado. A norma de cunho processual, ao contrário daquela essencialmente de direito material⁴⁹, tem aplicação imediata.

Isto porque, dentre as três teorias elaboradas com o intuito de resolver a questão de direito intertemporal na aplicação das regras adjetivas, o legislador acabou por optar pela corrente que trata os atos processuais de modo estrito e isolado. É o chamado sistema de isolamento dos atos processuais.

O sistema da unidade processual, ao radicalizar o entendimento de que o complexo dos atos que compõem o processo é uno e forma um todo processual necessário ao atingimento da síntese jurisdicional - aplicação do direito ao caso concreto - encontrou óbice no dilema da aplicação da lei antiga ao litígio sub judice ou da retroatividade da lei nova.

Conquanto mais razoável o sistema das fases processuais, onde os atos são grupados em quadras autônomas - postulatória, probatória, decisória e recursal - e o princípio da irretroatividade da lei não é afrontado, o nosso Código de Processo Civil de 1973, em linha com a doutrina, acatou o sistema de isolamento onde cada ato tem seu valor e brilho próprios, produzindo efeitos insulados para fins de aplicação da nova lei processual. Assim, a unidade processual subsume-se a cada ato⁵⁰.

É essa a posição adotada pelo direito processual pátrio e que tem sido sustentada pela jurisprudência de nossa mais alta Corte de Justiça⁵¹.

Nesse sentido, extremamente negativa a postura da ré nos autos do processo objeto da decisão em foco que, para desobrigar-se do ajuste prévio e bilateralmente pactuado, lança mão do argumento da inaplicabilidade da lei nova, em nítida inconsistência legal e, antes de tudo, moral, pois, ao atacar a eficácia do ajuste, desrespeita o pacta sunt servanda e viola a boa-fé que deve imperar nas relações jurídicas.

Se os efeitos do dispositivo arbitral não eram para ser validados, por que acordada a solução extrajudicial do conflito? Se os negócios jurídicos geram direitos à parte contratante, por certo a envolvem em obrigações e, acima de tudo, impõem-lhe deveres.

A liberdade de contratar deve ser digerida com responsabilidade e respeito ao outro contratante. Ela não é conferida ilimitadamente ao agente e não pode ser usada com desprezo e indolência pelo indivíduo em desproveito flagrante ao direito do outro.

O Estado não se presta a fins antijurídicos e refuta atitudes da espécie, pois condena a alegação da própria torpeza.

(c) Aspectos Pontuais da Cláusula Compromissória - Tão somente um registro quanto à excelente decisão ora comentada.

Conforme já expressado na 1ª Parte deste trabalho (cf. nº 3, inciso I, letra a), não é fato que a existência de cláusula compromissória deve ser apontada em preliminar pela ré. O artigo 301, § 4º, do CPC52 permite essa atuação direta do juiz togado e, ao contrário do que constou da decisão acima, não impõe ao litigante o ônus dessa exceção, ao menos quanto à existência de cláusula arbitral.

O mesmo não acontece com o compromisso, pois este é ato acessório que complementa e instrumentaliza o direito da parte já acordado e suficientemente comprometido através da cláusula compromissória. Ajustada esta, cumpre às partes instituir a arbitragem. Nada mais, nada menos.

O compromisso é meio condutor do ajuste prévio, e pode ser documentado sob várias formas.

Surgida a controvérsia, torna-se obrigada a parte a instituir a arbitragem e não, como pensam alguns, a

firmar o compromisso.

Daí a importância natural que se afirma da cláusula compromissória, ao reverso do que se extrai do compromisso.

Essa relevância foi sentida e retratada no dispositivo processual, ciente o legislador, ainda, de que 80% das arbitragens se originam da cláusula arbitral. Advertido das agruras passadas, expressou o formulador legal seu intento de assegurar ao magistrado a oportunidade de firmar objeção ao curso do processo quando vislumbrar eficaz a cláusula contratual de arbitragem.

Tamanha preocupação e precaução não se faz intensa no caso do compromisso, pois, com este, resulta a obrigação do árbitro que aceitou o encargo de instituir e dar andamento à arbitragem, mesmo na hipótese de revelia das partes, sob pena dos consectários legais.

Resta, assim, a certeza de que o cerco da lei deveria situar-se em instituto mais proeminente, profícuo e sensível ao atingimento do resultado prático pretendido pelos contratantes.

Ao que podemos inferir da decisão em apreço, duas palavras de ordem prática sobre a cláusula compromissória merecem ser encaminhadas.

A primeira, quanto à interpretação do contido na redação "de acordo com regras da ICC - Câmara Internacional de Comércio, em Paris/França" constante da cláusula compromissória posta à discussão judicial.

Queriam os contratantes vincular-se tão-somente às regras procedimentais da Câmara de Arbitragem da ICC ou, também, ao foro parisiense para a resolução do conflito?

Com certeza, quem apostou na segunda opção cobre-se de razão. O choro é livre, mas o veredicto é inafastável: aplicam-se à arbitragem as normas dispostas no Regulamento da ICC e o local da arbitragem será Paris. Ao menos o foro jurídico - da prolação da sentença arbitral - será na França.

A arbitragem pode-se desenvolver em vários locais e até por video-conferência, mas o situs a produzir os efeitos de direito deverá ser aquele fixado na cláusula arbitral. Estabelecido ou ao menos mencionado Paris/França, por certo optaram as partes por esse place of seat, vez que só existe uma Câmara de Arbitragem da ICC e, sendo, assim, despidendo para os fins contratuais qualquer menção à Paris se não para afirmar o local da arbitragem.

É esse, por sinal, o entendimento firmado pela própria Câmara de Arbitragem da ICC.

Como registram Fouchard, Gaillard e Goldman, "La Cour tient également compte de tout facteur qui indiquerait un choix implicite des parties. Ainsi, lorsque la clause compromissoire, sans désigner le lieu de l'arbitrage, se réfère a l'arbitrage de la CCI "à Paris" ou "de Paris", la Cour y voit un choix indirect de Paris comme lieu de l'arbitrage. À ses yeux, en effet, il n'existe qu'une Chambre de Commerce Internationale, et comme les mots "à Paris" ou "de Paris" ne sont pas nécessaires pour identifier l'institution arbitrale, ils peuvent être interprétés comme un indice du siège de l'arbitrage⁵³".

A segunda observação trata-se, na realidade, de uma advertência.

A arbitragem é instituto que visa solucionar disputa, disputa essa de cunho ilíquido ou controvertido. Não se presta, ou ao menos não se deveria prestar, a solucionar questões passíveis de execução forçada.

Daí por que a cláusula compromissória não cabe ser ajustada em instrumento de confissão de dívida.

Ou, de outro lado, deve ser ressalvada sua aplicação, quando o contrato contiver obrigações de pagamento a termo certo ou outras passíveis de execução específica.

Presta-se, pois, para a solução de questões efetivamente conflituosas para as quais o nosso sistema legal não confira meio mais ágil e direto de solução.

A Lei Marco Maciel não excetuou essas possíveis situações, que levará a um estranho impasse a parte que desejar receber o pagamento contratado, vencido e não pago oriundo de contrato com estipulação arbitral: terá que instituir a arbitragem para obter uma sentença de confirmação do inadimplemento já afirmado expressamente dos termos do contrato ou, quiçá, requerer o afastamento dos efeitos da cláusula para que adentre o caminho mais rápido da execução.

Conquanto a alegação de que o intuito do dispositivo arbitral tem por fim a solução de efetiva e real disputa que exigisse e trabalhasse o contraditório em sua devida interpretação e de que, ademais, a boa-fé deve permear todas as relações jurídicas e seus consectários processuais, a verdade é que, ao que nos parece, somente a lei de arbitragem inglesa de 1950 (não mais em vigor) previa a possibilidade do acesso direto ao Judiciário nessas hipóteses extravagantes⁵⁴.

A solução mais prática e rápida consistirá na introdução de dispositivo de ressalva ou de resguardo de direitos protegidos por execução judicial (v.g. acordo de acionistas) nos Regulamentos de Câmaras de Arbitragem até que possamos observar a evolução da jurisprudência arbitral e judicial no que toca ao tema.

Órgão: PRIMEIRA TURMA CÍVEL

Nº Processo :1999.00.2.001609-5

Classe: AGI - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravantes: JOSÉ DE ASSIS SANTOS DA SILVA, CARLLA OLIVEIRA MELLO DA SILVA

Agravado: WANDERLEY BATISTA RABELO

Relatora Desa.: VERA ANDRIGHI

EMENTA

JUÍZO ARBITRAL - CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA - Havendo convenção das partes para solução dos eventuais conflitos através de arbitragem, e em sendo as mesmas capazes e o direito disponível,

exclui-se a participação do Poder Judiciário na solução de qualquer controvérsia. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da PRIMEIRA TURMA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, VERA ANDRIGHI - Relatora, WALTER XAVIER e JOÃO MARIOSOSA - Vogais, sob a presidência do Desembargador JOÃO MARIOSOSA, em CONHECER. DAR PROVIMENTO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 25 de outubro de 1999

RELATÓRIO

José de Assis Santos da Silva e Carlla Oliveira Mello interpuseram agravo de instrumento contra decisão proferida nos autos da ação de desfazimento de negócio jurídico cumulada com imissão de posse e indenização por lucros cessantes ajuizada por Wanderlei Batista Rabelo.

.....

Sustentam os agravantes que contrataram a compra e venda do imóvel sito na QL 28, conjunto 6, casa 9 e que na cláusula oitava houve a eleição do foro de Brasília e convenção sobre a adoção de arbitragem para a solução das questões emergentes, nos termos da Lei nº 9.307/96.

Portanto, conclui o agravante que houve renúncia ao procedimento judicial, não podendo qualquer das partes renunciar àquela cláusula compromissória. Pede o indeferimento da inicial e o julgamento do processo sem julgamento do mérito, além da imediata suspensão da medida antecipatória concedida.

.....

VOTOS

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Relatora

.....

Pretende o agravante ver prevalecer o convencionado entre as partes sobre a solução alternativa de conflito, por meio de arbitragem - Lei 9.307/96.

Dispõe a cláusula oitavo do contrato de compra e venda que quaisquer questões emergentes daquela relação jurídica será dirimida por meio da arbitragem, excluindo, assim, a participação do Poder Judiciário na solução de qualquer controvérsia, sendo as partes capazes e o direito patrimonial discutido, de natureza disponível.

Por essa razão, não ocorre violação constitucional (art. 5º, inc. XXXV), pois a hipótese é dada as partes optarem por forma alternativa de solução de conflito.

Há uma diferença substancial entre cláusula compromissória e o referido compromisso arbitral. O que a cláusula oitava do contrato contém é a cláusula compromissória, que nada mais é do que uma convenção das partes para solução dos eventuais conflitos através de arbitragem.

A cláusula em exame preencheu os requisitos da Lei de Arbitragem, que apenas exige que esta convenção seja escrita, inserta ou não no contrato. Assim, as razões invocadas na resposta ao agravo de instrumento estão desfocadas por confundirem institutos.

Isto posto, conheço do agravo de instrumento e no mérito dou-lhe provimento para cassar a decisão que concedeu a antecipação da tutela de imissão na posse.

d) Na Dúvida, Pró-Arbitragem - Em princípio, não é coerente a fixação de cláusula compromissória em contrato que dispõe, expressamente, sobre eleição de foro.

São dois dispositivos que se chocam dados os efeitos opostos que deles emanam. Ou bem estipula-se a jurisdição ordinária para a solução de possível controvérsia oriunda do contrato ou, muito que bem, ajusta-se a arbitragem como o meio próprio para sua pacificação.

A escolha da arbitragem exclui, naturalmente, a jurisdição estatal. Salvo nos casos expressamente ressalvados por cláusula contratual (v.g. tutela judicial de direitos passíveis de execução), o convívio desses dois institutos - cláusula compromissória e foro de eleição - em um único instrumento contratual é insustentável.

Em algum momento o conflito de efeitos surgirá e a dúvida estará posta a interpretações. Qual terá sido, efetivamente, o intuito das partes ao inserir ambas as jurisdições - judicial e arbitral - como competentes para dirimir a questão contratual?

Essa análise há que estar em sintonia com a doutrina e as decisões das cortes nacionais e estrangeiras. Nesse particular, nos casos de inconsistências do contido na cláusula compromissória, de disputas advindas do choque de seus efeitos com outras estipulações e de incertezas na extensão de seu escopo, tem prevalecido aqui e alhures o princípio "na dúvida, pró-arbitragem".

Essa tendência tem origem na relevância dos princípios maiores da liberdade, da solidariedade, da boa-fé e do pacta sunt servanda, nos termos do amplo e adequado apoio emprestado pela comunidade internacional. O resultado prático traduz-se na efetivação do direito natural de acesso à justiça por meio de mecanismo eficiente e consensual de pacificação de conflitos.

Esse apoio tem sido incondicional e, muitas vezes, institucional, como no caso das recentes decisões de Cortes Federais norte-americanas enfatizando essa política de suporte à cláusula compromissória⁵⁵.

O amparo à arbitragem, venha do específico suporte à convenção e seus reflexos, da visão teleológica do próprio instituto que põe relevo ao substantive due process of law ou dos preceitos, hoje revigorados, que a sustentam, atinge seu desiderato na atitude demonstrada pelo judiciário dos vários países onde se desenvolve.

Aliás, mesmo naqueles onde inexiste, temporariamente, legislação contemporânea que lhe assegure maior

segurança, como no caso da Argentina, essa colaboração é sentida e manifesta. Assim, no entender da Suprema Corte desse país, "Una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la jurisdicción arbitral permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, respetando la voluntad de las partes para la solución de las controversias con sujeción al orden jurídico que la Constitución Nacional y sus normas derivadas establecen⁵⁶".

Também no Brasil o Judiciário começa a se pronunciar em prol do instituto. Mais especificamente, no que diz respeito à regra contratual prevalecente de eleição de jurisdição, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assegurou o "favor arbitral", nos termos da declaração de voto vencedor da lavra do eminente Desembargador Silveira Netto, verbis:

"Ao se estabelecer a forma de arbitragem, com a escolha clara das regras da Câmara Internacional de Comércio, a estipulação contratual que rezava sobre aplicação da Lei Brasileira e com eleição de foro para a Comarca de São Paulo, ocorrendo a arbitragem, certamente, por incompatíveis com o ajustado deixava de ter força.

Especialmente porque estavam todos os instrumentos sendo assinados na mesma data, compreende-se, no mesmo instante. Assim, cláusulas que possam se mostrar conflitantes, devem ser interpretadas e estudadas na sua particularidade e não na generosidade do combinado. O princípio contratual dominante, sem dúvida, o arbitramento.

E sob tal enfoque afastadas as disposições que têm pouca afinidade com a marca vinculativa do que vinha sendo acordado⁵⁷".

Nesse sentido podemos inferir com alguma segurança que a prática arbitral, no Brasil, evolui em harmonia com os conceitos que preponderam nas jurisdições estrangeiras, dadas as recentes e alinhadas decisões judiciais⁵⁸.

(e) Detalhes da Cláusula Compromissória - Como já mencionado no bojo desse trabalho, a Lei Marco Maciel centrou bateria nos contornos jurídicos da cláusula arbitral sem com isso carrear qualquer excesso formalístico ao instituto.

Com isso, transformou dispositivo até então esnobado e maltratado⁵⁹ em norma eficaz e suficiente a produzir o efeito último desejado: instituir a arbitragem.

De mero pactum de compromittendo a autorizar impune inadimplemento, em ostensivo benefício da má-fé, foi transformada pelo legislador em regra plena de eficácia e, por isso, de sujeição obrigatória.

Basta, para isso, a bilateralidade do ajuste e que venha previsto, regra geral, em contrato ou em documento apartado que a ele se refira⁶⁰.

Foi intenção do legislador viabilizar o acesso à arbitragem sem maiores delongas ou rígidas formalidades. Se há alguma espécie de contrato, possível a estipulação do pacto prévio. Seja no âmbito do próprio instrumento ou de outro que a ele se relacione.

Registre-se, também, que a cláusula compromissória empresta efeitos de direito à solução de conflitos não oriundos de um contrato específico⁶¹.

Assim, por exemplo, é válida a cláusula arbitral acordada por proprietários com vistas a pôr fim a potenciais disputas advindas do uso e exploração individual das unidades.

Apesar de a relação jurídica ser regida pelas normas de direito aplicáveis à matéria, inclusive regimentos internos, a controvérsia redundará de fato ou ato cuja ação ou omissão viola direito subjetivo e não dispositivo contratual.

A arbitragem terá sido contratada pelo ajuste único da cláusula arbitral, esgotando-se em si mesma, tendo seu objeto raio de atuação pré-conhecido e delimitado. Destarte, irrelevante se o conflito surge do desrespeito a cláusulas e condições contratuais ou da violação de regras de direito que regem aquela determinada relação objeto da cláusula compromissória.

Desde que reconhecidos os limites em que se encontra inserida a possível controvérsia, não importa a amplitude das questões arbitráveis e se advém, ou não, de fato extracontratual ou originado de direitos e obrigações expressos em instrumento produzido para determinada relação jurídica.

Não cremos que a sistemática arbitral brasileira afaste essa interpretação pela vinculação da convenção a contrato, constante da letra do artigo 4 da Lei Marco Maciel⁶². Imperativo que as questões passíveis de arbitragem estejam, sim, delimitadas em seu objeto jurídico.

Destarte, ineficaz, a nosso ver, é a cláusula compromissória branca, sem fronteiras, onde as partes convencionam submeter à arbitragem todos os litígios que vierem a ocorrer em razão de qualquer ato ou fato por elas praticados ou delas provenientes seja qual for a relação jurídica afetada.

Se determinada ou determinável a questão conflituosa, são de se aplicarem os efeitos da cláusula compromissória.

Se o direito rechaça a cláusula de escopo aberto que se projeta sem limitações, por outro lado, não impõe que as controvérsias arbitráveis estejam pré-constituídas ou de todo determinadas no momento de sua assunção.

As nuances havidas entre o determinado e o determinável já não importam mais ao intérprete.

Os instrumentos contratuais, por sua própria natureza, trazem em si, freqüentemente, comandos de cunho determinável a necessitar de convalidação futura e, nem por isso, traduzem-se em meras projeções de direito desprovidas de eficácia.

A inexecuibilidade dessa específica obrigação de fazer afronta o nosso sistema legal, mormente após a radical mudança conceitual das normas processuais na direção da efetividade e da busca da concretização do negócio jurídico contratado.

Como bem assinala Antônio Junqueira de Azevedo, "Em direito, como regra, pouca diferença se faz entre o que é determinado e o que é determinável, eis que, em todo sistema jurídico baseado na lei, há sempre

uma margem de indefinição, que dever ser preenchida em cada caso particular; há sempre necessidade de concretização. Também em matéria de negócio jurídico, em especial nos contratos, que constituem um 'programa' das partes, para ordenar seu comportamento futuro, existe a mesma indeterminação, - e, muitas vezes, por força da própria natureza jurídica dos institutos, como nas obrigações de dar coisa incerta (arts. 874 a 877, do Código Civil), nas alternativas (arts. 1.118 a 1.121) do Código Civil) e na própria compra-e-venda simples (arts. 1.123 a 1.124 do Código Civil). Não há, pois, como confundir o determinado, que depende somente de concretização, com o indeterminado, que exige acréscimo substancial ex-novo" (in "Arbitragem e o Direito do Consumidor", apud "Temas Atuais de Direito", Ed. LTr, SP, pp. 153/154)⁶³

- A bilateralidade é inerente ao sistema arbitral dado que a cláusula compromissória advém de convenção acordada pelas partes. O consenso é pressuposto de validade da cláusula de eleição da jurisdição arbitral. Sua fonte é legal - a par dos princípios que a norteiam - eis que o parágrafo segundo do artigo 4 da Lei 9.307/96 a expõe ao registro normativo. Assim, nos contratos de adesão, onde a unilateralidade da disposição é a tônica, as eficácias positiva e negativa são mitigadas em desproveito do fornecedor.

Na realidade, os efeitos da cláusula quedam-se suspensos em favor da contratante aderente que, desejando, em ato unilateral de vontade poderá tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar com a sua instituição.

Assim, a validade e a eficácia do pacto arbitral ficam a depender, exclusivamente, de ato expresso, unilateral e voluntarioso daquele a quem foi imposta a contratação.

Surgida a controvérsia, resta ao fornecedor aguardar a manifestação de vontade do aderente, que poderá escolher a jurisdição de seu interesse, seja a judicial ou a arbitral, reservando-se à outra parte tão somente a obrigação de respeitar e acatar a expressão do interesse jurídico do aderente.

Contrariado o legislador com uma das formas de abuso de direito mais disseminadas nas relações jurídicas contemporâneas, registrou ele, expressamente, seu sentimento de proteção aos mais fracos.

- Como referido no artigo 4 da Lei Marco Maciel, não importa se a cláusula compromissória está inserta no contrato ou em documento apartado. Há que ser escrita.

Afinal, a produção de suas eficácias tradicionais - positiva e negativa - depende de sua instrumentalização a evidenciar, inequivocamente, a convenção ajustada.

Se a cláusula está acordada em documento epistolar, isso não é problema para o legislador. Inobstante possíveis reticências a atormentar os contratantes, a previsão há de produzir seus efeitos legais.

Afinal, o conjunto epistolar é larga e longamente admitido em nosso sistema jurídico. Deve valer a intenção expressa na correspondência. Prepondera o escrito.

A validade do pacto compromissório epistolar impulsionou a tendência moderna de assegurar legitimidade a formas mais ágeis e amplas de estipulação da jurisdição não estatal.

O direito positivo e a jurisprudência têm prestigiado a deformalização dos rigores que cercavam o ajuste, emprestando eficácia à estipulação compromissória acordada por telex, correio eletrônico, conhecimento

de embarque, ordens e faturas comerciais, não inibindo sua existência e sua eficácia na ausência de assinatura das partes⁶⁴.

OITAVA CÂMARA CÍVEL

TRIBUNAL DE ALÇADA - RS

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº 197050990

AGRAVANTE

B & d D ELETRODOMÉSTICO LTDA.

AGRAVADA

OK FERRAMENTAS ELÉTRICAS LTDA.

JUIZO ARBITRAL - Cláusula compromissória inserida no contrato de representação comercial - Direitos reclamados, perante o judiciário, por uma das partes com fundamento no contrato - Carência de ação art. 267, VII c/c 301, IX DO CPC - Agravo provido.

VOTO

1. A Agravante pede a reforma do despacho que desacolheu a carência de ação porque as partes elegeram contratualmente o Juízo Arbitral para dirimir as controvérsias originadas em divergência quanto ao cumprimento do contratado. A Dra. Juíza desacolheu a alegada carência de ação sob argumento de que "... o negócio jurídico firmado restou resiliado anteriormente a data de promulgação da Lei de Arbitragem ora vigente e, não se aplica esta àqueles casos já resolvidos antes do advento da lei nova".

2. Em suas contra-razões ao agravo, fls. 65, diz a Agravada que a cláusula 18 do contrato de fls. 36 "... não pode ser mais invocada tendo em vista que o contrato à época da propositura da Ação já estava extinto".

A cláusula 18ª é taxativa e acordada pelas partes: "... qualquer controvérsia ou litígio entre as partes, resultantes deste contrato ou com o mesmo relacionada que não seja resolvida de comum acordo pelas partes, será a pedido escrito de qualquer delas, dirimidas por juízo arbitral, na forma da legislação brasileira".

Não vejo como fugir da conclusão que as partes estão vinculadas ao juízo arbitral. Embora ausente dos autos a inicial da ação proposta pela Agravada trata-se de lide com fundamento no contrato de representação de fls. 36 onde se pede indenização ou pagamento por serviço de representação. Ora, o pedido é resultado do contrato e, indubitavelmente com ele relacionado.

Razão pelas quais acolho o agravo que tem fundamento no Art. 267, VII c/c 301 IX do CPC e no contrato

com fundamento no qual ingressou a Agravada em juízo para extinguir o processo condenando a Agravada nas custas e honorários dos patronos da Agravante que arbitro em 10% do valor da causa, uma vez que o feito, como se vê pela certidão de fls. 72 já se estende ao início da perícia com quesitos já apresentados.

O Dr. JORGE LUIS DALLÁGNOL - De acordo.

O DR. JOSÉ FRANCISCO PELLEGRINI - De acordo.

Porto Alegre, 25 de junho de 1997.

(f) Competência do Árbitro para Dirimir as Questões de Validade, Existência e Eficácia da Convenção de Arbitragem e do Contrato que Contenha Cláusula Compromissória - A par de mais uma consagração judicial da eficácia negativa da cláusula compromissória, a acertada decisão retomada leva-nos a trazer a debate os temas contidos no artigo 8 da Lei Marco Maciel⁶⁵: autonomia da cláusula compromissória e a jurisdição do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição.

O princípio *Kompetenz/Kompetenz* é corolário da regra universal da autonomia da cláusula compromissória.

Mas com ela não se confunde. Enquanto o primeiro se traduz na jurisdição do árbitro para dirimir questões intimamente ligadas a seu status jurídico de julgador (v.g. capacidade para apreciar a controvérsia; amplitude de seus poderes) e à existência, validade e eficácia do contrato e da convenção de arbitragem, o preceito da autonomia do pacto (*severability clause*) revela-se como uma ficção jurídica que importa em total desprezo, e extrema neutralidade, da cláusula compromissória quanto à sorte do contrato onde está inserida.

A cláusula compromissória é indiferente aos vícios e pecados do contrato vez que estes não a atingem por conter em si mesmo negócio jurídico distinto e de efeitos processuais⁶⁶.

A eficácia da regra da autonomia independe de concordância específica e, por caracterizar essa autonomia mera ficção, não impõe ato distinto daquele firmado normalmente pelas partes para ser incorporada legitimamente a uma cessão de direitos e obrigações contratuais⁶⁷.

No caso de transferência ou cessão do contrato em que está incorporada, cabe àquele que assume a relação jurídica ajustar com o cedente, previamente, o desfazimento da estipulação compromissória. Caso contrário, a ele se impõe o ajuste, legitimamente, com todos os seus consectários.

A despeito do que dispõe o artigo 8 da lei de arbitragem - autonomia e jurisdição do árbitro - caberá ao juiz ordinário a oportunidade de apreciar e decidir sobre a validade, eficácia e existência da convenção de arbitragem, bem como do contrato⁶⁸, no caso de a instituição da arbitragem vir a ser objeto de execução específica.

O princípio *Kompetenz/Kompetenz*, nesse caso, não se apresenta - inobstante razões de economia processual - pois a sentença-compromisso a ser prolatada pelo juízo estatal está a depender do

enfrentamento daquelas questões preliminares. A regra da jurisdição do árbitro não é absoluta, mitigando-se em favor do juiz togado quando acionado o artigo 7 da Lei Marco Maciel.

Notas

¹ Resp. 15231 - RJ (91.0016671-5), 12-11-91, STJ, 4ª turma.

Resp. 616 - RJ (89.9853-5), 24-04-90, STJ, 3ª turma.

² Autos nos 3521 e 3237/99, Tasa Participações Ltda. vs. Hunter Douglas do Brasil Ltda. Ação de indenização c.c. pedido de execução de obrigação de fazer.

³ Segundo P. Fouchard, E. Gaillard e B. Goldman, "le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de fond est aujourd'hui très solidement établi en droit français" (in *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Litec, Paris, 1996, p. 214) apud Pedro A. Batista Martins, in *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem* (em conjunto com Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona), Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 218.

⁴ Pedro A. Batista Martins, op. cit. p. 218.

⁵ A aplicação dessas regras de exceção deve ser ponderada no caso a caso e visa proteger o interesse legítimo do credor garantindo-lhe pleno acesso à justiça, evitando, assim, inaceitável denegação. A American Arbitration Association, preocupada com as habituais necessidades das partes em obter tutelas preliminares, inseriu em seu Regulamento um conjunto de dispositivos que visa a essa imediata satisfação, como relata John M. Townsend (in *Corporate Counsel*, "What to Do Until the Arbitrator Comes: Obtaining Preliminary Relief"): "The result [lack of acceptance to obtain through arbitration urgent preliminary relief] was that a party who felt need, for example, to obtain a preliminary injunction to restrain disclosure of trade secret or use of a trademark, or to obtain an attachment, had no recourse to court if arbitrators had not yet been appointed. ... To fill this gap, the AAA has included new procedures, called the Optional Rules for Emergency Measures of Protection, as part of the AAA's new Commercial Arbitration Rules that became effective on January 1, 1999".

⁶ Essas situações, aparentemente incoerentes, também podem ser registradas, quando a tutela é requerida

em comarcas longínquas onde nem sempre se encontra de prontidão o juiz competente para apreciar a questão. Nesses casos, dada a urgência, o juízo disponível (mesmo incompetente) despacha interinamente o pedido liminar, remetendo os autos, imediatamente, a quem de direito.

⁷ Pedro A. Batista Martins, op. cit. p. 374. Cf, também, decisões mencionadas na referida obra, p. 375.

⁸ Tese de doutorado ainda no prelo, Capítulo XVI, Parte 6 - Conflito entre a Decisão Arbitral e a Judicial (Apostila), p. 264.

⁹ Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

¹⁰ Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

¹¹ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

¹² Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou: II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

¹³ Apud Georgenor de Souza Franco Filho, in Arbitragem e os Conflitos Coletivos de Trabalho no Brasil, LTR, São Paulo, 1990, p. 24.

¹⁴ Apud Georgenor de Souza Franco Filho op. cit. p. 24.

¹⁵ Nos idos de 1984, o Poder Executivo, através do Ministério do Trabalho, diante da enxurrada de reclamações distribuída à Justiça do Trabalho e do alto custo que constitui cada ação para o Erário Público, encaminhou ao Congresso Nacional Projeto específico que impõe a conciliação prévia ao ajuizamento de demanda laboral e estabelece a definitividade da decisão arbitral - com ênfase, pois, nas cláusulas sem recurso - se escolhido esse meio alternativo pelas partes.

¹⁶ Art. 114. ... § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

¹⁷ Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recurso via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

¹⁸ Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. Pedro A. Batista Martins op. cit. p. 148.

¹⁹ Nesse particular, entendo não ser inconstitucional a arbitragem compulsória em nossa jurisdição se previstas hipóteses de revisão da decisão proferida pelo árbitro.

²⁰ Labor and Employment Arbitration, Minnesota, West Group, 1998, p.64.

²¹ Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

²² Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do

trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Cf. nas obras citadas de Pedro A. Batista Martins e de Georgeonor de Souza Franco Filho.

²³ Nesse sentido foi o pedido formulado pelo Ministério Público Federal nos autos da SE nº 5847-1, do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, ao considerar que as razões da contestação ao pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira caracterizariam litigância de má-fé (Sessão Plenária de 1/12/99, Relator Min. Maurício Correa, D.J. 17/12/99, Ementário nº 1976-2).

²⁴ Francesco Carnelutti, Instituições do Processo Civil, Vol. I, Campinas, Servanda, 1999, ps. 184/185. Ressalta, também, o mestre italiano, "é iudicata a res quando o juiz formulou o juízo de fundo tanto em sede contenciosa como em sede voluntária, tanto em sede definitiva como em sede cautelar" (p. 185).

²⁵ Segundo J. E. Carreira Alvim, op. cit., p. 33, "O Estado cumpre seus objetivos, jurídicos, econômicos e sociais através de órgão-ente, ou unidades de ação estatal concretamente determinadas, mas cumpre-nos, também, através de órgãos que só indiretamente poder-se-iam dizer compreendidos, em sua estrutura; verdadeiros órgãos-pessoa, ou particulares aos quais reconhece, em determinada medida, uma parcela do seu poder, e cujas decisões ele chancela com o selo da sua autoridade, outorgando-lhes idêntica eficácia à que confere às decisões dos seus próprios órgãos".

²⁶ Segundo o art. 469, CPC, não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

²⁷ A convenção de arbitragem é *res inter alios acta*, *aliis neque nocet neque prodest*: seus efeitos se produzem entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros. Esse princípio, contudo, não é de aplicação absoluta. Daí por que, como informa John M. Townsend (in "Agency, Alter Ego and Other Identity Issues: Nonsignatories and Arbitration", ADR Currents, Vol. 3, Number 3, September 1998, AAA publication, reprinted by Hughes Hubbard & Reed LLP), "Courts have used six legal theories grounded in contract or agency law to require or permit nonsignatories to arbitrate:

- (1) incorporation by reference,
- (2) assumption by conduct,
- (3) third-party beneficiary,

(4) agency,

(5) equitable estoppel, and

(6) piercing the corporate veil or alter ego.

The first three theories are fairly straight forward; the second three, however, have proved more difficult for the Courts to deal with and the boundaries between them are not always clearly marked... Employing one or more of these theories, signatories to arbitration agreements have been required to arbitrate disputes with nonsignatories, and (more rarely) nonsignatories have been required to arbitrate under clauses contained in contracts they have not signed. The Second Circuit explained: "It does not follow... that under the [FAA] an obligation to arbitrate attaches only to one who has personally signed the written arbitration provision" ... [A] nonsignatory party may be bound to an arbitration agreement if so dictated by the "ordinary principles of contract and agency." The FAA "merely requires that the arbitration provision itself be in writing," not that the party to be bound has signed it.

²⁸ STJ, 6ª Turma, Resp 28618-2-GO, rel. Min. Vicente Cernichiaro, 24/11/92 não conheceram v.u., DJU 18/10/93, p. 21890, 1ª coluna, Ementa (Nota 2A Theotônio Negrão, 26ª edição).

³⁵ Op. cit. Capítulo XVII, Parte 1 - Sentença Arbitral. Natureza Jurídica, p. 266. Com ênfase na autoridade de árbitro registra, ainda, Carneira Alvim (op. cit. Capítulo I, Parte 6 - Controle Difuso de Constitucionalidade na Arbitragem), com o aval de Nelson Nery Junior, que, dispondo de iudicium, pode o julgador privado afastar a aplicação da lei inconstitucional, pois mais não faz do que negar sua eficácia, até porque se pode decidir por equidade, até contra legem, quando investido do poder de "compositor amigável", por que não poderia deixar de aplicar a lei inconstitucional, declarando-se ineficaz na hipótese submetida a seu julgamento?.

³⁶ Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

³⁷ Apud Irineu Strenger, Arbitragem Comercial Internacional, São Paulo, LTr, 1996, p. 276.

⁴⁰ Vocabulário Jurídico, Vol. II, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 4ª edição, pág. 824.

⁴¹ Conforme registra De Plácido e Silva (ibidem), "nulidade, pois, em realidade, no sentido técnico-jurídico, quer exprimir inexistência, visto que o ato ineficaz, ou sem valia, é tido como não tendo existência legal. Falta-lhe a força vital, para que possa, validamente, precedentemente, produzir os efeitos jurídicos desejados".

⁴² Nesse particular, contudo, a jurisdição não é absoluta (cf. n° 5, inciso I, letra "f" deste trabalho).

⁴³ Segundo Fouchard, Gaillard e Goldman (Traité de l'Arbitrage... págs. 218 e 220), "Du fait de cette reconnaissance, le principe [d'autonomie] acquiert une légitimité plus grande qui va lui permettre d'être considéré comme une véritable règle transnationale de l'arbitrage commercial international...

Dans d'autres droits, c'est à la jurisprudence qu'il a appartenu de consacrer la règle. Tel est le cas en droit français. Tel est le cas également aux États-Unis d'Amérique où la Cour Suprême a admis dès 1967 dans un arrêt *Prima Paint v Flood and Conklin* ' qu'au regard du droit fédéral les conventions d'arbitrage sont séparables du contrat dans lequel elles sont incorporées'. Les droits allemand, italien et japonais semblent s'être prononcés dans le même sens".

⁴⁴ _Op. cit. págs. 123 e 124.

⁴⁵ Art. 32 É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; ... Conforme já tivemos oportunidade de registrar, "O inciso I do art. 32 autoriza o ataque ao laudo se nulo o compromisso. Não prevê a hipótese de instauração da querela nullitatis, no caso de nulidade da cláusula compromissória, por desnecessária. Se o compromisso, que pode ser formalizado através de vários documentos epistolares, for concluído por terceiro, outro que não a própria parte (v.g. secretário geral da instituição arbitral), com base em cláusula arbitral ineficaz, pode a ação ser intentada com fundamento no que dispõe o inciso I do art. 32 combinado, ainda, com a hipótese do inciso II do referido dispositivo legal, pois terá a sentença sido emanada de quem não podia ser árbitro, não por desqualificação técnico-profissional, mas por falta de competência para apreciar e julgar a matéria, já que sem efeito jurídico o pacto prévio" (in Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, págs. 414 e 415).

⁴⁶ Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. ... § 1º A demanda para a decretação da nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e

deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. § 2º ...

⁴⁷ Da Prescrição e Decadência, 3ª Ed., Forense, 1978, págs. 113 e 114.

⁴⁸ Artigo 1.211 - Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.

⁴⁹ Para essas, imperativo a observância do ato jurídico perfeito. Como assentado pelo Supremo Tribunal Federal (RE 193792-1-RS - rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, 10-12-96, D.J.U.-14-3-97, p. 6916, T. Negrão, Nota art. 1.211, 3 a), "A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas".

⁵⁰ Nesse particular, vale assentar a opinião de José Olympio de Castro Filho (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol.X, Forense, Rio de Janeiro, 1976, págs. 329/330): "Assim, ao contrário do que está na letra do art. 1.211, a nova lei, que, por exemplo, reduz o prazo da ação rescisória dos cinco anos anteriores para dois anos, não poderá ser aplicada em ação rescisória já proposta, à data da sua vigência, quando decorridos quatro anos da sentença rescindenda. Ou noutro exemplo: o Código que suprimiu recursos já interpostos anteriormente, não poderá ter aplicação quanto a recursos que antes existiam e estavam interpostos. Identicamente, a norma processual, que passou a não admitir a adjudicação ao credor exequente se há licitantes, não poderá ser aplicada a adjudicante que à sua data já tinha requerido a adjudicação, embora ainda não tivesse sido proferida a sentença de adjudicação. Por igual, nem adiantaria a lei nova aumentar o prazo para recurso contra a sentença se à sua data já se formara a coisa julgada. ... Em boa ciência processual, e em atenção à natureza do processo, que é uma série de atos, reconhecem quase todos, pelo menos após os ensinamentos de CHIOVENDA, que a lei processual tem aplicação não retroativa, como por equívoco alguns entenderam (ROUBIER), mas aplicação imediata, embora deva reconhecer os efeitos processuais dos atos já praticados regularmente sob a lei anterior". Equívoco alguns entenderam (ROUBIER), mas aplicação imediata, embora deva reconhecer os efeitos processuais dos atos já praticados regularmente sob a lei anterior".

⁵¹ "3. A Lei nº 9.307/96, dado o seu conteúdo processual, tem incidência imediata nos casos pendentes de julgamento" (Sentença Estrangeira Contestada nº 5.378-1 República Francesa, Tardivat International S.A. vs. B. Oliveira S.A. - Indústria, Comércio e Exportação, Min. Relator Maurício Correa, Tribunal Pleno, 3.2.2000, D. J. 25.2.2000).

"3. As disposições processuais da Lei nº 9.307/96 têm incidência imediata nos casos pendentes de julgamento - RE nº 91839/GO, Rafael Mayer, D. J. de 15.5.81" (Sentença Estrangeira Contestada nº 5847-1 Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Aiglon Dublin Limited vs. Teka Tecelagem Kuenrich S.A., Min. Relator Maurício Correa, Tribunal Pleno, 1.12.99, D. J. 17.12.99).

⁵³ [Traité de l'arbitrage...](#) pág. 570.

⁵⁴ Registre-se que o Arbitration Act de 1996 suprimiu essa ressalva e um caso da espécie já foi levado aos Tribunais (Halki case) e o juiz singular não deferiu a execução remetendo a parte à arbitragem, como consequência natural dos efeitos da cláusula compromissória (Frere, Cholmeley Bischoff, Review, October 1997).

⁵⁵ Evan W. Gray, "Recent Developments in Arbitration in the U.S.", Union Internationale des Avocats, XLI Congress, Philadelphia, 4.9.97

⁵⁶ [Energomachexport S.A. vs. Establecimientos Mirón S.A.](#), 11.7.96. Apresentação Dr. Roque Caivano, Rev. La Ley 1997-A-6.

⁵⁷ Agravo de Instrumento nº 124.217.4/0, Comarca de São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado, Agravante, Renault do Brasil S/A. e Agravados, Carlos Alberto de Oliveira Andrade e Outros, Voto nº 8.581, 16.9.99.

⁵⁸ Ap. Cível nº 92446-3 da 8ª Vara Cível de Curitiba. Apelante, Yvete Alves de Camargo Rego, Apelado, Administração e Participações Tacla Ltda., Rel. Juíza Dulce Marcia Ceccóni, Acórdão nº 6165, 8ª Câmara Cível, 11.8.97. Parece possível elencarmos essa decisão no rol daquelas que admitem o favor arbitral dadas (i) as contrariedades apontadas no Instrumento Particular de Transação e Outras Avenças onde estava estipulada a convenção de arbitragem, (ii) a disputa sobre a jurisdição competente e (iii) a unanimidade da decisão de direcionar as partes à esfera arbitral.

⁵⁹ Ressalvavam-se raríssimas exceções jurisprudenciais, sendo as últimas baseadas no Protocolo de Genebra de 1923 (promulgado no Brasil pelo Decreto nº 21187, de 22.3.32), e alguns poucos e insistentes

doutrinadores cujos argumentos ganharam força com as alterações sofridas pelo Código de Processo Civil, no início dos anos 90, visando assegurar maior efetividade ao processo.

⁶⁰ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

⁶¹ Esses casos incomuns reduzem as nuances genéricas que distinguem o compromisso da cláusula arbitral, mencionadas na 1ª Parte deste trabalho (cf. nº 3, inciso I, letra "a").

⁶² Em linha, atesta C. A. Carmona que o art. 808 do Codice di Procedura Civile faz expressa referência a contrato estipulado entre as partes, sem que isso tenha inibido doutrina e jurisprudência italianas quanto à aceitação da cláusula também em situações extracontratuais. (Arbitragem e Processo ... pág. 84).

⁶³ Apud Sentença Estrangeira Contestada nº 5847-1, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Min. Relator Maurício Correa, 01.12.99 D. J. 17.12.99.

⁶⁴ Reza a Convenção do Panamá - incorporada ao nosso sistema legal pelo Decreto nº 1902, de 9.5.96 - que o acordo constará do documento assinado pelas partes ou de troca de cartas, telegramas ou comunicação por telex (art. 1º).

⁶⁵ Art. 8º 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.

⁶⁶ Entretanto, como salienta J. E. Carreira Alvim, respaldado no magistério de Massimo Zaccheo, "a

autonomia da cláusula não impede, no entretanto, que a invalidade do contrato a ela se estenda, quando se tratar de uma causa comum à cláusula e ao contrato, como, por exemplo, a incapacidade de um dos convenientes, ou qualquer dos vícios que maculem a própria vontade" (Tratado Geral da Arbitragem, Belo Horizonte, Melhoramentos, 2000, pág. 237).

⁶⁷ O princípio da autonomia, contudo, tem levado doutrinadores e julgadores a considerar a adoção de lei específica para dirimir essa questão preliminar (validade da cláusula) distinta daquela fixada no contrato para a solução das controvérsias de fundo. Cf. Fouchard, Gaillard e Goldman, *Traité de l'arbitrage*...págs. 227/228 e Craig, Park e Paulsson, in *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2ª edição, ICC Publishing, Paris, 1994, pág. 72/74.

⁶⁸ A análise dessas matérias, no que tange ao contrato, deve restringir-se aos vícios que dele emanam e, por reflexo, fulminam de nulidade a cláusula compromissória (v.g. objeto ilícito; agente incapaz).