

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

CAMILE SOUZA COSTA

Cláusulas compromissórias patológicas: níveis de patologia e seu tratamento.
A evolução no direito brasileiro e comparado

Porto Alegre

2013

CAMILE SOUZA COSTA

Cláusulas compromissórias patológicas: níveis de patologia e seu tratamento.

A evolução no direito brasileiro e comparado

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Prof. Dr. Fabiano Menke como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel no curso de Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Porto Alegre

2013

CAMILE SOUZA COSTA

Cláusulas compromissórias patológicas: níveis de patologia e seu tratamento.

A evolução no direito brasileiro e comparado

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Prof. Dr. Fabiano Menke como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel no curso de Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Aprovado em 03 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Fabiano Menke

Professora Véra Maria Jacob de Fradera

Professor Sergio Luís Wetzel de Mattos

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, aos meus maiores exemplos de caráter, integridade e determinação: meus pais. À minha mãe, pelo incentivo constante à busca do conhecimento e a meu pai, pelo estímulo à procura de uma operacionalização prática das teorias estudadas. Ao meu irmão, pelo companheirismo e momentos de distração e diversão. A meu avô, por ter me mostrado desde cedo os benefícios do estudo e a importância de uma formação acadêmica. A minha avó, pelo exemplo de leveza e positividade na condução da vida.

Agradeço ao meu orientador, Professor Fabiano Menke, pelo atento e constante auxílio no desenvolvimento do presente trabalho. À Professora Véra Fradera, pela oportunidade de participar de seu grupo de estudos, que em muito tem agregado à minha formação tanto acadêmica como pessoal. À Professora Judith Martins-Costa, pelas brilhantes e instigantes aulas, as quais foram determinantes para o despertar de meu real interesse pelo Direito Privado e fundamentos do Direito como um todo. Agradeço aos meus colegas de grupo de estudos pela parceria e incensáveis discussões e às colegas e amigas que me acompanham desde o início da faculdade.

RESUMO

O presente trabalho aborda a temática das cláusulas compromissórias patológicas, analisando-as em sua teoria e prática, a fim de demonstrar a importância da redação atenta de uma cláusula arbitral, para que seja possível efetivar a intenção das partes em se valerem da arbitragem em caso de controvérsia. Analisam-se, de um lado, os níveis de patologias que uma cláusula arbitral pode assumir; e de outro, a maneira como tais patologias podem ser sanadas, isto é, a quem compete o saneamento e como se deve fazê-lo. Neste ponto, aborda-se a competência do judiciário, da instituição arbitral e do tribunal arbitral diante da necessidade de análise de uma cláusula patológica, para que se entenda em que momento cada um deve ser acionado. São analisados, ainda, os princípios interpretativos de que os referidos órgãos podem se valer quando da análise da cláusula patológica, para que se busque a comum intenção das partes no momento da sua redação. No decorrer do presente trabalho, chega-se a duas conclusões importantes. Primeiramente, diante dos reais problemas que uma cláusula patológica pode causar, conclui-se pela determinante relevância de uma maior atenção quando da negociação e redação de uma cláusula arbitral, a fim de que a intenção das partes de utilizar a arbitragem seja garantida. Em segundo lugar, tem-se que, mesmo diante de uma cláusula patológica, dependendo do nível da patologia, é possível que esta seja sanada, diante do acionamento do órgão correto, que aplicará os princípios interpretativos a fim de outorgar efeito útil à cláusula, fazendo valer a intenção das partes em utilizar a arbitragem. Ressalta-se, por fim, a relevância prática do presente estudo, diante da consolidação da prática arbitral em âmbito mundial, além de seu intenso crescimento em nível brasileiro.

Palavras-chave: arbitragem – cláusula compromissória – cláusula compromissória patológica – competência-competência – princípios interpretativos

RESUME

This thesis presents the issue of pathological clauses. It analyses the theory and practice of such matter in order to demonstrate the importance of a careful and observant draft of an arbitration clause. By well drafting an arbitration clause, the intention of the parties to submit their disputes to arbitration is granted. Initially, it examines the levels of pathology that one clause can assume. Then, the study focuses on how such pathologies can be cured, that is, who is competent for curing and how it must be done. On this point, in order to understand the moment when each of the following institutions is to be triggered, it studies the competence of the national courts, the arbitral institutions and the arbitral tribunal. Also it explores the principles of interpretation that the referred institutions may apply in order to find the common intention of the parties at the moment of the drafting of the pathological arbitration clause. Two important conclusions are reached during the present work. Firstly, having in mind the real problems that a pathological clause may cause to the parties, we conclude for the extreme relevance of a major attention during the negotiation and draft of an arbitration clause. This will secure the parties their intention of using arbitration as the means of solving their disputes. Secondly, we find that, even with a pathological arbitration clause, and depending on the level of the pathology, it is possible to cure it. This will depend on the competent organ applying the principles of interpretation in order to grant effectiveness to the clause, affirming the common intention of the parties to utilize arbitration. Finally, the practical relevance of the present study is reassured when we bear in mind the consolidation of arbitration internationally and also its intensive growing in Brazil.

Keywords: arbitration – arbitration clause – pathological arbitration clause – competence-competence – principles of interpretation

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: ENTRE TEORIA E PRÁTICA	14
2.1	TEORIA.....	14
2.1.1	CONCEITO DE ARBITRAGEM	14
2.1.2	AUTONOMIA PRIVADA NA ARBITRAGEM.....	15
2.1.3	NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	19
2.1.4	AVANÇOS DA LEI DE ARBITRAGEM	21
2.1.5	CONCEITO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	22
2.1.6	AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	23
2.1.7	EFEITOS: POSITIVO E NEGATIVO	24
2.2	PRÁTICA	30
2.2.1	COMO REDIGIR UMA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA?	30
2.2.2	CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PATOLÓGICA: UMA REALIDADE	38
3	NÍVEIS DE PATOLOGIA E SEU TRATAMENTO	45
3.1	NÍVEIS DE PATOLOGIA	45
3.1.1	CLÁUSULA CHEIA OU COMPLETA	57
3.1.2	CLÁUSULA VAZIA OU EM BRANCO	58
3.1.3	CLÁUSULA “MAL REDIGIDA”	60
3.1.4	CLÁUSULA CONTRADITÓRIA	61
3.2	TRATAMENTO: O QUE FAZER E COMO FAZÊ-LO.....	62
3.2.1	A QUEM COMPETE A ANÁLISE?	64
3.2.1.1	JUDICIÁRIO.....	65
3.2.1.2	INSTITUIÇÃO ARBITRAL	69
3.2.1.3	TRIBUNAL ARBITRAL	71
3.2.2	PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS	74
3.2.2.1	BOA-FÉ.....	76
3.2.2.2	EFEITO ÚTIL	82
3.2.2.3	CONTRA PROFERENTEM	86
3.2.2.4	RESTRITIVO	87

3.2.2.5 PRO-VALIDATE.....	88
4 CONCLUSÃO.....	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem não é novidade no Brasil, pois tanto o Código Civil de 1916 quanto os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 já tratavam do tema¹. No entanto, nenhum dos diplomas mencionados dava o tratamento adequado e necessário para que a arbitragem pudesse se desenvolver. Desse modo, criava-se a sensação de que “a falta de tradição no manejo da arbitragem como meio de solução de controvérsias no Brasil fadaria o juízo arbitral ao total abandono” [CARMONA 2009, p.1].

Felizmente, ao contrário do que se temia, após abandono de dois anteprojetos de lei sobre o tema (de 1981 e de 1988), finalmente, em 24 de setembro de 1996, graças à chamada operação Arbitrer², foi publicada no Diário Oficial a nova Lei de Arbitragem do Brasil (Lei Federal nº 9.307), com o intuito de disciplinar este meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias [CARMONA 2009, p.9].

Com a publicação da nova lei, a arbitragem passou a ser mais utilizada no Brasil, desenvolvendo-se doutrina e jurisprudência sobre a nova prática. Nas palavras de um dos mais influentes doutrinadores sobre o tema, que inclusive participou do grupo de trabalho responsável pela elaboração do anteprojeto da nova Lei de Arbitragem, Carlos Alberto Carmona [2009, p.2], comentado a evolução da arbitragem no Brasil, diz ter-se percebido que,

[...], paulatinamente [...] os contratos de cunho comercial e os contratos societários passaram a incorporar cláusulas compromissórias; a arbitragem passou a ser um assunto cogitado pelos advogados dos contratantes, que perceberam os benefícios de uma solução diferenciada para seus eventuais conflitos; multiplicaram-se os órgãos arbitrais [...], estando os advogados hoje razoavelmente informados sobre suas opções [...]. [CARMONA 2009, p.3]

Dizia o doutrinador, ainda em 2009, na apresentação da 3ª edição de seus comentários à Lei de Arbitragem:

¹ O Código Civil de 1916 tratava da arbitragem no seu Capítulo X denominado de “O Compromisso”, cujos artigos introdutórios dispunham: Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais. (Revogado pela Lei nº 9.307, de 1996). Art. 1.038. O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro pode celebrar-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, por onde correr a demanda; o segundo, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes e duas testemunhas. O Código de Processo Civil de 1939 tratava do “Juízo Arbitral” em seu Livro IX, condicionando a sentença arbitral à homologação judicial (artigo 1.041), ignorando a existência da cláusula compromissória e impondo inúmeros formalismos ao procedimento. O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, ainda que tenha mantido a necessidade de homologação da sentença arbitral e a não menção à cláusula compromissória, define claramente, em seu artigo 1.078, que “O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recursos, salvo se o contrário convencionarem as partes”.

² Comentada por Carmona [2009, p.9].

Decorridos doze anos da promulgação da Lei de Arbitragem, creio não haver mais dúvidas sobre o efetivo enraizamento deste mecanismo de solução de litígios no Brasil. [CARMONA, 2009, p.xvii]

E complementa, positivamente:

[...] considero-me plenamente satisfeito, pois aconteceu o que estava previsto: vencido o medo (reação normal ao desconhecido), a arbitragem foi redescoberta. Agora, é preciso **refinar o conhecimento** que todos os operadores puderam adquirir nesses poucos anos de vigência da Lei de Arbitragem. [CARMONA 2009, p.4]

Interessante notar que ainda no ano da publicação da lei, sequer havendo passado um mês completo, o avanço trazido pela mesma já era comentado pela renomada Professora Vera Jacob de Fradera, em seu artigo intitulado “Arbitragem: Justiça privada de tipo liberal e adequada ao pós-modernismo”. Saudando o advento da lei, a Professora já antecipava que a mesma ensejaria “discussões várias por muito tempo, dadas as inovações por ela introduzidas” [FRADERA 1996, p.22]. Tal previsão restou plenamente comprovada na prática, e ainda hoje a discussão continua evoluindo.

É neste contexto de evolução e necessidade de “refinar o conhecimento” que o presente trabalho se justifica, já que a existência de cláusulas compromissórias³ patológicas é recorrente na prática arbitral e contratual⁴, e, ao mesmo tempo, a arbitragem se desenvolve, sendo cada vez mais utilizada. Devido ao fato de a arbitragem se encontrar em um estágio de consolidação no Brasil, é recorrente a vontade das partes de inserir cláusulas compromissórias em seus contratos e igualmente frequente que as mesmas não sejam redigidas com a exatidão necessária. Tal realidade gera um problema evidente: necessidade, cada vez maior, de que o intérprete, seja ele o juiz togado, o árbitro, ou ainda a própria instituição arbitral (em sua análise *prima facie*), analise a cláusula patológica, a fim de outorgar-lhe efeito útil, se

³A cláusula compromissória se trata de espécie de convenção de arbitragem – que é a maneira para que as partes interessadas submetam a solução de seus litígios ao juízo arbitral, nos termos do artigo 3º da Lei de Arbitragem. Sua definição é dada pelo artigo 4º da referida Lei, segundo o qual “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”. A cláusula compromissória é expressão da autonomia privada, conforme se verá adiante.

⁴ “pathological arbitration clauses remain a regular and frequent occurrence” [WILSKE, LO 2012, p.2]. “The cause of such pathological clauses are numerous, generally resulting from careless or hasty drafting.” [WILSKE, LO 2012, p.2].

possível⁵, para concretizar a intenção comum das partes de instituir arbitragem, nos casos em que as mesmas não sanem a patologia por meio de um acordo posterior.

Ainda que a doutrina acerca das cláusulas compromissórias patológicas seja vasta e seu início tenha se dado em 1974, com famoso artigo de Frédéric Eisemann⁶, o tema segue atual e relevante, principalmente na prática arbitral, nacional e internacional. Atualmente, o Brasil está começando a se consolidar no mundo da arbitragem e importantes avanços nesse aspecto podem ser notados⁷. Juntando-se isso com a crescente expansão da economia brasileira em nível mundial, faz com que o futuro do Brasil na arbitragem seja promissor. Contudo, devido ao fato de ainda se estar em consolidação e de ser um tema relativamente novo no mundo jurídico brasileiro, há a incidência constante de problemas como o das cláusulas patológicas. Assim, vive a arbitragem brasileira momento análogo ao da arbitragem francesa nos anos 1980, momento em que se procurou estudar de modo mais aprofundado o tema apresentado por Eisemann que se revelava desafiador na prática.

É necessário, portanto, contínuo aperfeiçoamento para que, por um lado, os profissionais atentem mais para a redação das cláusulas compromissórias e, por outro, os intérpretes disponham de cada vez mais e melhores contribuições doutrinárias acerca do tema. É por meio da exposição da realidade de cláusulas patológicas recorrentes, bem como dos rumos desvantajosos a que tais cláusulas podem levar, que os profissionais da área arbitral e contratual serão alertados da importância de uma cláusula compromissória bem redigida. Ao mesmo tempo, com o aperfeiçoamento do debate acerca das maneiras de se lidar com cláusulas patológicas na prática, os intérpretes se encontrarão cada vez mais preparados para atuar em relação a estas questões.

Conforme exposto pelo próprio Eisemann [1974, p.132], ele esperava que seu estudo fosse suficiente ao menos para “atrair a atenção dos profissionais sobre as principais armadilhas ao redigir uma cláusula de arbitragem”⁸. Em 1988, Scalbert e Marville [1988,

⁵ “Se possível” é utilizado aqui, pois nem sempre fica claro pela redação da cláusula compromissória que a real e comum intenção das partes era ver seus conflitos dirimidos por arbitragem. No entanto, o presente trabalho se limitará a analisar os casos em que fica claro na cláusula, ao menos, a intenção das partes de instituir arbitragem.

⁶ Seu artigo intitulado “La clause d’arbitrage pathologique”, foi publicado em 1974 na obra “Arbitrage Commercial: Essais in Memoriam Eugenio Minoli”.

⁷ “The expansion of arbitration in Brazil has been helped by four legal developments that have given it the necessary foundations on which to grow. They are (i) the enactment of Law No. 9.307 in 1996 (the ‘Arbitration Law’), (ii) the confirmation of its constitutionality by the Federal Supreme Court (STF) in 2001; (iii) Brazil’s ratification of the New York Convention on the Recognition and enforcement of Foreign Arbitral Awards in 2002 (Decree No. 4311 of 23 of July 2002); and (iv) the Superior Court of Justice’s (‘STJ’) case decisions.” [WALD 2012]

⁸ Do original: “[...] suffira à attirer l’attention des praticiens sur les principaux écueils à éviter lors de la rédaction d’une clause d’arbitrage.”

p.117] defendiam a justificativa de seu novo estudo sobre erros de redação, por serem estes “ainda frequentes”⁹. Alguns anos depois, Davis [1991, p.1] reafirmava a relevância do estudo de Eisemann para a correta redação de uma cláusula compromissória, reanalizando o trabalho do pioneiro autor com o mesmo intuito deste: “fornecer uma base para posterior reflexão sobre o que deve ser evitado sobre todas as circunstâncias quando da elaboração de uma cláusula compromissória”¹⁰. Em 1999, foi a vez de Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §484] expressarem suas opiniões, indo mais fundo e alegando que “estes defeitos [nas cláusulas compromissórias, são responsáveis por que seja dada] origem a um procedimento parasita, alimentando os argumentos da parte possuidora do interesse de evitar arbitragem e tornando todo o processo mais lento e oneroso”¹¹.

Mais recentemente, autores brasileiros comentam os prejuízos por defeitos na concepção original da cláusula compromissória, já que, não raro, tais cláusulas defeituosas não permitem “que se possa usufruir, integralmente e da forma acordada, de todos aqueles benefícios atrelados à opção pela solução arbitral” [NUNES PINTO 2004]. Identificam, ainda, tais defeitos como advindos da realidade de ser a cláusula compromissória “uma das últimas (senão a última) cláusulas contratuais a ser negociada, e os contratantes estão já razoavelmente esgotados [...]” [CARMONA 2009, p.290].

Desta maneira, estando clara a ainda atual necessidade de nos debruçarmos sobre o tema das cláusulas patológicas, justifica-se a relevância do presente estudo, com o intuito de modestamente auxiliar na análise da evolução da bibliografia acerca da matéria, a fim de que sejam apresentadas as principais visões doutrinárias, bem como importantes decisões envolvendo o assunto. Desta forma, pretende-se contribuir para a continuidade e o aperfeiçoamento do debate, a fim de que a doutrina possa auxiliar a prática a encontrar soluções cada vez mais acertadas nesta questão, reforçando aos “*drafters*”¹² a importância de uma cláusula compromissória bem redigida¹³.

⁹ Do original: “Toujours aussi fréquentes, et justifient ainsi cette nouvelle étude, ces erreurs de rédaction seront entendues strictement.”

¹⁰ Do original: “My intention is to provide a basis for further reflection as to what should be avoided in all circumstances in drafting the arbitration clause.”

¹¹ Do original: “At best, these defects will give rise to associated litigation, fueling the arguments of the party attempting to avoid arbitration and making the overall process more time-consuming and expensive.” Comentam, mais recentemente, os autores Wilske, Lo [2012, p.2] que “Although pathological clauses may be curable in most cases, in the best case scenario they nonetheless create confusion, trigger unnecessary costs, and hinder efficiency.”

¹² Expressão utilizada pela doutrina estrangeira para se referir àqueles que elaboram as cláusulas arbitrais.

¹³ Ainda que a cláusula compromissória possa “estar ou não inserida no corpo de um contrato” [CARMONA, 2009, p.17], podendo ser convencionada até mesmo por trocas de cartas, telegramas, telex e etc [CARMONA, 2009, p.17], no presente trabalho será tratada apenas a cláusula compromissória inserida por escrito no contrato.

Importante mencionar, por fim, que o tema proposto no presente trabalho se delimita a analisar o que deve ser feito em caso de cláusula compromissória patológica, a fim de que seja preservada a real e comum intenção das partes em instituir arbitragem. A análise aqui pretendida, tendo em vista a riqueza do tema (que não poderia ser analisado a fundo no espaço restrito destas páginas), tratará apenas dos casos em que, identificada a cláusula patológica, as partes não se dispõem a sanar a patologia por meio de compromisso arbitral ou novo acordo.

Assim sendo, diante de uma cláusula arbitral que, por um lado, é clara no sentido de expressar a real e comum intenção das partes em valerem-se do procedimento arbitral, mas que, ao mesmo tempo, contém patologia capaz de impedir sua plena eficácia (instituição do tribunal arbitral), duas perguntas devem ser feitas. Primeiramente, pergunta-se: qual órgão deverá ser acionado para sanar a patologia da cláusula? Identificando-se o órgão a ser acionado para tanto, a próxima pergunta a ser feita é então: de que maneira deve fazê-lo? Deste modo, tem-se como necessário que tal patologia seja sanada pelo órgão competente e por meio da interpretação à luz dos princípios gerais de arbitragem, bem como dos princípios interpretativos de negócios jurídicos em geral, conforme se verá.

Neste sentido, o presente trabalho foi dividido em duas partes. Em um primeiro momento, o foco é dado na cláusula compromissória, analisando-a sob aspectos teóricos (seu conceito, autonomia perante o contrato e efeitos) e práticos (como redigi-la e a possibilidade de eventuais problemas: patologias). Em seguida, o foco passa a ser as patologias (apresentando-se os níveis que podem assumir) e o seu tratamento (o que, como e quem deve saná-la). Deste modo, pretende-se demonstrar, mediante o presente estudo, a importância de uma maior atenção na redação das cláusulas arbitrais, a fim de serem evitadas as patologias, responsáveis por inúmeros entraves ao bom andamento da arbitragem.

2 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: ENTRE TEORIA E PRÁTICA

2.1 TEORIA

2.1.1 CONCEITO DE ARBITRAGEM

Ainda que se apresente como cada vez mais recorrente na realidade brasileira, cabe aqui, primeiramente, tratar-se de conceituar a arbitragem. Neste sentido, nas palavras de Carmona [2009, p.15], a arbitragem consiste em

uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Na visão dos renomados autores Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §11], após uma análise de como algumas leis nacionais definem a arbitragem¹⁴, esta prática deve ser definida por meio de referência a dois elementos quase unanimemente reconhecidos, tanto pela doutrina quanto pelos tribunais. Primeiramente, citam a tarefa do árbitro de resolver uma disputa. Em segundo lugar, referem que a fonte desta tarefa judicial (de resolver a disputa) é o contrato e, portanto, o poder do árbitro de decidir uma disputa se origina da intenção comum das partes. Deste modo, a arbitragem consiste na harmonização de dois elementos: judicial e contratual¹⁵.

¹⁴ Do original: “In France, arbitration is traditionally defined along the following lines: Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons—the arbitrator or arbitrators—who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement. In Switzerland, for example, arbitration has been defined as: a private method of settling disputes, based on the agreement between the parties. Its main characteristic is that it involves submitting the dispute to individuals chosen, directly or indirectly, by the parties. In international arbitration, this definition is preferable to the negative definition found in domestic law, according to which the principal characteristic of arbitration is the fact that the dispute is removed from the jurisdiction of the courts. Common law authors have defined arbitration similarly, as involving: two or more parties faced with a dispute which they cannot resolve themselves, agreeing that some private individual will resolve it for them and if the arbitration runs its full course ... it will not be settled by a compromise, but by a decision.” [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §7]

¹⁵ Do original: “In our view, arbitration should be defined by reference to two constituent elements which commentators and the courts almost unanimously recognize. First, the arbitrators' task is to resolve a dispute. Second, the source of this judicial role is a contract; the arbitrators' power to decide a dispute originates in the common intention of the parties. Thus, arbitration comprises both a judicial (§ 1) and a contractual element”

Quanto ao elemento contratual, defende-se ser este constantemente reafirmado nas legislações e nos julgados¹⁶ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §45], sendo fundamental, na medida em que é a comum intenção das partes expressa no contrato que confere poderes aos árbitros¹⁷ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §46].

Conceituada a arbitragem, importante mencionar que nem todos os litígios podem ser submetidos a essa técnica. Deste modo, tem-se que “Para que possam recorrer a este meio de solução de controvérsias [...] os interessados devem ser capazes de contratar (capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis¹⁸” [CARMONA 2009, p.15].

2.1.2 AUTONOMIA PRIVADA NA ARBITRAGEM

Importante avanço trazido pela arbitragem, principalmente após o advento da Lei de Arbitragem de 1996¹⁹, foi o prestígio “em grau máximo e de modo expresso” ao princípio da autonomia da vontade, “de forma a evitar dúvidas na aplicação da Lei” [CARMONA 2009, p.15]. Mesmo muito antes da publicação da nova lei, Pontes de Miranda [1959, p.332] já mencionava que, dentro das regras fundamentais traçadas ao procedimento arbitral, é exercida, “com largueza excepcional”, a vontade das partes. Novamente nas palavras de Carmona [2009, p.64]:

Contrariando a alternativa escolhida pela Lei de Introdução ao Código Civil [atual LINDB], o legislador prestigiou, no que se refere à arbitragem, o princípio da autonomia da vontade que – na visão dos internacionalistas – caracterizaria a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação à qual queiram submeter-se, limitada tal escolha, de um lado, pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas.

¹⁶ Do original: “The contractual basis of arbitration has been constantly reaffirmed in legislation and case law.” [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §45]

¹⁷ Do original: “The contract between the parties is the fundamental constituent of international arbitration. It is the parties' common intention which confers powers upon the arbitrators.” [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §46]

¹⁸ Conforme disposto no Código Civil de 2002. Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

¹⁹ “A constitucionalidade da Lei 9.307/96 foi apreciada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e incidental no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206-7” [CARMONA 2009, p.2 nota rodapé2].

Deste modo, percebe-se que o Brasil atua em consonância com a realidade mundial de crescimento de arbitragens internas. Conforme mencionado por Redfern e Hunter [2004, p.111], “a doutrina da autonomia da vontade [...] tem ganhado extensiva aceitação em sistemas jurídicos nacionais”²⁰ e, na visão de Lew, Mistelis e Kröll [2003, p.413] “todas as leis de arbitragem modernas reconhecem a autonomia da vontade, i.e. as partes são livres para determinar a lei [...] aplicável ao mérito da disputa a ser resolvida por arbitragem”²¹.

Neste ponto, faz-se necessária a distinção entre “autonomia da vontade” e “autonomia privada”, já que ambas as expressões possuem relação com a arbitragem, mas de maneiras distintas²². Conforme anteriormente mencionado, pela expressão “autonomia da vontade” se entende a possibilidade de as partes livremente escolherem, na convenção arbitral, a legislação aplicável às suas controvérsias. Ressaltando-se ser tal liberdade limitada tanto pela ordem pública quanto pelas leis imperativas, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Arbitragem:

Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

²⁰ Do original: “The doctrine of party autonomy [...] has gained extensive acceptance in national systems of law”.

²¹ Do original: “All modern arbitration laws recognize party autonomy, i.e. parties are free to determine the substantive law or rules of law applicable to the merits of the dispute to be resolved by arbitration”.

²² Não se entrará, no presente texto, na discussão técnica sobre a expressão “autonomia da vontade” no âmbito do direito obrigacional, mas apenas será referida tal expressão como é utilizada na arbitragem, ou seja, para designar a liberdade das partes em escolher a lei aplicável às controvérsias submetidas à arbitragem. Não se pretenderá confundi-la com “autonomia privada”, esta sim, fonte de normatividade e expectativas legítimas para as partes e verdadeiro princípio fundamental no direito obrigacional. Apenas para introduzir brevemente do que se trataria esta análise técnica das expressões, temos a brilhante lição da professora Judith Martins-Costa: “Não se confunda “autonomia privada” com “autonomia da vontade”. Essa expressão traduz aquilo que, no Direito Civil, foi a mais conspícua manifestação do voluntarismo (movimento ideológico de base da estruturação do Direito obrigacional moderno, a operar, para o que aqui concerne, pela ligação da vontade aos efeitos negociais). Em síntese apertadíssima, “autonomia da vontade” revela a atribuição à vontade humana de um poder criador de efeitos jurídicos. A vontade é expressa por manifestações que se supõem sejam congruentes com o querido (congruência necessária entre vontade e declaração, com a prevalência da primeira, em caso de dúvida, razão pela qual a interpretação se voltará à pesquisa da vontade ou “intenção” das partes) de modo que, no sintagma, o pólo forte está na expressão “vontade”. Já no sintagma “autonomia privada” o peso está no primeiro termo, “autonomia”, o dar-se normas que designa o poder jurídico de autodeterminação na ordem econômica. No campo negocial a autonomia é expressa por atos de comunicação social, “fatos sociais” objetivamente apreensíveis, como as declarações negociais e os comportamentos concludentes.” [MARTINS-COSTA 2008, p.479]. Temos ainda, passagem elucidante de Amaral Neto [1999]: “[...] a autonomia privada é o poder jurídico dos particulares de regularem, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Por muitos considerado como sinônimo de autonomia da vontade, com ela, a meu ver, não se confunde, pois a expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto “autonomia privada” significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder que nós, particulares, temos, de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos.”

Além das limitações já mencionadas, alguns autores defendem que a própria “institucionalização” da arbitragem (entenda-se por “institucionalização” o desenvolvimento constante de instituições arbitrais permanentes, como ICC²³, WIPO²⁴, ICDR²⁵, SIAC²⁶, LCIA²⁷, CAMARB²⁸, CAM-CCBC²⁹, etc...) é responsável pela diminuição da importância da “autonomia da vontade” na prática. Isso porque, ainda que, por um lado, a arbitragem deva seu sucesso ao desenvolvimento destas instituições, por outro, o envolvimento destas instituições faz com que o papel das partes seja reduzido³⁰ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §45]. Aqui vale apontar que o ordenamento brasileiro, no artigo 5º da Lei de Arbitragem, ao mesmo tempo em que autoriza às partes estabelecer na cláusula compromissória a forma convencionada para instituição de arbitragem, permite, também, que as partes se reportem “às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada”, determinando que neste caso “a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras”.

“Autonomia privada”, por sua vez, nas palavras da professora Judith Martins-Costa [2009, p.57] é

[...] princípio fundamental no Direito das Obrigações. No que diz com as relações obrigacionais nascidas de negócio jurídico, explica a sua própria razão de ser como disciplina ordenadora das relações de crédito e responsabilidade derivadas de decisão voluntária dos sujeitos acerca de compromissos por si assumidos na vida de relações. isto é, na ordem econômico-social. (grifou-se)

Tal princípio (da autonomia privada) está direcionado, no campo das relações obrigacionais, à finalidade de assegurar a atuação dos valores constitucionais de “autodeterminação³¹” e “liberdade de iniciativa econômica³²”, de modo a permitir aos

²³ ICC International Court of Arbitration (<http://www.iccwbo.org/>)

²⁴ WIPO Arbitration and Mediation Center (<http://www.wipo.int/amc/en/index.html>)

²⁵ AAA International Centre for Dispute Resolution (<http://www.icdr.org>)

²⁶ Singapore International Arbitration Centre (<http://www.siac.org.sg/>)

²⁷ London Court of International Arbitration (<http://www.lcia.org/>)

²⁸ Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (<http://camarb.com.br/>)

²⁹ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (<http://www.ccbc.org.br/>)

³⁰ No original: “However, the importance of party autonomy has diminished in practice, because international arbitration owes its success to the development of permanent arbitral institutions, and the involvement of these institutions has in fact reduced the role played by the parties.”

³¹ Decorrente “da própria personalidade humana, configurando-se como consequência do reconhecimento pela ordem jurídica da dignidade da pessoa, *ex vi* da Constituição Federal, art. 1º, inc.III, e, como tal, tendo valência em todos os campos de função que conformam o Ordenamento” [MARTINS-COSTA 2009, p.58].

particulares que regulem seus próprios interesses [MARTINS-COSTA 2009, p.59]. “O *meio de exercício* da autonomia privada é constituído pelas declarações negociais”. [MARTINS-COSTA 2009, p.59]. Especificando quais seriam estas declarações negociais, a Professora Judith Martins-Costa comenta:

As declarações negociais constitutivas de uma relação obrigacional são dotadas de uma *dupla dimensão*: atuam como (i) regulamento do exercício de autonomia pelos sujeitos privados, ato de *determinação* de deveres e também como (ii) ato de *comunicação*, e como tal acontecimento ou fato gerador de expectativas legítimas socialmente averiguáveis. [MARTINS-COSTA 2009, p.59-60]

Em sua primeira dimensão (determinação de deveres, também sendo chamadas de declarações de vontade³³) é que reside seu papel de “fonte de normatividade, isto é, poder para a produção de normas juridicamente vinculantes (*lex privata*) pelos sujeitos privados” [MARTINS-COSTA 2009, p.60]. Sua segunda dimensão (comunicação), por outro lado, é geradora de “*expectativas legítimas*, o que importa correspectivamente, em auto-responsabilidade, esta sendo a necessária e inafastável contrapartida da autonomia”³⁴ [MARTINS-COSTA 2009, p.62]. Neste segundo caso, fala-se da incidência de ditames de uma ordem objetiva aplicada ao caso concreto e à expectativa criada, que seriam, justamente, a boa-fé e a proteção da legítima confiança. [MARTINS-COSTA 2009, p.63].

Desta maneira, tem-se o princípio da autonomia privada como o próprio fundamento sobre o qual as partes acordam, por meio de negócio jurídico que é a convenção arbitral³⁵, submeter suas controvérsias à arbitragem. Conforme mencionado por Theodoro Júnior [2012, p.318], o juízo arbitral é “concebido como fruto da livre convenção entre as partes”. Ainda neste sentido, os renomados Redfern e Hunter [2004, p.9] referem que o “procedimento arbitral é visto como uma expressão da intenção das partes”³⁶ e, da mesma forma, Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §44] entendem que “o poder do árbitro para resolver a disputa é

³² Constituição Federal, art. 170, *caput*. “[...] revela um aspecto da autodeterminação, qual seja, a possibilidade de os indivíduos e as pessoas jurídicas traçarem os seus próprios projetos no campo das relações econômicas” [MARTINS-COSTA 2009, p.59].

³³ “seja qual for a sua forma: expressas, tácitas, por meio de comportamentos concludentes e, no caso de aceitação contratual, podendo se realizar até pelo silêncio” [MARTINS-COSTA 2009, p.60].

³⁴ “Essa correlação está, de resto, expressa no art. 112 do Código Civil” [MARTINS-COSTA 2009, p.62].

³⁵ Natureza jurídica da convenção arbitral, mais especificamente da cláusula compromissória, e sua conceituação como negócio jurídico, serão tratadas adiante.

³⁶ Do original: “The arbitral proceedings are seen as an expression of the will of the parties.”

fundamentado na comum intenção das partes”³⁷. Amaral Neto [1999], por sua vez, defende ser a Lei da Arbitragem “uma referência obrigatória em matéria de consagração da autonomia privada, por permitir que pessoas capazes possam valer-se do juízo arbitral para resolver conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim sendo, é a autonomia privada que concede às partes poder, e ao mesmo tempo responsabilidade (percebida no efeito positivo da cláusula arbitral, a ser visto adiante), de convencionar sobre a intenção comum de valer-se do procedimento arbitral.

Vale ressaltar, neste ponto, passagem extraída de pesquisa científica realizada pela parceria institucional acadêmico - científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (“Direito GV”) e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (“CBAr”), que buscou “identificar com rigor metodológico o posicionamento do Poder Judiciário em relação à arbitragem” [PESQUISA FGV CBAr 2 p.9], ao comentar acerca do julgado que reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem [STF. AgRg na SE nº 5.206-Espanha. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJe 30.04.2004.]:

Para que haja a instauração do juízo arbitral, afastando-se a primazia do Poder Judiciário, é indispensável a manifestação de vontade das partes. A lei não poderá impor à parte a exclusão da jurisdição estatal (Poder Judiciário). Entretanto, poderão os jurisdicionados optar por subtrair do Poder Judiciário o conhecimento do litígio, entregando a particulares, de confiança de ambos, a apreciação e decisão (juízo de mérito) do litígio.

Percebe-se, portanto, ter sido esta ideia de “autonomia privada” que embasou a referida decisão acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, já que é da manifestação da vontade das partes (ou da “declaração de vontade” anteriormente referida) que estas decidem afastar o Poder Judiciário do conhecimento do litígio, outorgando poderes ao árbitro para tanto.

2.1.3 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Outro ponto importante a ser abordado se refere à natureza jurídica da arbitragem, isto é, se ela seria atividade jurisdicional ou não. A relevância dessa questão que “foi, durante

³⁷ Do original: “an arbitrator's power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute.”

muito tempo, um ponto polêmico na doutrina, [...] estava em se saber qual seria a efetividade da decisão produzida pelos árbitros e de que modo ela poderia interferir na esfera de direitos dos cidadãos” [GUERRERO 2009, p.29].

Cumprе ressaltar, neste sentido, relevante lição de Carmona [2009, p.27]:

O art. 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial, o legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal (...). A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. (...) O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença arbitral. [CARMONA 2009, p.27]

Concorda Guerrero [2009, p.29], ao mencionar que “No Brasil, contudo, o legislador fez uma clara opção pela teoria publicista³⁸ da arbitragem nos termos, principalmente, dos arts. 18³⁹ e 31⁴⁰ do mencionado diploma legal”. Neste mesmo sentido, ainda, Cintra, Grinover e Dinamarco [1993, p.113], quando alegam que “como forma de realização da justiça nas relações privadas, a instituição da arbitragem adquire aspecto jurisdicional”⁴¹.

Esta questão foi, ainda, apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, em seu acórdão ao Conflito de Competência nº 113.260-SP, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha,

³⁸ “A teoria publicista ou processualista considera que a atividade dos árbitros derroga as regras de competência estatal, aproximando as ideias de sentença arbitral e sentença proferida pelo Judiciário. Desde o início: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32; MORTARA, Ludovico. Commentario del codice e della legge di procedura civile. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, v. III, 1923; LA CHINA, Sergio. L'Arbitrato - il Sistema - l'esperienza. 1. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 13; FERREIRA LEMES, Selma Maria. Os princípios jurídicos da lei de arbitragem. In: MARTINS, Pedro Antonio Baptista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 107” [GUERRERO 2009, p.29]

³⁹ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

⁴⁰ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁴¹ “Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e a atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)” [CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1993. p.113]

publicado no DJe em 07.04.2011. Neste caso, foi defendida esta mesma posição de que “não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional da arbitragem” e que este caráter seria, não de jurisdição estatal, mas sim de “jurisdição convencional”.

2.1.4 AVANÇOS DA LEI DE ARBITRAGEM

Por fim, cabe referir os determinantes avanços trazidos pela Lei de Arbitragem (n. 9.307) no que se refere à arbitragem e principalmente à cláusula compromissória. Isto por que, antes da publicação da referida lei, a cláusula compromissória era simplesmente ignorada pelo legislador [CARMONA 2009, p.4-5], já que inexistentes quaisquer dispositivos a seu respeito no Código Civil de 1916, tampouco no Código de Processo Civil de 1973 [CARMONA 2009, p.4-5]. Nas palavras de Carmona [2009, pp.4-5]:

A cláusula arbitral ou cláusula compromissória (...) foi totalmente desprestigiada no direito interno brasileiro até o advento da Lei 9.307/96, de tal sorte que o Código de Processo Civil não permitia a instauração do juízo arbitral a não ser na presença do compromisso arbitral, único instrumento a autorizar a exceção de que tratava o art. 301, IX, do Estatuto de Processo, em sua versão original.

Neste sentido, os tribunais brasileiros entendiam não ser cabível ação de execução específica da obrigação de fazer contida na cláusula arbitral, de forma que seu desrespeito deveria ser resolvido em perdas e danos [CARMONA 2009, pp.4-5], que, nos dizeres de Carmona [2009, pp.4-5], são “reconhecidamente de difícil reparação”. Nota o arbitralista que:

Em outras palavras, a doutrina e a jurisprudência praticamente transformaram o pacto de contrahendo (cláusula compromissória) em verdadeiro pactum nudum, contribuindo para que os agentes do comércio (especialmente os agentes do comércio internacional) abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil.

Além disso, a carta processual estabelecia a obrigatoriedade de que o laudo arbitral, para surtir efeitos no ordenamento pátrio, devesse ser homologado judicialmente [CARMONA 2009, p.4-5].

Com o advento da Lei de Arbitragem de 1996, no entanto, deu-se eficácia ampla à cláusula compromissória, transformando-a inclusive em objeção processual, sendo “apta a afastar a competência do juiz estatal” [CARMONA 2009, p.16]. Não apenas isso, a

mencionada lei “dispensou o compromisso⁴² arbitral na instituição de arbitragem quando houver cláusula compromissória” [CARMONA 2009, p.4-5]. Desta forma, foram vencidos os dois grandes obstáculos (anteriormente mencionados) criados pela lei brasileira ao uso da arbitragem [CARMONA 2009, p.4-5].

Uma vez alcançada a devida relevância da cláusula compromissória, finalmente se encontrou no Brasil ambiente favorável para o desenvolvimento de discussões e debates acerca do tema, bem como em relação aos eventuais problemas relativos a cláusulas compromissórias.

2.1.5 CONCEITO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Feito um breve panorama acerca da arbitragem, apresentando seu conceito e principais questões, passa-se agora a uma análise mais detida da cláusula compromissória em si. Esta que eventualmente conterà as patologias a serem analisadas, compondo o objeto do tema proposto no presente trabalho.

Nas palavras de Pontes de Miranda [1959, p.319], conceituando compromisso arbitral (em verdade conceituando também cláusula compromissória, já que ambos possuem a mesma natureza, apenas ocorrendo em momentos⁴³ diferentes)⁴⁴ diz ser este “o contrato pelo qual os figurantes se submetem, a respeito de direito, pretensão, ação ou exceção, sobre que há controvérsia, a decisão de árbitro”. Para Carmona [2009, pp.4-5], cláusula arbitral é um “dispositivo contratual em que as partes preveem que resolverão eventuais disputas surgidas em determinado negócio jurídico por meio da arbitragem”. A Lei de Arbitragem, por sua vez, conceituou a cláusula compromissória em seu artigo 4º⁴⁵:

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.

⁴² Compromisso arbitral consiste no acordo feito pelas partes para submeterem litígio já existente à arbitragem [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999, §386]. Do original: “the submission agreement, which is an agreement by which the parties to a dispute that has arisen submit that dispute to arbitration.”

⁴³ Nas palavras de Carmona [2009, p.79]: “Uma e outra [compromisso e cláusula arbitral], portanto, produzem o mesmo efeito”.

⁴⁴ Refere Pontes de Miranda [1959, p.327], ainda, ser a cláusula compromissória “pacto de compromisso”.

⁴⁵ Não se pretenderá, no presente trabalho, analisar as peculiaridades das cláusulas compromissórias em contratos de adesão.

Em âmbito internacional, a cláusula arbitral é estabelecida quase que exatamente nos termos utilizados pelo legislador brasileiro, uma vez que é definida como o acordo por meio do qual as partes em um contrato se comprometem a submeter à arbitragem as disputas que eventualmente advirem em relação ao contrato ⁴⁶ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999, §386].

Quanto à sua natureza, a cláusula compromissória é negócio jurídico, sendo seus efeitos de direito das obrigações e gerando a pretensão ao juízo arbitral e a exceção de compromisso [PONTES DE MIRANDA 1959, p.339]. Carmona [2009, p.102] reitera a posição de que se trata de negócio jurídico⁴⁷, em sua visão, processual, “eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos⁴⁸ (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao arbitral (uma vez que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros)”.

Mais especificamente, diz possuir a convenção de arbitragem (incluindo aqui a cláusula e o compromisso arbitral) um caráter duplo. Isso porque, como acordo de vontades, “vincula as partes no que se refere a litígios atuais [compromisso] ou futuros [cláusula], obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral”; e, como pacto processual, “seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros”.

2.1.6 AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Importante aspecto da cláusula compromissória que merece destaque é o fato de ser considerada autônoma em relação ao contrato que estiver inserida. Nas palavras de Carmona

⁴⁶ Do original: “the arbitration clause, defined as an agreement by which the parties to a contract undertake to submit to arbitration the disputes which may arise in relation to that contract”.

⁴⁷ Sobre o caráter de negócio jurídico da cláusula arbitral: “O reconhecimento da natureza negocial à cláusula compromissória (em oposição a uma perspectiva mais restrita que se refere à natureza contratual), ainda que não contemple a opinião de muitos doutrinadores, visa a manusear estruturas já conhecidas e admitidas no direito positivo, privilegiando uma visão funcional do direito desde uma reorganização de dogmas envelhecidos. Firma-se a sua independência em relação ao contrato que a transporta por possuir objeto, conteúdo e força normativa próprias”. E complementa: “O termo negócio jurídico é considerado ultrapassado para alguns (FRANZONI, 1995, p. 409-429), passível de confusão e ininteligência para outros (GALGANO, 1992) e instrumental e útil como categoria geral (FERRI, 1997, p. 129-197 e FERRI, 1957). Também vislumbra profundo caráter negociai (e não contratual) à arbitragem (FAZZALARI, 1990)” [MELLO 2007, p.22]. Ainda: “A parcela da natureza jurídica da arbitragem, que reputo privada e que se expressa pela cláusula compromissória, assemelha-se à figura do negócio jurídico como categoria genérica a abarcar todo ato capaz de criar, constituir, modificar ou extinguir direitos.” [MELLO 2007, p.22]

⁴⁸ Em relação aos efeitos da cláusula arbitral, vide abaixo.

[2009, p.19] “ainda que o contrato em que esteja inserida seja viciado, a mesma sorte não terá – necessariamente – a cláusula”. Tal regra está expressa no artigo 8º da Lei de Arbitragem:

A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Deste modo, em caso de litígio em relação a vícios do contrato, ainda assim a cláusula compromissória seguirá válida para que as partes possam dela se valer para decidirem sobre esta matéria pela via arbitral. Cabe mencionar que tal princípio da autonomia da cláusula arbitral está entre as normas de arbitragem internacional mais bem estabelecidas⁴⁹. [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §593], sendo tão largamente reconhecido que se tornou um dos princípios gerais de arbitragem que os árbitros internacionais se baseiam⁵⁰. Tamanha relevância se dá como resultado do reconhecimento deste princípio pelas legislações nacionais, pelos principais regulamentos arbitrais institucionais e, mais importante, pelo fato de que tal princípio tem sido unanimemente aceito em leis e julgados arbitrais⁵¹ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §392].

Ainda na visão de Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §409], a autonomia da cláusula arbitral em relação ao contrato suscita, no mínimo, duas consequências, quais sejam: a cláusula não é afetada pelo status do contrato principal e pode ser governada por lei diversa daquela que regula o contrato principal⁵².

2.1.7 EFEITOS: POSITIVO E NEGATIVO

Conforme já referido, a cláusula compromissória, sendo negócio jurídico pelo qual as partes acordam em submeter suas disputas futuras à arbitragem [FOUCHARD, GAILLARD,

⁴⁹ Do original: “The principle that the arbitration agreement is autonomous of the main contract is among the most firmly established rules of international arbitration”.

⁵⁰ Do original: “Today, the autonomy of the arbitration agreement is so widely recognized that it has become one of the general principles of arbitration upon which international arbitrators rely [...]”

⁵¹ Do original: “This results from the recognition of the principle in the leading institutional arbitration rules (A) and, more importantly, from the fact that the principle has been almost unanimously accepted in arbitration statutes (B) and arbitral case law (C).”

⁵² Do original: “The autonomy of the arbitration agreement from the main contract gives rise to at least two direct consequences: first, the arbitration agreement is unaffected by the status of the main contract (1º) and, second, it may be governed by a law different from that governing the main contract (2º)”.

GOLDMAN 1999, §624], possui efeitos. Tais efeitos foram classificados pela doutrina⁵³ como positivos e negativos⁵⁴, conforme veremos.

Importante retomar a linha do exposto quando comentada anteriormente a evolução trazida pela Lei de Arbitragem, na medida em que ela equiparou⁵⁵ o compromisso e a cláusula arbitral, conferindo à segunda a possibilidade de, por um lado, vincular as partes e instituir a arbitragem (efeito positivo) e, por outro, afastar a jurisdição estatal (efeito negativo) [CARMONA 2009, pp.77-78]

2.1.7.1 POSITIVO

Por efeito positivo da cláusula arbitral, tem-se que ela obriga as partes a honrar seu compromisso e, ao mesmo tempo, fornece a base à jurisdição do tribunal arbitral⁵⁶ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999, §624]. A obrigação para submeterem suas disputas abrangidas pela cláusula arbitral à arbitragem resulta da aplicação direta do princípio segundo o qual as partes estão vinculadas por seus contratos, princípio este comumente expresso pela máxima *pacta sunt servanda* e internacionalmente reconhecido⁵⁷ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §627].

A consequência deste efeito positivo é, portanto, a possibilidade de, em primeiro lugar, uma parte poder instaurar arbitragem automaticamente em caso de litígio, valendo-se da cláusula arbitral pactuada. Outra consequência deste efeito é a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória, consagrada no artigo 7º da Lei de Arbitragem:

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para

⁵³ Cabe mencionar, desde já, que Einsemann, autor pioneiro no estudo sobre cláusulas patológicas, atribuir às cláusulas arbitrais quatro efeitos fundamentais, ressaltando, ele mesmo, a preferência pelos autores em dividir os efeitos em apenas positivo e negativo.

⁵⁴ Já dizia Pontes de Miranda [1959, p.320]: “Quanto à sua eficácia, o compromisso é negócio de direito material com eficácia negativa no direito pré-processual (exclusão dos juízes estatais) e eficácia positiva no direito processual (submissão das partes aos efeitos do laudo arbitral homologado)”.

⁵⁵ Carmona [2009, pp.77-78] defende que o artigo 5º da Lei de Arbitragem teria posto fim a qualquer dúvida sobre o tema, “mostrando que a cláusula pode imediatamente passar à instauração do juízo arbitral, (o que ocorre com a aceitação pelos árbitros de sua nomeação, conforme dispõe o art. 19)”. No entanto, não deixa o autor de mencionar que sua posição não é unânime, referindo processualistas que discordariam desta visão.

⁵⁶ Do original: “[...] put positively, an arbitration agreement obliges the parties to honor this commitment and provides the basis for the jurisdiction of the arbitral tribunal.”

⁵⁷ Do original: “The obligation to submit disputes covered by an arbitration agreement to arbitration results from a straightforward application of the principle that parties are bound by their contracts. This principle, which is often expressed as the maxim *pacta sunt servanda*, is probably the most widely recognized rule of international contract law”.

comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, **decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo**, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, **caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito**, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, **caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso**, nomeando árbitro único.

§ 7º **A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.** (grifou-se)

Percebe-se, claramente, que o legislador outorgou amplos poderes para que o juiz institua a arbitragem diante da resistência ou impasse entre as partes [CARMONA 2009, p.155]. Cabe ressaltar, desde logo, que esta resistência ou impasse somente trará a competência ao judiciário para instituir a arbitragem caso a cláusula arbitral não possua os elementos mínimos para que, por si só, possibilite a nomeação do(s) árbitro(s) e, conseqüentemente, a instauração da arbitragem [CARMONA 2009, p.156]⁵⁸. Dá-se, portanto, utilidade ao efeito positivo da cláusula, diante da possibilidade de que seja promovida a execução específica de seu caráter obrigatório⁵⁹. Tal efeito possibilita, ainda, que se prossiga na arbitragem mesmo sem a participação da parte recalcitrante, isso porque, mesmo diante de uma posterior resistência à instituição da arbitragem, a parte resistente acordou em estabelecer uma cláusula arbitral e, portanto, sua resistência na instituição da arbitragem não poderá ter o condão de impossibilitar o efeito positivo cláusula. Conforme posto por Carmona [2009, p.331] a resistência de uma parte à instituição da arbitragem diante de cláusula compromissória não impede que a sentença possua plenos efeitos, uma vez “que sua participação efetiva é facultada [...] e não exigida”.

Em uma análise internacional, percebe-se que convenções internacionais sobre arbitragem reconhecem a natureza vinculante da obrigação de submeter à arbitragem disputas

⁵⁸ Este ponto será aprofundado adiante, quando da análise da competência do judiciário para a interpretação das cláusulas patológicas.

⁵⁹ Fouchard, Gaillard e Goldman [1999 §630] já alertavam para a necessidade de ser possível a execução específica da cláusula para fazer valer sua obrigatoriedade entre as partes: However, the obligation to refer disputes covered by the arbitration agreement to arbitration would be of little use were it not capable of specific performance.

abrangidas pela cláusula arbitral [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §629]. O Pacto de Genebra, ratificado pelo Brasil em 1932⁶⁰, implicitamente reconheceu a natureza vinculante em seu artigo 1⁶¹. A Convenção de Nova Iorque, por sua vez, contém tal princípio em seu artigo II, parágrafo 1⁶².

Cabe referir que o advento da Convenção de Nova Iorque⁶³ (1958) para execução de laudos arbitrais estrangeiros (que permitiu a difusão da arbitragem por passar maior confiança às partes acerca da possibilidade de execução do laudo), praticamente substituiu o Pacto de Genebra, sendo a primeira ratificada por 148 países⁶⁴, incluindo o Brasil em 2002. Desta forma, “poucos foram os que, sob a capa do Pacto, incluíram em seus contratos cláusulas compromissórias na certeza de fazer valer o avençado em caso de litígio” [CARMONA 2009, p.97]. Interessante notar que antes de promulgada a Lei de Arbitragem (e o artigo 7º anteriormente mencionado) “tem-se notícia de apenas um caso em que o Superior Tribunal de Justiça aplicou [...] o Tratado de Genebra” [CARMONA 2009, p.97], em 1990, cuja ementa segue:

CLAUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENÉBRA DE 1923. 1. NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS SUBMETIDOS AO PROTOCOLO, A CLAUSULA ARBITRAL PRESCINDE DO ATO SUBSEQUENTE DO COMPROMISSO E, POR SI SO, E APTA A INSTITUIR O JUÍZO ARBITRAL. 2. ESSES CONTRATOS TEM POR FIM ELIMINAR AS INCERTEZAS JURIDICAS, DE MODO QUE OS FIGURANTES SE SUBMETEM, A RESPEITO DO DIREITO, PRETENSÃO, AÇÃO OU EXCEÇÃO, A DECISÃO DOS ARBITROS, APLICANDO-SE AOS MESMOS A REGRA DO ART. 244, DO CPC, SE A FINALIDADE FOR ATINGIDA. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. (grifou-se) [STJ. REsp nº 616-RJ. Relator: Ministro Claudio Santos. Terceira Turma. DJe 13.08.1990]

⁶⁰ Pacto este que teria esclarecido o ordenamento brasileiro, conforme comenta Carmona [2009, p.78]: “Fique claro, pois, que a intenção da Lei não foi outra senão a de adotar o mesmo mecanismo que já nos idos de 1932, com a promulgação, no Brasil, do Pacto de Genebra, integra o ordenamento jurídico pátrio, a saber, a arbitragem pode prescindir completamente do compromisso arbitral”. Para mais sobre o Pacto de Genebra [CARMONA 2009, pp.96-97].

⁶¹ Do original: “International conventions on arbitration soon recognized the binding nature of the obligation to refer to arbitration disputes covered by arbitration agreements. The 1923 Geneva Protocol on Arbitration Clauses in Commercial Matters implicitly did so by providing, in its Article 1, that: Each of the contracting states recognizes the validity of an agreement whether relating to existing or future differences between parties subject respectively to the jurisdiction of different contracting states by which the parties to a contract agree to submit to arbitration all or any differences that may arise in connection with such contract relating to commercial matters or to any other matter capable of settlement by arbitration, whether or not the arbitration is to take place in a country to whose jurisdiction none of the parties is subject.”

⁶² “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.” [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §629]

⁶³ Ratificado pelo Brasil em 2002 sob Decreto n. 4.311. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso em 24.08.2013.

⁶⁴ Informação disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states>. Acesso em 24.08.2013.

Percebe-se, desde então, a posição jurisprudencial de reconhecer o efeito positivo (vinculação das partes e instituição da arbitragem) da cláusula compromissória, aplicando-o ao caso concreto. Tal posição é reiteradamente defendida nos julgados atuais sobre o tema, principalmente após a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem [STF. AgRg na SE nº 5.206-Espanha. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJe 30.04.2004]⁶⁵ e mais especialmente do seu artigo 7º anteriormente referido. É o que se observa das passagens abaixo, extraídas de julgados que analisaram a questão:

O contrato firmado entre as partes [...] prevê expressamente a cláusula compromissória [...] que determinam que quaisquer disputas ou controvérsias que possam surgir serão submetidas à arbitragem. Portanto, o presente feito [...] deve, necessariamente, ser submetido à arbitragem [...]. Os arts. 3º e 4º da Lei 9307 de 2006 prevêem expressamente a possibilidade das partes convencionarem cláusula compromissória no contrato firmado, tratando-se, pois, de norma entre as partes. [Daiby S.A v. Unibanco]

[...] se trata de cláusula compromissória completa, [...] o que, por si só, rende ensejo à incidência direta e automática do parágrafo único do art. 8º, combinado com o art. 20 da LArb. [STJ. Recurso Especial nº 1278852-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta turma. DJe 19.06.2013]

Conclui-se, portanto, que o efeito positivo da cláusula compromissória é de extrema importância para o avanço e contínuo crescimento da utilização da arbitragem. Isso porque, por um lado, vincula as partes à cláusula arbitral acordada, responsabilizando-as pela sua inclusão consciente em seus contratos e, por outro, garante a instauração da arbitragem, autorizando até mesmo o juiz togado a proceder na execução específica da cláusula em caso de resistência ou impasse (o que será mais bem analisado adiante).

2.1.7.2 NEGATIVO

Passando-se à análise do efeito negativo da cláusula compromissória, pode-se defini-lo na aptidão desta de impedir que as partes busquem no judiciário a resolução das controvérsias abarcadas pela cláusula⁶⁶ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999, §624]. Desse efeito negativo decorre a necessidade de extinção sem resolução de mérito de uma ação

⁶⁵ “Este precedente do Supremo Tribunal outorgou incontestemente eficácia à cláusula compromissória, conferindo a esta a força buscada pelo legislador de 1996 ao prever a possibilidade de se promover a sua execução específica” e, ainda, “conferindo-lhe eficácia plenamente contratual, a acarretar a incidência do pacta sunt servanda na hipótese de descumprimento da obrigação por qualquer das partes” [PESQUISA FGV CBAr 2, p.10].

⁶⁶ Do original: “put negatively, the arbitration agreement prevents the parties from seeking the resolution by the courts of disputes covered by the arbitration agreement”.

judicial que vise discutir uma disputa abrangida por cláusula compromissória. É o que determina o artigo 267, VII do Código de Processo Civil, ao estabelecer que “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VII - pela convenção de arbitragem”.

Conforme exposto na pesquisa realizada pela FGV e CBAr, anteriormente referida, percebe-se que o judiciário brasileiro vem aceitando cada vez mais o efeito negativo da cláusula compromissória, extinguindo as ações sem resolução de mérito, quando tentam analisar judicialmente disputar cobertas por cláusula arbitral. É o que se vê nos trechos abaixo colacionados:

No TJMG, em vários casos o processo foi **extinto sem julgamento do mérito** de ofício pelo juiz, como nas Apel. Cív. 2.0000.00.425811-7/000 e Apel. Cív. 2.0000.00.394534-0/000, que consideraram o pactuado pelas partes através da convenção arbitral para julgar o recorrente **carecedor de ação**, com a **renúncia** à tutela jurisdicional e adesão à arbitragem [PESQUISA FGV CBAr 1, p.30]. (grifou-se)

No TJMG, em Agravo de Instrumento (AI 2.0000.00.356235-8/000): “Desde o momento em que, dentro do contexto de um contrato, estipule-se que eventual litígio entre os contratantes em torno das obrigações nele pactuadas será dirimido por meio de árbitros, estará **definitivamente imposta a via extrajudicial como obrigatória**. [...] O manejo de ação judicial, desconsiderando a convenção de uso da arbitragem, estipulada entre as partes, conduz à **extinção do processo, sem julgamento de mérito (carência de ação)**” [PESQUISA FGV CBAr 1, p.29] (grifou-se)

No **STJ**, por fim, em quase todos os casos foi reconhecida ou mantida a **extinção do processo sem julgamento do mérito**. [...] O STJ, portanto, a quem compete julgar em recurso especial causas que violem normas infraconstitucionais, como é o caso da lei de arbitragem, tem dado um respaldo positivo muito importante ao instituto, através de decisões de diferentes Turmas que **reconhecem o efeito negativo da convenção arbitral**. [PESQUISA FGV CBAr 1, pp.24-25] (grifou-se)

Notável, portanto, o posicionamento do judiciário ao aplicar o efeito negativo da cláusula arbitral, entendendo ser o autor da demanda carecedor de ação, uma vez que renunciou à tutela jurisdicional ao optar expressamente pela arbitragem em relação aos conflitos relacionados ao contrato de que a cláusula faz parte.

2.2 PRÁTICA

2.2.1 COMO REDIGIR UMA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA?

Conceituada a cláusula compromissória e analisadas suas principais características e efeitos, fica clara a importância que seja bem redigida, prevendo os principais pontos⁶⁷ para permitir a instauração da arbitragem sem maiores problemas. Isso porque, se por um lado, conforme comentado por Carmona [2009, p.137], “a partir da vigência da Lei de Arbitragem, passaram os operadores do direito a ter cuidado especial na redação da cláusula compromissória, pois já compreenderam que dependerá da excelência da cláusula a instauração da arbitragem”, por outro, o momento de instaurar a arbitragem é crítico, “pois as partes já estarão indispostas em face de algum problema ocorrido no desenvolvimento de suas obrigações contratuais [...] sujeitas aos efeitos da cláusula arbitral” [CARMONA 2009, p.140]. Nas palavras de Bond [1989 p.2], em seu estudo sobre como redigir uma cláusula arbitral, “uma vez que a controvérsia se instaura, na maioria dos casos, as partes não conseguem mais acordar em nada, tampouco em como resolver sua controvérsia”⁶⁸.

Assim, “muitas das dificuldades que usualmente complicam e atrasam um procedimento arbitral [...] podem ser resolvidas ou diminuídas por uma cláusula arbitral bem redigida”⁶⁹ [BOND 1989, p.2]. Ainda, caso assim preferam, “a fim de evitar controvérsias ou dificuldades” no momento de instaurar a arbitragem, “os órgãos arbitrais institucionais melhor aparelhados costumam sugerir que as partes valham-se de cláusulas-modelo” [CARMONA 2009, p.140]. Vê-se, portanto, possuírem as partes duas opções quando da escolha em submeter suas controvérsias futuras à arbitragem. De um lado, podem ser auxiliadas na redação da cláusula a fim de que esta contenha condições mínimas de ser bem implementada, de outro, podem se valer de modelos já existentes em instituições arbitrais. Evidente que

⁶⁷ “As partes ao preverem a instância arbitral podem redigir a cláusula compromissória como desejarem, mas devem estabelecer algumas condições mínimas de operacionalização, tais como se a arbitragem será institucional e neste caso será observado o regulamento da instituição nomeada (art. 4, parág. 5 °) e, se for “ad hoc”, a forma de indicação de árbitros, e maneira de iniciar a arbitragem, bem como outras disposições facultativas ou suplementares, tais como o local da arbitragem, idioma e lei aplicável (normalmente presente em contratos internacionais), prazo para a prolação da sentença arbitral, etc.” [LEMES 2002, p.1]

⁶⁸ Do original: “Once a dispute arises, in most instances the parties can no longer agree on anything, including how to resolve their dispute.”

⁶⁹ Do original: “many of the difficulties that most often complicate and delay an arbitral proceeding [...] can be removed or diminished by a well-drafted arbitration clause”

podem, ainda, se basear em um modelo e complementá-lo indicando pontos não indicados pelas cláusulas-padrão.

Estas opções serão analisadas a seguir, na ótica das Diretrizes da IBA (*International Bar Association*) sobre Cláusulas Arbitrais, adotadas em 2010 por resolução do Conselho da IBA. Tais Diretrizes “foram elaboradas⁷⁰ para auxiliar na obtenção de cláusulas arbitrais que incorporem a vontade das partes sem ambiguidades”. Nas palavras dos Co-Presidentes do Comitê de Arbitragem da IBA, Guido S. Tawil e Judith Gill [IBA 2010, p.2]:

“[...] esperamos ser um passo significativo na melhoria das perspectivas de que cláusulas arbitrais sejam não somente efetivas, mas também representem de forma precisa e completa a vontade das partes de submeter seus litígios à arbitragem.”

Nesta mesma linha do intuito das Diretrizes da IBA, diz-se que, quanto às peculiaridades a serem observadas quando da redação de uma cláusula, as partes deverão atender principalmente para a clareza da cláusula, mais do que para sua extensão⁷¹. Nas palavras de Bond [1989, p.2-3], a “ambiguidade é a pior inimiga, uma vez que ela poderá tornar a cláusula ineficaz ou, na melhor das hipóteses, criar complicações que custarão tempo e dinheiro, frustrando exatamente as razões pelas quais as partes teriam escolhido a arbitragem”⁷². Neste ponto Bond se refere justamente às cláusulas patológicas, que serão mais bem analisadas adiante.

Antes de analisarmos as Diretrizes e suas contribuições, no entanto, cabe referir os três pontos considerados essenciais⁷³ para que a cláusula arbitral seja efetiva, devendo nela estar

⁷⁰ Pelo Comitê de Arbitragem: “Estabelecido dentro da Divisão de Prática Legal da International Bar Association e dedicado à legislação, práticas e procedimentos relacionados à arbitragem de disputas transnacionais, o Comitê de Arbitragem conta atualmente com mais de 2.300 membros de mais de 90 países, e o número de associados cresce constantemente. Através de suas publicações e conferências, o Comitê busca compartilhar informações sobre arbitragem internacional, promover seu uso e aprimorar sua efetividade.” [IBA 2010, p.iii] “[...] as Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais foram desenvolvidas para auxiliar não somente especialistas em arbitragem, mas, especialmente, advogados internos de empresas e advogados de negócios comumente envolvidos na redação de contratos, sem familiaridade com as complexidades da arbitragem.” [IBA 2010, p.2]

⁷¹ “Long and detailed arbitration clauses generally take a long time to draft and in the event of arbitration are not overly helpful. Although at the time of drafting the procedure to be followed may seem clear and certain in a lengthy arbitration clause, it might produce some problems if an unforeseen circumstance eventuates (which is often the case) and the clause lacks flexibility to deal with this in an appropriate way. Consequently, it is best to keep the clause as simple as possible and carefully adapt a standard form institutional clause to fit any particular requirements. If a complex clause is desired for any reason, it should be checked by an expert arbitration lawyer”. [GREENBERG, KEE, WEERAMANTRY 2011, pp.198-199]

⁷² Do original: “An arbitration clause need not be lengthy or complicated, but if it is to be effective it must be clear. Ambiguity is the worst enemy to be imagined, for it may either render an arbitration clause ineffective or, at the very least, create complications that cost both time and money and thus defeat part of the very reasons that lead the parties to select arbitration.”

⁷³ “[...] the essential terms of an arbitration agreement are contained in the phrase “All disputes shall be finally resolved by arbitration.”” [BORN 2012, p.3]

expressos [BOND 1989, p.4; LEW, MISTELIS, KROLL 2003, p.167; BORN 2012, p.2]: acordo para utilização da arbitragem; objeto a ser submetido à arbitragem; e caráter definitivo da arbitragem ⁷⁴. Primeiramente, deve restar inequívoca da redação da cláusula, a expressa intenção das partes em valerem-se da arbitragem ao invés da corte nacional ⁷⁵. Em segundo lugar, a cláusula deve identificar quais disputas estão sujeitas à arbitragem: sugere-se que esta expressão seja ampla, abarcando todas as disputas relacionadas ao contrato⁷⁶, a não ser que, de fato, as partes tenham o interesse consciente de submeter apenas algumas questões específicas do contrato à arbitragem. Em terceiro lugar, ainda que a arbitragem tenha como característica o fato de sua decisão ser final ⁷⁷ (sem possibilidade de recurso e reexame material pelo judiciário), é importante ficar evidente da redação da cláusula possuírem as partes o real interesse de que a disputa identificada seja definitivamente resolvida por arbitragem⁷⁸.

Estando clara a necessidade (e motivo) de identificar os três pontos abordados anteriormente, passa-se a uma análise passo-a-passo⁷⁹ sobre como deve ser redigida uma cláusula arbitral, conforme indicado pelas eficientes Diretrizes da IBA. De acordo com as referidas Diretrizes, oito são as chamadas “Diretrizes Básicas de Redação”, as quais tratam dos elementos essenciais de uma cláusula arbitral, na ótica da IBA⁸⁰. São as seguintes:

Diretriz 1: As partes devem escolher entre arbitragem institucional e ad hoc

Diretriz 2: As partes devem escolher um regulamento de arbitragem e usar a cláusula-modelo recomendada nesse regulamento como ponto de partida.

Diretriz 3: Salvo circunstâncias especiais, as partes não devem tentar limitar o escopo das controvérsias sujeitas à arbitragem, devendo definir tal escopo de modo amplo

⁷⁴ Isto é, a impossibilidade de recurso da decisão do tribunal arbitral.

⁷⁵ “The arbitration agreement must simply express the parties’ intention to arbitrate instead of going to a national court” [LEW, MISTELIS, KROLL 2003, p.168]

⁷⁶ “The agreement must identify what disputes should be referred to arbitration [...]. In general, it is advisable to refer all disputes to arbitration instead of having a bifurcated clause. Broad wording should be used to link the disputes and the contract.” [LEW, MISTELIS, KROLL 2003, p.168]; “[...] parties should be extremely careful not to narrow inadvertently the scope of the arbitration clause by restricting the clause simply to disputes “arising under” the contract or “related to execution or performance” of the contract” [BOND 1989, p.5].

⁷⁷ “A primary advantage of arbitration is that it is, in principle, essentially free from judicial involvement during the arbitration itself and an arbitral award is “final” in the sense that it is intended to be free from judicial examination of its substance.” [BOND 1989, p.10]

⁷⁸ “One stop dispute resolution is an advantage of arbitration. Most national laws allow no or only limited rights of appeal against an award. [...] For this reason, while it should be self evident and implied in the arbitration agreement, arbitration clauses frequently contain the words “finally settled” or “resolved” by arbitration”. [LEW, MISTELIS, KROLL 2003, p.170]

⁷⁹ Ainda que se trate de uma análise passo-a-passo, a mesma procurará ser breve e objetiva, apresentando as principais questões relacionadas com as patologias a serem analisadas.

⁸⁰ “Elas abordam [...] as diretrizes básicas acerca dos elementos essenciais de uma cláusula arbitral [...]” [IBA 2010, p.1]

Diretriz 4: As partes devem escolher a sede da arbitragem. Essa escolha deve ser baseada em considerações práticas e jurídicas.

Diretriz 5: As partes devem especificar o número de árbitros

Diretriz 6: As partes devem especificar o método de seleção e substituição dos árbitros e, quando optarem por arbitragem *ad hoc*, devem selecionar uma autoridade nomeadora

Diretriz 7: As partes devem especificar o idioma da arbitragem

Diretriz 8: Em geral, as partes devem especificar as regras de direito aplicáveis ao contrato e a quaisquer controvérsias posteriores

Ao comentar a primeira Diretriz [IBA 2010, p.6], é dito que “A primeira escolha que as partes devem fazer ao redigir uma cláusula arbitral é entre arbitragem institucional ou *ad hoc*”⁸¹. Isso porque as necessidades das cláusulas que apontam para arbitragens *ad hoc* ou institucionais são de certa forma diversas [LEW, MISTELIS, KROL 2003, p.167]. Para as arbitragens *ad hoc*, por exemplo, nada pode ser negligenciado, já que a cláusula será a fonte da instauração do tribunal [LEW, MISTELIS, KROL 2003, p.167]. Neste sentido, é imprescindível indicar na cláusula a forma de nomeação do(s) árbitro(s) e o procedimento a ser seguido (Diretriz 6), sugerindo-se a indicação, ainda, da lei aplicável ao procedimento, já que para este tipo de arbitragem “não existem leis claramente aplicáveis”⁸².

A fim de evitar incertezas, as partes tendem a utilizar as regras da UNCITRAL, especialmente redigidas para arbitragens *ad hoc* [LEW, MISTELIS, KROLL 2003, p.178]. Sugere-se, ainda, que as partes utilizem a cláusula-modelo⁸³ da instituição ou entidade que elaborou o regulamento escolhido (Diretriz 2) e que, mesmo escolhendo um regulamento, designem uma “instituição arbitral (ou outra entidade neutra) como autoridade nomeadora para a nomeação dos árbitros” (Diretriz 6) [IBA 2010, p.8]. São neste sentido os comentários à primeira Diretriz [IBA 2010, p.7]:

Em uma arbitragem *ad hoc* (ou não-administrada), o ônus da condução do procedimento arbitral recai totalmente sobre as partes e sobre os árbitros, depois que esses forem nomeados. [...] as partes podem facilitar sua tarefa selecionando um regulamento elaborado para ser utilizado em arbitragens *ad hoc*. Embora uma instituição arbitral não esteja envolvida na condução do procedimento arbitral, [...] ainda assim é necessário indicar um terceiro neutro (conhecido também por “autoridade nomeadora”) para selecionar os árbitros e lidar com possíveis lacunas a respeito das quais as partes não estejam de acordo.

⁸¹ Nesse mesmo sentido Bond [1989, p.3]: “Ad hoc or institutional: it is a fundamental choice which must be made before going any further as the decision on this point affects everything else in the arbitration clause”.

⁸² Do original: “As there are no clear rules applicable [...], the agreement should provide for the appointment of the arbitrators and the procedures to follow” [LEW, MISTELIS, KROLL 2003, p. 178]

⁸³ “Para uma arbitragem *ad hoc* para a qual foi designado um regulamento de arbitragem, é recomendável acessar o sítio eletrônico da entidade que elaborou tal regulamento para que se use a cláusula-modelo de tal entidade como base para a redação da cláusula arbitral.” [IBA 2010, p.9]

Já para arbitragens institucionais, a questão parece ser mais simples [LEW, MISTELIS, KROLL 2003, p.167], bastando as partes escolherem a cláusula-modelo de uma instituição arbitral⁸⁴ perante a qual pretendam que seja instaurado o tribunal e conduzido o procedimento arbitral. Conforme bem demonstrado pelos comentários à primeira Diretriz [IBA 2010, pp.6-7]:

Na arbitragem institucional (ou administrada), uma instituição arbitral dá assistência na condução do procedimento arbitral, cobrando uma taxa. A instituição pode dar assistência com relação a assuntos práticos, como a organização das audiências, a administração das comunicações e o pagamento dos árbitros. A instituição também pode prestar serviços como nomear um árbitro se uma parte não o fizer, decidir sobre a impugnação de um árbitro e realizar o escrutínio da sentença arbitral. A instituição, entretanto, não decide o mérito da controvérsia. Essa decisão é deixada totalmente a cargo dos árbitros.

Seguindo na linha das Diretrizes da IBA [2010, p.8]: “A segunda escolha que as partes devem fazer quando estiverem redigindo uma cláusula arbitral é a seleção de um regulamento de arbitragem”, sendo este o instrumento que fornecerá o “marco processual” para a condução do procedimento arbitral. O estudo ressalta que caso as partes não escolham um determinado regulamento, “muitas questões procedimentais que podem surgir durante o procedimento deverão ser estabelecidas na própria cláusula arbitral, uma solução que é raramente recomendável e que deve ser feita com assessoria especializada” [IBA 2010, p.8].

Conforme mencionado, sugere-se que as partes se valham da cláusula-modelo da instituição cujo regulamento foi escolhido. Aconselham os comentários à Diretriz 2 [IBA 2010, p.8] que “as partes podem adicionar, mas raramente devem retirar elementos da cláusula-modelo. Assim, as partes assegurarão que todos os elementos necessários para que se tenha uma cláusula arbitral válida, executável e eficaz estarão presentes”.

A terceira Diretriz da IBA tem relação direta com o segundo ponto essencial anteriormente referido, relativo ao escopo da arbitragem. Nesta linha sugere a Diretriz que [IBA 2010, p.11]:

O escopo de uma cláusula arbitral se refere ao tipo e âmbito das controvérsias submetidas à arbitragem. Salvo circunstâncias que requeiram o contrário, o escopo de uma cláusula arbitral deverá ser definido amplamente⁸⁵ para abranger não só

⁸⁴ “Para uma cláusula de arbitragem institucional, é recomendável acessar o sítio eletrônico da instituição escolhida para usar a cláusula-modelo proposta pela instituição como base para a redação da cláusula arbitral.” [IBA 2010, p.9]

⁸⁵ “As partes irão assegurar que o escopo da sua cláusula arbitral é amplo pela utilização da cláusula-modelo associada ao regulamento de arbitragem selecionado. Se as partes não usarem uma cláusula-modelo, a seguinte cláusula deve ser utilizada: Todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo

todas as controvérsias “decorrentes” do contrato, mas também as controvérsias “que tenham relação” (ou sejam “relacionadas”) com o contrato. Uma linguagem menos inclusiva acabará por suscitar questionamentos sobre a sujeição de determinada controvérsia à arbitragem. Em determinadas circunstâncias, [no entanto,] as partes podem ter boas razões para excluir algumas disputas do escopo da cláusula arbitral⁸⁶ [mas, nesses casos há ressalva de possíveis problemas].

Em relação à quarta Diretriz da IBA, cabe referir que seu objeto (sede da arbitragem ou “*seat of arbitration*”) é considerado por Greenberg, Kee, Weeramantry [2011, p.189] (juntamente com a certeza quanto à identidade das partes) elemento essencial a ser abordado pela cláusula arbitral, além dos anteriormente mencionados⁸⁷. Percebe-se sua real relevância dos comentários a ela efetuados [IBA 2010, pp. 13-14]:

O local da arbitragem é o domicílio jurídico da arbitragem. Deve ser dada atenção especial para o regime legal do local escolhido como sede da arbitragem porque essa escolha tem importantes consequências legais sob a maioria das legislações arbitrais nacionais, assim como sob alguns regulamentos de arbitragem. [...] Como regra geral, as partes devem escolher a sede da arbitragem em uma jurisdição (i) que seja parte da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 [...], (ii) cuja lei seja favorável à arbitragem e permita a arbitragem em relação ao objeto do contrato, e (iii) cujos tribunais tenham um histórico de decisões imparciais, que sejam favoráveis ao processo arbitral⁸⁸.

qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção, serão definitivamente resolvidas por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem selecionado].” [IBA 2010, p.12].

⁸⁶ “Excepcionalmente, se houver circunstâncias especiais e as partes quiserem limitar o escopo das controvérsias sujeitas à arbitragem, a seguinte cláusula pode ser usada: Exceto pelas questões especificamente excluídas da arbitragem neste contrato, todas as disputas decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção, serão definitivamente resolvidas por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem selecionado]. As seguintes questões estão especificamente excluídas da arbitragem: [...]” [IBA 2010, pp.12-13].

⁸⁷ Bond [1989, p.13] também se posiciona acerca da relevância do local da arbitragem: “The importance of the place of arbitration cannot be overestimated. Its legislation determines the likelihood and extent of involvement of national courts in the conduct of the arbitration (either for judicial “assistance” or “interference”), the likelihood of enforceability of the arbitral award (depending on what international conventions the *situs* State is a party to), and the extent and nature of any mandatory procedural rules that you will have to adhere to in the conduct of the arbitration.” Adriana Braghetta [2010, justificativa], analisando a importância da sede da arbitragem em uma visão a partir do Brasil menciona que “O estudo da sede da arbitragem tem repercussão, do ponto jurídico e de acordo com a Convenção de Nova Iorque, para: (i) a definição da nacionalidade do laudo com reflexos na sua execução; (ii) a definição da competência do Judiciário que controlará o laudo via ação de anulação; (iii) a verificação de sua influência, de forma subsidiária, para a regularidade da validade da convenção arbitral; e (iv) a análise das disposições procedimentais imperativas da sede.”

⁸⁸ “Uma cláusula arbitral que não especifique o local da arbitragem será eficaz, embora isso seja indesejável. A instituição arbitral, se houver uma, ou os árbitros, escolherão pelas partes, se elas não concordarem quanto ao local da arbitragem depois que surgir a controvérsia (em uma arbitragem ad hoc, entretanto, se houver dificuldade na escolha dos árbitros e o local da arbitragem não tiver sido selecionado, talvez não seja possível às partes prosseguir com a arbitragem, a menos que o poder judiciário de algum país esteja disposto a ajudar). As partes não devem deixar uma decisão tão crucial nas mãos de outros.” [IBA 2010, p.14]
Cláusula recomendada: “A sede da arbitragem será [cidade, país].” [IBA 2010, p.14]

A próxima Diretriz apresentada (quinta) refere-se à necessidade de mencionar na cláusula o número de árbitros, uma vez que no “cômputo geral, é recomendável que se especifique o número de árbitros antecipadamente”. Isso porque, caso não especificado, haverá necessidade de que as partes acordem sobre esse respeito depois do surgimento de uma controvérsia e, em não o fazendo, caberá tal decisão à instituição arbitral (se indicada, para arbitragens institucionais) ou ao regulamento (se indicado em arbitragens *ad hoc*). Ressalta-se que quando “as partes não selecionarem um regulamento, é especialmente importante especificar o número de árbitros na própria cláusula⁸⁹” [IBA 2010, p.15].

A sexta Diretriz restou brevemente tratada anteriormente e diz respeito à importância de as partes especificarem o método para seleção e substituição dos árbitros além de, no caso de optarem por arbitragem *ad hoc*, deverem selecionar uma autoridade nomeadora⁹⁰. Caso as partes tenham optado pela escolha de um regulamento (tanto para arbitragem institucional quanto para *ad hoc*), estes já preveem o método referido, caso contrário, deverão especificá-lo. Podem, ainda, optar por modificar o que diz o regulamento, caso em que deverão valer-se da mesma terminologia do mesmo, a fim de evitar problemas. É o que ressaltam os comentários a esta Diretriz [IBA 2010, p.16]:

Tanto os regulamentos de arbitragem institucional quanto os regulamentos de arbitragem *ad hoc* preveem mecanismos subsidiários para a nomeação e substituição de árbitros. Quando as partes incorporam esses regulamentos, elas podem estar satisfeitas em contar com o mecanismo subsidiário estabelecido nas regras. As partes podem também acordar sobre um método alternativo. [...] Se as partes decidirem se afastar do mecanismo subsidiário, devem usar uma linguagem coerente com a terminologia do regulamento de arbitragem aplicável. [...] Quando as partes não tiverem incorporado um regulamento de arbitragem, é fundamental que elas especifiquem claramente o método de seleção e substituição de árbitros na cláusula arbitral em si.

A penúltima Diretriz (sétima) traz a necessidade de indicação do idioma da arbitragem, principalmente caso o contrato envolva partes com idiomas diferentes ou “cujo

⁸⁹ “Cláusula Recomendada: O tribunal será composto por [um ou três] árbitro[s]” [IBA 2010, p.16].

⁹⁰ “A necessidade de designar uma autoridade nomeadora no contexto de uma arbitragem *ad hoc* constitui uma diferença significativa entre a elaboração de uma cláusula arbitral institucional e a elaboração de uma cláusula arbitral *ad hoc*. Na arbitragem institucional, a instituição está disponível para nomear ou substituir árbitros quando as partes não o tiverem feito. Não existe tal instituição em arbitragens *ad hoc*. É, portanto, fundamental que as partes designem uma “autoridade nomeadora” no âmbito *ad hoc* para nomear ou substituir árbitros, caso as partes deixem de fazê-lo. Ausente essa escolha, o poder judiciário do local da arbitragem pode estar disposto a fazer as nomeações e substituições necessárias (de acordo com o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, o Secretário-Geral da Corte Permanente de Arbitragem designa a autoridade nomeadora, se as partes não a designaram em sua cláusula arbitral). [...] A autoridade nomeadora pode ser uma instituição arbitral, um órgão judicial, uma entidade comercial ou profissional, ou outra entidade neutra. As partes devem selecionar um órgão ou um título (por exemplo, o presidente de uma instituição arbitral, o juiz presidente de um tribunal estatal, ou o presidente de uma entidade comercial ou profissional)” [IBA 2010, pp. 16-17]

idioma compartilhado difere do idioma da sede da arbitragem” [IBA 2010, p.19]. Abaixo os comentários das Diretrizes da IBA atentam para alguns pontos relevantes na escolha do idioma:

Ao fazer essa escolha, as partes devem considerar não apenas o idioma do contrato e da documentação relacionada, mas também o efeito provável de sua escolha sobre o conjunto de árbitros e advogados especializados. Ausente a escolha na cláusula arbitral, cabe aos árbitros determinar o idioma da arbitragem. É provável que os árbitros escolham o idioma do contrato, ou então, se distinto, aquele das correspondências trocadas entre as partes. Deixar essa decisão para os árbitros pode levar a custos e atrasos desnecessários. Redatores de contratos são frequentemente tentados a estabelecer mais de um idioma para a arbitragem. As partes devem considerar cuidadosamente se devem fazê-lo. [...] A solução pode ser especificar um idioma para a arbitragem, mas estabelecer que documentos possam ser apresentados em outro idioma (sem tradução). [IBA 2010, p.19]

A oitava e última Diretriz apresenta a sugestão de as partes especificarem “as regras de direito aplicáveis ao contrato e a quaisquer controvérsias posteriores⁹¹” [IBA 2010, p.20]. É importante deixar claro na cláusula qual é a lei aplicável ao procedimento e qual é a lei aplicável ao mérito, já que se tratam de questões distintas, conforme explicado nos comentários abaixo [IBA 2010, p.20]:

A escolha do direito material deve ser prevista em uma cláusula diversa da cláusula arbitral, ou deve ser tratada em conjunto com a arbitragem em uma cláusula que deixe claro que ela serve a um duplo propósito (por exemplo, dando à cláusula o título “Da Lei Aplicável e da Arbitragem [ou Resolução de Controvérsias]”). Isso porque durante a execução do contrato podem surgir problemas no âmbito do direito material independentes de qualquer disputa arbitral. Ao escolherem o direito material, as partes não escolhem a lei processual ou da arbitragem. Tal lei, ausente disposição em contrário, é normalmente a do local da arbitragem [...]. Ainda que as partes possam acordar algo diferente, raramente é aconselhável fazê-lo.

Importante ressaltar, por fim, que as Diretrizes IBA consideram como opcional redigir na cláusula que a arbitragem terá caráter definitivo. Isso porque, por um lado, este ponto é essencial de qualquer arbitragem e, por outro, muitos regulamentos já incluem esta disposição, o que tornaria desnecessário repeti-lo na cláusula. No entanto, tendo em vista a importância do caráter definitivo da arbitragem⁹², sendo este inclusive considerado ponto essencial anteriormente referido, é aconselhável que as partes incluam menção a isto em suas cláusulas. É bem tratada esta questão nos comentários das Diretrizes da IBA [2010, p.31]:

⁹¹ “A cláusula a seguir pode ser utilizada para se selecionar o direito material: Este contrato é regido, e todas as controvérsias dele decorrentes ou com ele relacionadas serão resolvidas, de acordo com a [legislação selecionada ou regras de direito].” [IBA 2010, p.21].

⁹² Conforme disposto na Lei de Arbitragem, em seu artigo 18: O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Uma vantagem da arbitragem é que as sentenças arbitrais são definitivas e inapeláveis. Na maioria das jurisdições, as sentenças arbitrais só podem ser impugnadas por falta de jurisdição dos árbitros, sérias falhas processuais ou tratamento injusto, e não podem ser revistas quanto ao mérito. A maioria dos regulamentos de arbitragem reforça o caráter definitivo da arbitragem, prevendo que as sentenças são definitivas e que as partes renunciam a qualquer recurso contra elas. Quando a cláusula arbitral não incorpora um regulamento de arbitragem, ou quando o regulamento incorporado não contém disposições relacionadas ao caráter definitivo da sentença e à renúncia ao direito de recurso contra a mesma, é prudente especificar na cláusula arbitral que a sentença é final e não está sujeita a recurso. Mesmo quando as partes incorporarem regras de arbitragem que contenham esse tipo de previsão, ainda pode ser aconselhável repetir essa redação na cláusula arbitral, caso as partes prevejam que a sentença precise ser executada ou passar sob o escrutínio de jurisdições nas quais a arbitragem é vista com desconfiança. Ao adicionar uma renúncia ao direito de recurso na cláusula arbitral, as partes deverão considerar a lei da sede da arbitragem para determinar de fato a extensão de tal renúncia e a linguagem exigida pela *lex arbitri*.

Percebe-se, por fim, que inúmeras são as informações que uma cláusula arbitral pode conter. Ao mesmo tempo, pode nem sempre ser necessário incluir todos os elementos mencionados na cláusula⁹³, ainda que alguns sejam considerados essenciais (conforme visto) e devam estar sempre presentes. Desta forma, “preparação e estudo da questão é essencial⁹⁴”, ainda porque “a outra parte pode ter ideias diferentes acerca do que constitui uma cláusula ideal”. Neste sentido, “a força de negociação das partes entra em jogo e o negociante deve saber o que é essencial ao seu interesse e o que pode abrir mão com segurança”⁹⁵ [BOND 1989, p.1].

2.2.2 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PATOLÓGICA: UMA REALIDADE

⁹³ “As discussed above, international arbitration agreements typically do, and should, contain additional important terms, including the scope of the obligation to arbitrate, the arbitral seat, institutional rules, language and the like. Nonetheless, failure to include these terms does not render the arbitration clause indefinite. Rather, in almost all jurisdictions, national law provides default mechanisms that will give effect to the parties’ agreement (i.e., by providing for judicial selection of arbitrators and by authorizing the arbitral tribunal to perform various functions, such as selecting the arbitral seat and language).” [BORN 2012, p.3]

“In addition [...] it is advisable, but not essential, to include the following selective elements in an arbitration agreement: (i) number of arbitrators; (ii) the language of the proceedings; (iii) the confidentiality of the arbitration proceedings and the resulting award; and (iv) any desired special powers to the arbitral tribunal.” [GREENBERG, KEE, WEERAMANTRY 2011, p.194]

⁹⁴ “[...] there is probably no single clause that is appropriate in every case. You cannot escape the need, each time you negotiate an arbitration clause, to engage in a rigorous analysis of the circumstances related to the particular transaction in order to produce an arbitration clause tailored to the situation at hand. In the long run, this work will result in immeasurable savings of time and money.” [BOND 1989, p.11]

⁹⁵ Do original: “Preparation and study of the matter is essential. [...] the other party may have very different ideas as to what constitutes an ideal clause. The relative bargaining strength of the parties comes into play and the negotiator must know what is essential to his interests and what can safely be given up.”

Diante do exposto até o momento, resta evidente a relevância da cláusula compromissória para a instauração e bom andamento da arbitragem, já que é a partir dela que as partes, livre e previamente, convencionam submeter suas controvérsias à arbitragem, sendo a cláusula autônoma em relação ao contrato, vinculante em relação às partes (efeito positivo) e inclusive passível de resolução da ação judicial sem julgamento de mérito (efeito negativo).

Deste modo, a existência de uma cláusula compromissória bem redigida é imprescindível. Até mesmo porque, somente diante de cláusula cheia (cuja definição será tratada adiante) é que se pode usufruir automaticamente de seu efeito positivo (conferir poderes aos árbitros para julgamento da controvérsia), bem como incidir seu efeito negativo (de afastar a atuação do juiz estatal). Tanto o é, ainda, que pelo lado da arbitragem institucional as próprias câmaras arbitrais sugerem cláusulas modelo, conforme visto anteriormente, e, quando se pretende arbitragem *ad hoc*, tanto estudos doutrinários sugerem como redigir uma boa cláusula, como instituições sugerem cláusulas modelo⁹⁶.

As palavras de Guido S. Tawil e Judith Gill, constantes no Prefácio às importantes Diretrizes da IBA [2010, p.1], anteriormente referidas, ilustram bem esta questão:

A resolução de controvérsias por arbitragem é uma característica importante do cenário legal ao redor do mundo. Subjacente ao procedimento arbitral haverá, em praticamente todos os casos, uma cláusula arbitral, a partir da qual as partes acordam não somente a intenção de ter suas disputas resolvidas por arbitragem, mas também aspectos do procedimento que desejam adotar. À luz disso, assegurar uma cláusula arbitral efetiva, que reflita as necessidades e as vontades das partes, é um passo crucial do processo.

No entanto, mesmo com a existência de cláusulas modelo e de estudos doutrinários auxiliando na boa redação de uma cláusula arbitral, o princípio básico da arbitragem: autonomia da vontade⁹⁷; unido ao princípio fundamental do Direito das Obrigações (já que a

⁹⁶ Parties who agree to arbitrate under the UNCITRAL Arbitration Rules and to have the Secretary-General act as the appointing authority and the International Bureau provide administrative services may use the following clause:

Any dispute, controversy, or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination, or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules in effect on the date of this contract.

The appointing authority shall be the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration.

Note: parties might wish to consider adding:

(a) The number of arbitrators shall be . . . [one or three].

(b) The place of arbitration shall be [The Hague] [or other location].

(c) The language(s) to be used in the arbitral proceedings shall be . . . [insert choice].

(d) [For cases involving a State, a State-controlled entity or an intergovernmental organization] The case shall be administered by the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration.

⁹⁷ Conforme visto, é a liberdade de as partes escolherem a lei material para reger suas disputas submetidas à arbitragem.

arbitragem tem base contratual): autonomia privada⁹⁸ faz com que as partes não estejam vinculadas a qualquer modelo ou sugestão doutrinária, estando livres para “*redigir a cláusula compromissória como desejarem*” [LEMES 2002, p.1]. Essa liberdade que, por um lado, é o que dá vida e sustentação à arbitragem, por outro, pode acabar causando problemas na instituição da mesma⁹⁹. Isso porque, no exercício de sua liberdade, as partes muitas vezes acabam redigindo cláusulas compromissórias incompletas, restritivas demais, inconsistentes, contraditórias, etc..., ou seja, cláusulas patológicas. A ocorrência de patologias pode ser vista como consequência de ser a cláusula arbitral muitas vezes a última a ser negociada em um contrato (conforme já mencionado), sendo feita como um “adendo” e sem muita cautela¹⁰⁰ [BOND 1989, p.1].

Contudo, ainda que patológicas, tais cláusulas indicam a vontade das partes de que suas controvérsias sejam dirimidas por meio da arbitragem¹⁰¹. Sendo assim, há necessidade de que a patologia seja sanada para que a vontade das partes de instituir arbitragem seja garantida. Conforme exposto por Selma Lemes [2002, p.22], ao concluir seu importante estudo sobre cláusulas patológicas, mesmo tais cláusulas “podem prosperar no sentido de instituir a arbitragem, desde que em consonância com a vontade das partes em elegê-la”.

Deste modo, deve-se ter em mente, primeiramente, que, conforme visto, a arbitragem possui base contratual [CARMONA, 2009, p. 20; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, pp. 29-31]¹⁰², pois sustentada por acordo entre as partes (cláusula compromissória e compromisso arbitral). Recordando-se, ainda, que estes acordos (mais especificamente, para este estudo, a cláusula compromissória) são verdadeiros negócios jurídicos [CARMONA, 2009, pp.78-79], pode-se afirmar que a cura para tais cláusulas se dará pela sua interpretação à luz dos princípios interpretativos utilizados para negócios jurídicos e contratos em geral [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, pp. 256-262]¹⁰³. Ademais, há que se levar em

⁹⁸ Conforme visto, trata-se de princípio que funciona, por um lado, como fonte de normatividade para as partes e, por outro, como fonte de legítima expectativa (confiança e boa-fé).

⁹⁹ Ainda que se tenha mencionado a autonomia da vontade, não serão tratados os problemas possivelmente decorrentes da escolha de lei material, estes relativos às limitações da autonomia da vontade.

¹⁰⁰ Do original: “[...] too often, as has been said, the dispute resolution clause is done as an afterthought, and without very much thought. Preparation and study of the matter is essential”.

¹⁰¹ Reafirma-se, conforme exposto na introdução, a delimitação do tema abordado no presente trabalho: Não serão tratadas as cláusulas cuja patologia é justamente o fato de não estar claro o suficiente que a vontade das partes era instituir arbitragem em caso e conflitos, pois esse é um tipo específico de patologia que pode vir a inclusive inviabilizar a própria interpretação no sentido de dar validade à cláusula diante da necessidade de que lhe seja outorgado efeito útil. Vamos tratar, portanto, somente das cláusulas que, apesar da patologia, fica claro que a vontade das partes era a de instituir arbitragem.

¹⁰² Neste sentido, ainda, os autores: Lew, Mistelis, Kröll [2003, p. 150]; Selma Lemes [2002, p. 8]

¹⁰³ Neste sentido, ainda, os mesmos autores citados acima.

conta, evidentemente, o “*processo hermenêutico apontado pela jurisprudência arbitral e judicial nacional e comparada*” [LEMES 2002, p.22].

Cabe ressaltar neste ponto que a maneira e o responsável pela cura de uma cláusula patológica dependerão do grau de sua patologia. Isso porque as patologias de uma cláusula podem assumir as mais diversas formas e níveis, conforme será mais bem analisado a seguir. É o que comentou Eisemann [1974, p.131]:

“[...] em matéria de cláusula arbitral, como em todas as outras, a patologia não terá sempre a mesma gravidade, variando conforme o caráter - vital ou não - da função prejudicada, ou conforme a intensidade deste prejuízo”¹⁰⁴.

Vale ressaltar que, em função do próprio caráter convencional da arbitragem, caberia primeiramente às próprias partes proceder na cura da patologia identificada, por meio de um acordo posterior. Ademais, “espera-se que antes de recorrer à tutela estatal [quando a competência para sanar a patologia for do judiciário], o interessado procure obter a prestação do contratante inadimplente através de atuação regular e natural [...]”. Deste modo, defende-se inclusive que, “não tendo o autor demonstrado que concitou o réu, sem resultado, a estabelecer os parâmetros para a arbitragem, não estará caracterizada a necessidade de invocar-se tutela jurisdicional estatal” [CARMONA 2009, p.144].

No entanto, como se sabe que após a ocorrência do litígio as partes naturalmente se distanciam e tendem a não facilitar a situação, o acordo sanador posterior se torna parte de um mundo quase utópico. A realidade recorrente, portanto, é a de partes que não sanam a patologia por comum acordo posterior, sendo exatamente este caso que o presente trabalho se propôs a analisar. Assim, nestes casos em que a patologia não é sanada pelas próprias partes, há de se recorrer à segunda opção, qual seja: uma das partes solicitar que determinado órgão sane a patologia de modo a possibilitar a instauração da arbitragem. Desta maneira, a comum vontade das partes presente na cláusula (de ver suas controvérsias solucionadas por um tribunal arbitral) será garantida. Conforme antecipado por Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, p.263, §484]:

“Na maioria dos casos, os árbitros ou as cortes – baseando-se no princípio da interpretação pelo efeito útil [...] – irão salvar a cláusula arbitral

¹⁰⁴ Do original: “[...] en matière de clause d’arbitrage, comme en tout autre, la pathologie n’a pas toujours la même gravité, selon le caractère vital ou non de la fonction atteinte ou selon l’intensité de cette atteinte.”

restaurando a real intenção das partes, que foi previamente distorcida pela ignorância das partes em relação aos mecanismos da arbitragem”¹⁰⁵.

A pergunta que se faz, então, é a seguinte: qual órgão deverá ser acionado para sanar a patologia da cláusula? A resposta a esta pergunta será apresentada na parte do presente trabalho que tratará dos órgãos competentes e de quando cada um deles deverá ser acionado, isto é, o que compete cada um analisar. A ideia é a de um ciclo de competências, que pode iniciar pela análise *prima facie* do judiciário (antes de instaurar a arbitragem, na forma dos artigos 6 e 7 da Lei de Arbitragem brasileira, por exemplo) ou da instituição arbitral (quando a cláusula der indícios expressos de remissão a determinada instituição arbitral, como por exemplo a CCD); passar pela análise do próprio tribunal arbitral (para que ele decida – sem interferência da instituição ou do judiciário, ou depois da decisão precária do judiciário e *prima facie* da instituição – se confirma sua competência ou não); e ser definitivamente resolvida novamente pelo judiciário (caso uma das partes questione a validade da sentença arbitral, com base nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem brasileira, por exemplo), fechando-se assim o ciclo.

Identificado o órgão a ser acionado para sanar a patologia da cláusula, a próxima pergunta a ser feita é, então: de que maneira deve fazê-lo? Esta questão será exposta na parte do trabalho em que serão analisados os princípios interpretativos, com base nos quais deve ser interpretada a cláusula - que é negócio jurídico - para que lhe seja outorgado efeito útil, garantindo, assim, a vontade das partes no momento da redação da cláusula, que era a de serem suas controvérsias dirimidas por meio da arbitragem.

Cabe mencionar, ainda, que, mesmo sendo a arbitragem instituída advindo de uma cláusula compromissória patológica à qual foi dado efeito útil mediante processo interpretativo (seja pelo juiz togado, pelo árbitro ou pela instituição arbitral); justamente pelo fato de estar-se tratando de cláusula patológica, não se pode descartar a possibilidade de uma das partes questioná-la novamente quando da execução da sentença, perante o juiz togado. Tal possibilidade é outorgada expressamente pela combinação dos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem, conforme se vê:

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.

Art. 32. É **nula** a sentença arbitral se:

¹⁰⁵ Do original: “In most cases, the arbitrators or the courts – relying on the principle of effective interpretation [...] – will salvage the arbitration clause by restoring the true intention of the parties, which was previously distorted by the parties' ignorance of the mechanics of arbitration”

IV - **for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;** (grifou-se)

Ao analisar os dispositivos acima, Carmona [2009, p.406] acrescenta ser possível “também sustentar que a sentença arbitral padeceria do vício que trata o inciso IV do artigo 32 quando ficar caracterizado que os árbitros desviaram-se do procedimento estipulado pelas partes”. Explica que este ponto de vista advém da ideia de que, “se na convenção de arbitragem escolheram as partes certo procedimento, deve ele ser respeitado sob pena de excederem os julgadores os poderes jurisdicionais concedidos pelas partes” [CAMORNA 2009, p.406]. Tal entendimento estaria de acordo com o que prevê o inciso 1 do artigo V do Decreto 4.311 de 2002 (instrumento que promulgou a Convenção de Nova Iorque no Brasil)¹⁰⁶:

O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, **prova de que:**

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; (grifou-se)

Como se vê, portanto, plenamente possível que uma parte formule pedido de anulação da sentença arbitral, sob o argumento de que esta teria sido proferida fora dos limites da convenção¹⁰⁷, na medida em que a composição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não teriam se dado em conformidade com o acordado entre as partes ou com a lei do país que a arbitragem ocorreu. É inclusive recorrente que, em sede de execução da sentença arbitral, as partes tendam a realizar tal questionamento como uma maneira de não se ver submetida às determinações da sentença.

Neste momento, portanto, caberá ao judiciário do local da execução da sentença interpretar a cláusula¹⁰⁸, patológica em sua origem, a fim de analisar se a maneira como a patologia foi sanada (pelo judiciário competente para execução específica da cláusula, pela

¹⁰⁶ Por ser a Convenção ratificada por 148 países, tal artigo demonstra entendimento internalizado por quase todos os países de maior relevância no cenário mundial.

¹⁰⁷ Para fins do presente estudo, consideraremos apenas a cláusula compromissória.

¹⁰⁸ Este ponto será aprofundado no capítulo em que será tratada a competência do judiciário para interpretar a cláusula patológica.

instituição arbitral e/ou pelo tribunal arbitral) estava em conformidade com o acordado pelas partes e/ou com a lei do país em que a arbitragem ocorreu¹⁰⁹.

Neste ponto, cabe referir a clara e objetiva passagem de Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, p.263, §484], quanto à possibilidade de interpretação pelo tribunal judicial quando da execução da sentença arbitral:

Estas cláusulas [se referindo às cláusulas patológicas] deverão ser interpretadas [não apenas] pelos árbitros, [mas também] pelas cortes judiciais responsáveis pela revisão da existência da cláusula arbitral e assegurando que os árbitros se mantiveram dentro dos limites de sua jurisdição¹¹⁰.

Pincelados estes pontos iniciais e demonstrada a necessidade de se enfrentar a recorrente existência de cláusulas compromissórias patológicas, passa-se, enfim, a uma análise mais aprofundada (nos limites possíveis de um trabalho desta natureza) acerca desta problemática.

¹⁰⁹ Sendo a arbitragem nacional, ou seja, com sentença proferida em território brasileiro, valerá a Lei de Arbitragem, principalmente seus artigos 5, 6, 7, 32 e 33.

¹¹⁰ Do original: “These clauses will need to be interpreted by the arbitrators, and by the courts reviewing the existence of an arbitration agreement and ensuring that the arbitrators remained within the bounds of their jurisdiction”

3 NÍVEIS DE PATOLOGIA E SEU TRATAMENTO

3.1 NÍVEIS DE PATOLOGIA

Antes que se possa iniciar a análise de a quem cabe sanar e como deve ser sanada a patologia, necessário esclarecer o que é, exatamente, uma cláusula patológica e como esta se dá na prática. Para isso, imprescindível que sejam analisados os principais autores acerca do tema, lembrando, conforme já mencionado, que as patologias podem assumir diferentes níveis e formas, que influenciarão na maneira de serem tratadas.

A fim de possibilitar um melhor estudo acerca das cláusulas patológicas, Eisemann [1974] optou por um caminho mediano (“*moyenne*”). Isto é, ao invés de seguir uma visão estrita, segundo a qual “não se reconhecera um caráter patológico às cláusulas arbitrais nulas ou inoperantes”¹¹¹, ou uma visão mais aberta, no sentido de manter “todas as cláusulas que se desviam um pouco a partir de um modelo que provou o seu valor”, caso este em que seriam consideradas patológicas todas as cláusulas que “em se referindo a arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, divergissem pouco ou muito da cláusula-padrão proposta pela organização”¹¹², o autor preferiu a adoção de uma via intermediária. Segundo sua visão, “seriam consideradas patológicas todas as cláusulas arbitrais de cujos termos não se pudesse executar suas funções essenciais”¹¹³ [EISEMANN 1974, p.130].

Naturalmente, por condicionar a existência de patologia à impossibilidade de execução das funções essenciais da cláusula arbitral, o autor passa, em um primeiro momento, a elucidar quais seriam, na sua visão, essas funções essenciais¹¹⁴ [EISEMANN 1974, p.130]. Neste ponto, cabe referir a lição do doutrinador pioneiro, a fim de podermos apreender os entendimentos que daí se seguiram.

Para Eisemann [1974, p.130], quatro seriam as principais funções das cláusulas arbitrais¹¹⁵: a primeira, comum a todas as convenções, seria a de produzir efeitos vinculantes

¹¹¹ Do original: “[...]ne reconnaissant un caractère pathologique qu’aux conventions d’arbitrage nulles ou inopérantes.”

¹¹² Do original: “L’autre, large, retenant toutes les clauses qui s’éloignent quelque peu d’un modèle qui a fait ses preuves. Dans cette acception, serait pathologique toute clause qui, tout en se référant à l’arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, divergerait peu ou prou de la clause-type proposée par cette organisation.”

¹¹³ Do original: “Après réflexion, nous avons choisi une voie moyenne, consistant à considerer comme “pathologique” toute clause d’arbitrage qui, de par son libellé ne peut remplir ses fonctions essentielles.”

¹¹⁴ Do original: “Ceci implique bien entendu que soient définies les fonctions essentielles de la clause d’arbitrage.”

¹¹⁵ Funções estas que seguiam válidas para Davis [1991, pp.1-2]: “These four interconnected criteria [...] are as valid today as they were when Eisemann crystallized thinking on the subject”. E que são ainda mencionadas e utilizadas para embasar estudos sobre cláusulas compromissórias, conforme se vê da seguinte e atual passagem:

às partes; a segunda, de eliminar a intervenção dos tribunais estaduais na resolução de uma disputa, ao menos antes da prolação de uma sentença; a terceira, de autorizar os árbitros, dando-lhes poder para solucionar os litígios suscetíveis de ocorrer entre as partes; e a quarta, de permitir o estabelecimento de um procedimento que conduza às melhores condições de eficácia ao pronunciar uma sentença suscetível de execução forçada ¹¹⁶.

Importante notar que o próprio autor ressalta que essas quatro funções estariam interligadas [EISEMANN 1974, p.130] e este seria o motivo pelo qual os autores, em geral, focam mais na segunda e terceira função¹¹⁷, ressaltando o entendimento de René David que distingue os efeitos em positivo e negativo, conforme demais autores analisados anteriormente. Assim sendo, tendo em vista a interligação entre as funções, Eisemann [1974, p.131] caracteriza como patológica “toda a cláusula arbitral que não permita o exercício harmonioso destas quatro funções, ou de uma entre elas”.

Conforme já referido, o autor ressalta que as patologias não possuem sempre a mesma gravidade e, portanto, opta por distinguir duas grandes categorias de cláusulas, de acordo com o nível da patologia [EISEMANN 1974, p.131]: a primeira agrupa as cláusulas cujas disposições não impedem totalmente o exercício de uma das quatro funções referidas, mas ainda assim criam dificuldades que, mesmo transponíveis, não são menos suscetíveis de oferecer a uma parte, ansiosa para explorar qualquer incidente procedimental na tentativa de impedir a execução da sentença, uma argumentação mais ou menos válida¹¹⁸; a segunda agrupa as que apresentam o ponto comum de suscitar dificuldades de aplicação, pois não

There are four essential functions of an arbitration clause: (1) to produce mandatory consequences for the parties; (2) to exclude the intervention of state courts in the settlement of disputes, at least before the issuance of an award; (3) to give powers to the arbitral tribunal to resolve the disputes likely to arise between the parties and; (4) to permit efficient and rapid arbitral proceedings. A pathological arbitration clause would lack some or all of these functions, which may “lead to disputes over the interpretation of the arbitration agreement” as well as the “failure of the clause” and the “unenforceability of an award” [WILSKE, LO 2012, p.]

¹¹⁶ Do original: “1) la première, commune à toutes les conventions est de produire des effets obligatoires pour les parties; 2) la seconde est d’écarter l’intervention des tribunaux étatiques dans le règlement d’un différend, tout au moins avant le prononcé d’une sentence; 3) la troisième est de donner pouvoir à des arbitres de régler les litiges susceptibles d’opposer les parties; 4) la quatrième est de permettre la mise en place d’une procédure conduisant dans les meilleures conditions d’efficacité au prononcé d’une sentence susceptible d’exécution forcée.”

¹¹⁷ Do original: “Ceci explique que les auteurs s’attachent, en général, plus particulièrement à la seconde et à la troisième de ces fonctions.”

¹¹⁸ Do original: “la première regroupe des clauses dont les dispositions ne s’opposent pas véritablement à l’exercice d’une des quatre fonctions que nous avons dégagées, mais sont créatrices de difficultés qui, pour être surmontables, n’en sont pas moins susceptibles d’offrir à une partie soucieuse d’exploiter la moindre incident de procédure pour tenter d’empêcher l’exécution de la sentence, une argumentation plus ou moins valable”.

podem cumprir algumas ou todas as funções básicas ligadas à noção de cláusula compromissória¹¹⁹.

Quanto à primeira categoria, alega o autor [EISEMANN 1974, p.132] que tais cláusulas são patológicas, pois o procedimento arbitral instaurado a partir delas corre o risco de ser objeto de contestação, criando obstáculos à execução da sentença arbitral resultante. A patologia é, portanto, essencialmente relacionada ao exercício da quarta função. Nada obstante, em função das estreitas ligações entre as diversas funções das cláusulas arbitrais, essa deficiência pode se dar devido à incerteza quanto ao modo de nomeação dos árbitros, ou ainda, pode vir de dificuldades relacionadas com as regras aplicáveis ao procedimento ou ao mérito do litígio¹²⁰.

No caso da deficiência advir de dificuldades relacionadas à nomeação dos árbitros, Eisemann [1974, p.132] cita três exemplos a este respeito. O primeiro destaca os riscos de qualquer incerteza envolvendo o modo de designação adotado; o segundo, o irrealismo de certas exigências das partes; e o terceiro, as consequências perigosas de disposições a priori pouco compatíveis com o espírito da arbitragem ou com a ordem pública¹²¹.

No primeiro exemplo, Eisemann colaciona cláusula arbitral na qual são escolhidas as (antigas) Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCP”) para reger a arbitragem e, ao mesmo tempo, é determinada maneira de nomeação de árbitros. O autor passa a analisar os problemas que este conflito entre cláusula e regulamento poderia gerar e as maneiras de se interpretar esta aparente contradição para que se mantenha o efeito da cláusula. O importante aqui, portanto, é perceber que o menor problema existente em uma cláusula já é suficiente para que uma parte se valha dele a fim de impedir o bom andamento da arbitragem [EISEMANN 1974, p.135]¹²².

¹¹⁹ Do original: “la seconde catégorie présentent le point commun de susciter des difficultés d'application telle qu'elles ne peuvent remplir certaines, ou toutes, parmi les fonctions fondamentales attachées à la notion de clause d'arbitrage”.

¹²⁰ Do original: Les clauses de cette catégorie sont pathologiques car la procédure arbitrale qui en découle risque d'être l'objet de contestations de nature à créer des obstacles à l'exécution de la sentence qui en résultera. C'est donc essentiellement dans l'exercice de leur 4ème fonction que ces clauses d'arbitrage sont déficientes, mais, du fait des liens étroits unissant les diverses fonctions des conventions arbitrales, cette déficience provient parfois d'une incertitude quant au mode de désignation des arbitres (a). Elle peut aussi provenir des difficultés relatives aux règles applicables à la procédure ou au fond du litige (b).

¹²¹ Do original: Ces difficultés sont des plus diverses. Nous en donnerons trois exemples, qui posent des problèmes d'ordre différent. Le premier souligne les risques de la moindre incertitude en ce qui concerne le mode de désignation adopté, le second l'irréalisme de certaines exigences des parties et le troisième les conséquences dangereuses de dispositions a priori peu compatibles avec l'esprit de l'arbitrage sinon avec l'ordre public.

¹²² Do original: “Le simple fait qu'il puisse être discuté est cependant dangereux en soi, dans la mesure où une partie de mauvaise foi ne manquera de le faire dans le but de retarder la procédure.”

Quanto ao segundo exemplo, Eisemann [1974, pp.135-136] chega à mesma conclusão anteriormente exposta, ao analisar cláusula em que são especificadas as qualidades que o árbitro deve possuir. Comenta o autor ser este tipo de especificação perigoso. Isso porque já é difícil que os representantes das partes adversas acordem quanto ao nome de um árbitro, o que dirá quando existirem qualidades específicas a serem supridas. Nestes casos, no mínimo, a procura acabará por retardar consideravelmente a instauração da arbitragem ¹²³.

Quanto ao terceiro e último exemplo, o autor menciona uma cláusula que incluía a participação de determinado Tribunal Nacional para a decisão acerca da nomeação do Presidente do Tribunal Arbitral. Identifica este caso como um possível conflito em relação à ordem pública e ao próprio espírito da arbitragem, que é justamente o de afastar a interferência do judiciário nacional. Eisemann [1974, p.138] conclui esta primeira subdivisão da primeira categoria de cláusulas patológicas dizendo que o que se constata, portanto, são cláusulas que possuem *sementes* de dificuldades quanto à nomeação de árbitros que, ainda que transponíveis, a própria evidência destas *sementes* afeta a eficácia da arbitragem como técnica de solução de controvérsias ¹²⁴.

Quanto à segunda subdivisão da primeira categoria de cláusulas patológicas: dificuldades relativas ao procedimento arbitral e ao direito aplicável, o autor considera tanto a lei procedimental que regerá a arbitragem quanto as regras escolhidas pelas partes para sua organização e desenvolvimento [EISEMANN 1974, p.138]. Neste caso, Eisemann traz uma cláusula de arbitragem *ad hoc* que, ao mesmo tempo, define como aplicável o regulamento de determinada instituição arbitral. O problema aqui, segundo o autor, é que existem diferenças substanciais entre arbitragem *ad hoc* e institucional. Ademais, comenta ser difícil dissociar de determinado regulamento arbitral a jurisprudência e as práticas estabelecidas pela instituição que normalmente é responsável pela sua implementação. Desta forma, aponta que somente se teria um conhecimento e aplicação perfeitos do regulamento, se utilizado pela instituição que o criou ¹²⁵. Além disso, seria necessário interpretar quais regras do regulamento valeriam para a arbitragem *ad hoc*, o que seria matéria de discussão, podendo ser fonte de inúmeros

¹²³ Do original: Il est déjà difficile, en règle générale, pour les représentants de deux parties adverses, de tomber d'accord sur le nom d'un arbitre. [...] il y a de forte chance pour que sa recherche retarde considérablement la mise en route de la procédure.

¹²⁴ Do original: On constate donc que, comme celles que nous avons précédemment citées, cette clause porte en elle les germes de difficultés quant à la désignation des arbitres, difficultés surmontables, mais dont l'évidence même affecte l'efficacité de l'arbitrage comme mode de solution des litiges.

¹²⁵ Do original: A cela, il convient d'ajouter qu'un règlement d'arbitrage est difficilement dissociable de la jurisprudence et des usages créés par l'institution qui est normalement chargée de sa mise en oeuvre et dont elle seule a une connaissance parfaite.

incidentes processuais e dificultar o bom andamento da arbitragem ¹²⁶ [EISEMANN 1974, p.140].

Ao finalizar a primeira categoria de patologias, Eiseman [1974, p.149] retoma a explicação de que estas cláusulas analisadas, ainda que gerem impasses, tratam-se de impasses transponíveis, já que a estipulação das partes não impede irremediavelmente o desenvolvimento do procedimento arbitral. Por outro lado, a patologia das cláusulas tratadas na segunda parte de seu artigo é muito mais aguda, pois, como se verá, sua formulação exclui a possibilidade de executar certas funções específicas para a cláusula de arbitragem ¹²⁷.

Nesta segunda categoria se encontrarão primeiramente as cláusulas de cuja formulação decorre que “a nomeação dos árbitros deve se sujeitar a um novo acordo entre as partes – o que parcialmente afeta o efeito vinculante da cláusula (primeiro efeito essencial) – ou, na falta deste, a uma intervenção judicial” [EISEMANN 1974, p.149]. Em outras hipóteses analisadas, a intervenção judicial é diretamente considerada pelas partes, não em matéria de nomeação de árbitros, mas porque elas não definiram se a competência destes últimos seria geral ou definitiva, distorcendo assim a cláusula arbitral. Por fim, serão analisadas as cláusulas ditas “*hiperpatológicas*”, assim chamadas por estarem todas – ou quase todas – as suas funções essenciais prejudicadas ¹²⁸.

Por outro lado, ainda que prejudicadas, seria excessivo considerar que estas cláusulas – à exceção talvez das “*hiperpatológicas*” – não são passíveis de conduzir à origem de um procedimento capaz de resultar em um laudo arbitral. É possível – ainda que improvável – que as partes estejam de boa-fé e concluam um acordo suplementar (compromisso arbitral), verdadeira inovação capaz de mitigar todas as dificuldades da cláusula. Ademais, a intervenção judicial poderá igualmente possibilitar a condução de um procedimento frágil. No entanto, em qualquer das hipóteses mencionadas, a cláusula inicial não cumpriu todas as

¹²⁶ Do original: Quelles sont, dans ces conditions particulieres, les articles du reglement de la C.C.I. dont l'application est concevable? La matiere est sujette a discussion et pourra être la source de multiples incidents de procedure, laquelle risquera ainsi de trâiner en longueur.

¹²⁷ Do original: Il semble donc qu'il y ait finalement la une impasse. Cette impasse n'est évidemment pas insurmontable puisque la stipulation des parties ne s'oppose pas irrémédiatement au déroulement de la procédure arbitrale. Elle risque simplement de s'opposer a ce, que cette procédure arbitrale ait un résultat compatible avec les intérêts des parties. Aussi cette clause d'arbitrage - comme toutes celles que nous venons d'examiner - n'est-elle que pathologique au premier degré. La pathologie de celles qui vont faire l'objet de la seconde partie de cet article est beaucoup plus aiguë, car, ainsi que l'on va le constater, leur libelle écarte toute possibilité d'exercice de certaines des fonctions propres a la clause d'arbitrage.

¹²⁸ Do original: Or, il résulte du libelle de certaines clauses que la désignation des arbitres est subordonnée a un nouvel accord des parties - ce qui affecte partiellement l'effet obligatoire de la convention - ou à défaut, à une intervention du juge (a). Dans d'autres hypothèses, cette intervention judiciaire est directement envisagée par les parties, non pas en matière de désignation d'arbitres mais parce qu'elles ont hésité a attribuer ces derniers une compétence soit générale soit définitive dénaturant ainsi leur convention (b). Enfin, dans certaines clauses hyper-pathologiques, ce sont toutes les fonctions - ou presque - de la convention arbitrale qui sont gangrenées (c).

funções essenciais de uma cláusula arbitral. Este ponto é o que diferencia as cláusulas arbitrais da primeira categoria e estas a serem analisadas ¹²⁹ [EISEMANN 1974, pp. 149-150].

Dentre as cláusulas analisadas nesta categoria ¹³⁰, vale ressaltar as que indicam uma instituição inexistente para conduzir a arbitragem. Ao que parece, durante a negociação da cláusula, as partes teriam modificado expressões do nome ou o local de uma instituição existente, passando a indicar uma que inexistente [EISEMANN 1974, pp. 152-153]. Estas cláusulas são profundamente patológicas, já que o procedimento arbitral poderá ser bloqueado pela simples atitude passiva de uma das partes. Um ponto importante ressaltado pelo autor é que, ainda que se pudesse dizer que essas cláusulas não são necessariamente ineficazes – uma vez que o juiz togado pode intervir para superar a passividade –, elas seguem sendo patológicas. Isso porque uma cláusula que não pode funcionar a não ser pela intervenção judicial é em si mesma patológica, já que o propósito de todas as cláusulas arbitrais é justamente de eliminar a participação judicial na resolução do litígio antes de pronunciada a sentença arbitral ¹³¹ (segunda função essencial ou efeito negativo). ¹³²

As últimas cláusulas analisadas por Eisemann [1974, pp.157-159] são as chamadas “*hiperpatológicas*”, tratando-se daquelas em que nenhuma das funções essenciais à cláusula

¹²⁹ Do original: Il serait excessif de considérer que ces clauses - à l'exception peut-être de celles qui ont été évoquées en dernier lieu - ne peuvent être à l'origine d'une procédure qui aboutira à une sentence arbitrale. Bien souvent, les parties seront une et l'autre de bonne foi et conclueront un accord supplémentaire, véritable novation qui aplanira toutes difficultés. Par ailleurs, l'intervention du juge pourra également remettre sur pied une procédure branlante. Mais dans une et l'autre hypothèse, la clause initiale n'aura pas rempli toutes les fonctions qui sont celles d'une clause d'arbitrage, ce qui la différenciera des clauses pathologiques au 1er degré qui, au prix de certaines difficultés, produisent tous leurs effets.

¹³⁰ Outras cláusulas avaliadas têm como patologia a nomeação de árbitros que não existem ou não assumem o cargo. Nesses casos, será necessário um acordo posterior das partes acerca de um novo árbitro, caso contrário, a indicação caberá ao juiz. O autor menciona, ainda, cláusulas em que as próprias partes determinam que a nomeação de árbitros será feita de comum acordo e posteriormente. No entanto, estas não serão analisadas no presente trabalho, uma vez que o mesmo se delimita a tratar dos casos em que as partes não acordam posteriormente.

¹³¹ Do original: Les [...] clauses que nous venons d'examiner sont profondément pathologiques car [...] la procédure arbitrale pourra être bloquée par la simple passivité de l'une des parties. On objectera qu'elles ne sont pas nécessairement inopérantes car le juge pourrait intervenir pour pallier cette passivité. Il est cependant indispensable de s'entendre sur ce point. Il importe de souligner tout d'abord qu'une clause d'arbitrage, qui ne peut fonctionner sans intervention d'une autorité judiciaire, est en soi pathologique puisque le propre de toute clause d'arbitrage est d'écarter toute participation du juge au règlement d'un litige avant le prononcé d'une sentence.

¹³² Eisemann [1974, pp.155-156] analisa, ainda, casos em que a cláusula arbitral limita o poder dos árbitros: de um lado, indicando que litígios relativos a uma matéria específica do contrato (transporte e pagamentos, por exemplo) serão dirimidos pelo judiciário e o restante será submetido à arbitragem; e, de outro, determinando que a controvérsia será dirimida pelo judiciário, caso não o seja suficientemente pela arbitragem. Estas cláusulas trazem problemas porque, primeiramente, não é simples separar o litígio por matérias e, além disso, a parte poderá levantar a discussão acerca da competência do tribunal arbitral, tentando levar todas as matérias da controvérsia para o judiciário. Estas cláusulas, no entanto, não serão objeto do presente trabalho, já que o que se pretende analisar são as cláusulas que claramente submetem controvérsias (tão somente) à arbitragem.

arbitral parece preservada ¹³³. Num primeiro exemplo, o autor colaciona cláusula que indica uma instituição inexistente e, além disso, não menciona a palavra “arbitragem”. No segundo exemplo, Eisemann demonstra uma cláusula extensa e complexa, que determina uma lei nacional como aplicável a arbitragem e ao mesmo tempo opta pela utilização da “equidade” pelo árbitro. Finaliza questionando se o primeiro exemplo seria possível de ser considerado uma cláusula arbitral e se o segundo teria qualquer funcionalidade.

Ao concluir seu artigo, o autor refere que utiliza todos estes exemplos na esperança de que a atenção dos profissionais seja “efetivamente atraída para que percebam a necessidade de se tomar muito cuidado na elaboração de uma cláusula arbitral” ¹³⁴ [EISEMANN 1974, p.160]. Comenta, ainda, que:

Se as partes querem que sua convenção arbitral possa exercer as funções essenciais mencionadas, devem evitar duas atitudes que, ainda que opostas, possuem o mesmo efeito catastrófico. A primeira, [o autor caracteriza como] “uma luz excessiva”, conforme evidenciado pelas cláusulas que conferem competência a instituições inexistentes ou aquelas cuja terminologia imprecisa constitui verdadeiro apelo à confusão. Segundo, um senso de perfeccionismo mal compreendido que conduz as partes, na maioria das vezes, a introduzirem na cláusula elementos de complicação que são fonte tanto de ambiguidades como de contradições. Além disso, conforme visto, essas duas tendências divergentes são encontradas às vezes dentro da mesma cláusula, cuja patologia supera o imaginado ¹³⁵ [EISEMANN 1974, p.160].

Com esta constatação acerca das atitudes que devem ser evitadas, Eisemann [1974, p.160] menciona que em “matéria de redação de cláusula arbitral, a simplicidade aparece

¹³³ Do original: Il nous reste à considérer une dernière sous-ceté categorie de clauses pathologiques au second degré, dans lesquelles aucune des fonctions propres à la clause d'arbitrage ne semble préservée et qui méritent le qualificatif d'“hyperpathologiques”.

¹³⁴ Do original : Nous espérons que cette rapide visite de notre musée noir de l'arbitrage [referindo-se à análise das cláusulas] aura pour effet d'attirer l'attention des praticiens sur la nécessité de prendre le plus grand soin lors de la rédaction d'une clause d'arbitrage.

¹³⁵ Do original: Si les parties veulent que leur convention arbitrale puisse exercer les fonctions essentielles que nous avons dégagées, elles doivent proscrire deux attitudes qui, bien qu'opposées, ont les mêmes effets catastrophiques. Tout d'abord, une légèreté excessive dont témoignent les clauses qui attribuent compétence à des organismes inexistantes ou celles dont la terminologie imprécise constitue un véritable appel à la chicane. Ensuite, un souci de perfectionnisme mal compris qui conduit le plus souvent les parties à introduire dans leur clause des éléments de complication qui sont autant d'ambiguïtés et de contradictions. D'ailleurs, ainsi qu'on a pu le constater, ces deux tendances divergentes se rencontrent parfois au sein d'une même clause dont le caractère pathologique dépasse alors l'imagination. En matière de libelle de clause d'arbitrage, la simplicité apparaît comme un gage d'efficacité. Mais la simplicité se transforme facilement en simplisme si elle ne s'accompagne pas de rigueur. Or, cette rigueur les parties ne la trouveront que chez des juristes expérimentés. Dans ces conditions, deux solutions s'offrent à elles. Si leur choix se porte sur un arbitrage « ad hoc », elles doivent inclure dans leur contrat une clause dont le libelle a déjà fait ses preuves ou, à défaut, demander à des juristes spécialistes de l'arbitrage d'en rédiger le texte. Par ailleurs, ce sont de tels spécialistes qui ont préparé les clauses types que proposent les institutions d'arbitrage. C'est pourquoi le plus sage sera pour les parties désireuses de recourir à un arbitrage institutionnel, d'utiliser ces modèles en toute confiance, c'est-à-dire sans leur apporter des modifications dont l'hétérogénéité est rarement assimilable.

como uma garantia de eficiência”¹³⁶. No entanto, ressalta o autor que “a simplicidade é facilmente transformada em simplismo se não acompanhada de rigor, este que somente será encontrado com o auxílio de advogados experientes”. Nessas condições, Eisemann propõe duas soluções que estariam oferecidas às partes. Primeiramente, caso optem por uma arbitragem *ad hoc*, “devem incluir no contrato uma cláusula cuja redação já tenha sido testada e comprovada ou, na falta de uma, solicitar auxílio de advogado especialista em arbitragem para sua redação”. Comenta, ainda, serem “esses especialistas que preparam as cláusulas que as instituições de arbitragem sugerem”. Deste modo, opina que, para as partes que optarem por uma arbitragem institucional, “o mais sábio será utilizar tais modelos com confiança, isto é, sem a introdução de modificações onde a heterogeneidade é raramente compatível”¹³⁷.

Com este posicionamento, conclui o autor [EISEMANN 1974, pp.160-161] dizendo que “o respeito a essas precauções elementares permitirá à arbitragem que continue seu crescimento e que se estabeleça como o único método de resolução de controvérsias adaptado às exigências do comércio internacional”¹³⁸.

Analisado importante e pioneiro estudo sobre cláusulas compromissórias patológicas, cabe agora comparar o que foi dito por Eisemann com o que vem sendo mencionado por autores tanto no cenário internacional quanto brasileiro. Com isto, será possível perceber a atualidade do estudo de Eisemann e como seu artigo segue servindo de base para demais doutrinadores.

Importante referir, primeiramente, os autores Scalbert e Marville [1988 pp.117-118] que, ao fazerem uma releitura do trabalho de Eisemann, reagrupam as quatro funções essenciais apresentadas pelo autor pioneiro, focando nas consequências da falta de eficácia das cláusulas relativamente a uma ou mais dessas funções¹³⁹. Conforme sua visão, as consequências são duas e estão diretamente relacionadas com as funções essenciais. Cabe

¹³⁶ Do original: En matière de libelle de clause d'arbitrage, la simplicité apparaît comme un gage d'efficacité

¹³⁷ Do original: Mais la simplicité se transforme facilement en simplisme si elle ne s'accompagne pas 'de rigueur. Or, cette rigueur les parties ne la trouveront que chez des juristes expérimentés. Dans ces conditions, deux solutions s'offrent à elles. Si leur choix se porte sur un arbitrage « ad hoc », elles doivent inclure dans leur contrat une clause dont le libelle a déjà fait ses preuves ou, à défaut, demander à des juristes spécialistes de l'arbitrage d'en rédiger le texte. Par ailleurs, ce sont de tels spécialistes qui ont préparé les clauses types que proposent les institutions d'arbitrage. C'est pourquoi le plus sage sera pour les parties désireuses de recourir à un arbitrage institutionnel, d'utiliser ces modèles en toute confiance, c'est-à-dire sans leur apporter des modifications dont l'hétérogénéité est rarement assimilable.

¹³⁸ Do original: Le respect de ces précautions élémentaires permettra à l'arbitrage de poursuivre son épanouissement et de s'imposer comme le seul mode de résolution des litiges adapte aux exigences du commerce international.

¹³⁹ Do original: Il eût été possible de distinguer les clauses pathologiques au regard de leur carence ou insuffisance vis-à-vis de telle ou telle de ces fonctions. Mais les chevauchements étaient inévitables, et nous avons préféré aborder cette étude sous l'angle des conséquences du défaut d'efficacité des clauses d'arbitrage en ce qui concerne une ou plusieurs de ces fonctions.

ressaltar que os autores têm como foco a experiência francesa, definindo o nível da patologia de acordo com a possibilidade de cura nos termos dos artigos do Novo Código de Processo Civil Francês (“NCPC”).

Nos casos de falta das funções segunda (remover a intervenção dos tribunais estatais) e quarta (permitir a instauração de um procedimento eficaz), a arbitragem ainda seria possível, apesar das falhas da cláusula compromissória. Isso porque estas funções não seriam consideradas vitais, de forma que sua falta poderia ser classificada como benigna, já que passível de ser sanada pelo judiciário francês, nos termos do NCPC. Por outro lado, a primeira e terceira funções (vincular as partes e conferir poder aos árbitros) seriam essenciais à instauração da arbitragem, de forma que sua carência não seria passível de cura ¹⁴⁰.

Para Fouchard, Gaillard e Goldman ¹⁴¹ [1999, §484], a expressão cláusula patológica denota cláusulas arbitrais que contém defeito ou defeitos passíveis de prejudicar o bom andamento da arbitragem. Os autores seguem a mesma linha de Eisemann quando mencionam que a patologia pode advir de inúmeras razões, dentre elas: referência imprecisa ou totalmente incorreta a uma instituição arbitral; indicação de mecanismo defeituoso de nomeação de árbitros ou sugestão de que a submissão das disputas à arbitragem seria opcional.

Na visão de Redfern e Hunter [2004, p.196] “os principais defeitos encontrados em clausulas arbitrais são aqueles que envolvem inconsistência, incerteza e inoperatividade” ¹⁴².

Para os autores:

¹⁴⁰ Do original: Les conséquences sont de deux sortes. Dans certains cas, l'arbitrage aura tout de même lieu, malgré les défauts de la clause compromissoire. Dans d'autres, en revanche, la procédure d'arbitrage ne pourra même pas être mise en place. La deuxième (écarter l'intervention des tribunaux étatiques) et la quatrième (permettre la mise en place d'une procédure efficace) ne sont pas vitales pour la survie de la clause malade et leur défaut peut être classé parmi les affections relativement bénignes qu'une intervention du Président du Tribunal de grande instance pourra guérir conformément aux art. 1444 et 1493 N.C.P.C [...]. En revanche, la première et la troisième fonctions (produire des effets obligatoires entre les parties, donner aux arbitres le pouvoir de régler les litiges) sont essentielles à la mise en place de la procédure d'arbitrage et leur carence ne pourra être soignée par quiconque [...].

¹⁴¹ The expression “pathological clause” was first used in 1974 by Frédéric Eisemann, then honorary Secretary General of the ICC. It denotes arbitration agreements, and particularly arbitration clauses, which contain a defect or defects liable to disrupt the smooth progress of the arbitration. Arbitration agreements can be pathological for a variety of reasons. The reference to an arbitration institution may be inaccurate or totally incorrect; the agreement may appear to allow submission of disputes to arbitration to be optional; it may contain a defective mechanism for appointing arbitrators in that, for example, the chosen appointing authority refuses to perform that function; alternatively, the agreement might itself appoint arbitrators who have died by the time the dispute arises. The agreement may stipulate that the tribunal is to comprise three arbitrators where the dispute involves three or more parties whose interests differ; it may impose impracticable conditions for the arbitral proceedings (such as unworkable deadlines), or provide that certain issues (such as the validity of the contract) are not to be dealt with by the arbitrators, despite the fact that such issues are closely related to the dispute which the arbitrators are called upon to decide. Another example is an agreement that permits an appeal from the award before national courts in cases where the subject-matter is international.

¹⁴² Do original: The principal defects found in arbitration clauses are those of inconsistency, uncertainty and inoperability.

O argumento acerca da existência ou não de um ou mais destes defeitos em uma cláusula é possível de surgir quando, por exemplo, uma parte inicia uma ação judicial e a outra parte apresenta requerimento de suspensão do processo em função da existência de cláusula arbitral ¹⁴³.

Nestas circunstâncias, uma possível contestação para o requerimento de suspensão poderia ser justamente o argumento de que a cláusula arbitral referida pela outra parte era "inoperante ou inexecutável/ineficaz" ¹⁴⁴. Estas seriam as exatas expressões usadas no artigo II.3 da Convenção de Nova Iorque, bem como no artigo 8(1) da Lei Modelo da UNCITRAL, conforme se vê, respectivamente:

Art. II. 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável. ¹⁴⁵ (grifou-se)

Art. 8(1). Convenção de arbitragem e pedido de mérito perante um tribunal estatal
(1) O juízo perante o qual é proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem remeterá as partes para arbitragem se uma das partes assim o solicitar, até ao momento de apresentar as suas primeiras alegações relativas ao mérito da disputa, a menos que constate que referida convenção de arbitragem é nula, inoperante ou ineficaz. ¹⁴⁶ (grifou-se)

Redfern e Hunter [2004, p.199] definem a cláusula inoperante quando esta “deixa de ter efeito, como resultado, por exemplo, de uma falha das partes em cumprir determinado prazo ou quando a conduta das partes implicitamente revoga a convenção arbitral” ¹⁴⁷. Por outro lado, a cláusula inexecutável “parece referir mais a aspectos práticos do procedimento arbitral potencial”, se aplicando, por exemplo, aos casos em que por algum motivo não é possível estabelecer um tribunal arbitral ¹⁴⁸.

Para Born [2012, pp.3-5] cláusulas patológicas são frequentes e se tratam de disposições que contêm uma variedade de defeitos, que são normalmente arguidos a fim de

¹⁴³ Do original: The argument as to whether an arbitration clause suffers from one or more of these defects is likely to be raised where, for example, a party takes action in a national court in relation to a dispute and the defendant seeks a stay of the proceedings on the basis of the existence of an arbitration clause.

¹⁴⁴ Do original: In such circumstances, the application for a stay may be opposed on the basis that the arbitration agreement was “inoperative or incapable of being performed”.

¹⁴⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso em 03.09.2013

¹⁴⁶ Disponível em http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf. Acesso em 03.09.2013

¹⁴⁷ Do original: [...] an arbitration clause is inoperative where it has ceased to have effect as a result, for example, of a failure by the parties to comply with a time-limit, or where the parties have by their conduct impliedly revoked the arbitration agreement.

¹⁴⁸ Do original: By contrast, the expression “incapable of being performed” appears to refer to more practical aspects of the prospective arbitration proceedings. It applies, for example, if for some reason it is impossible to establish the arbitral tribunal.

tornar a cláusula inválida. Em sua visão, as cláusulas patológicas estariam divididas nas seguintes categorias: indefinidas (quando faltam especificações); referindo a instituição arbitral, regras ou árbitros inexistentes; contraditórias em si mesmas (indicam duas sedes, duas instituições, dois mecanismos de nomeação de árbitros ou arbitragem e processo judicial para a mesma disputa); opcionais ou não obrigatórias (que assim o parecem pela redação da cláusula). Menciona, ainda, a mesma situação referida anteriormente por Redfern e Hunter, qual seja: a das cláusulas “nulas, inválidas, inoperantes ou ineficazes” (inexequíveis), nos termos dos artigos II(3) e 8(1) anteriormente colacionado e identificando estas como “categorias de invalidade substantiva”, que devem ser interpretadas com referência a regras tradicionais de direito contratual ¹⁴⁹.

Greenberg, Kee, Weeramantry [2011, p.199] mencionando o pioneirismo de Eisemann, indicam que o termo “patológico” vem sendo utilizado para descrever convenções arbitrais ambíguas ou incertas. Os autores reiteram o argumento de que a patologia até poderia ser sanada pelas partes quando da ocorrência da disputa, no entanto, nestes momentos a realidade mostra que as partes normalmente se recusam a concordar sobre o que quer que seja¹⁵⁰. Comentam como exemplos de defeitos os seguintes: nomeação de uma instituição arbitral incorreta ou inexistente; dar o poder a uma instituição conduzir a arbitragem utilizando as regras de outra; referência a uma instituição pela sua localização e não pelo seu nome; falha em indicar que a sentença arbitral será definitiva e vinculante; identificar um árbitro específico que esteja impedido de sê-lo; redação de termos que são intrinsicamente contraditórios em relação a outros termos da cláusula [GREENBERG, KEE, WEERAMANTRY 2011, pp.199-200].

Analisando a doutrina brasileira a respeito das cláusulas patológicas, importante colacionar a visão de Carmona [2009, p.112]:

A doutrina acostumou-se a utilizar a expressão *clausula arbitral patológica* [...] para designar aquelas avenças inseridas em contrato que submetem eventuais litígios a solução de árbitros mas que, por conta de redação incompleta, esdruxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição do órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem. São patológicas, assim, as *clausulas arbitrais vazias* (ou seja, aquelas que não disciplinam o modo de indicar o árbitro), as *clausulas arbitrais* que indicam

¹⁴⁹ Do original: These categories of substantive invalidity have been interpreted by reference to traditional rules of general contract law.

¹⁵⁰ Do original: Frederic Eisemann [...] was the first legal commentator to use the term “pathological” in the context of arbitration agreements. It has since been used to describe ambiguous or unclear arbitration agreements. Such agreements frequently cause additional problems when a dispute arises. While in theory a pathological arbitration agreement could be fixed by the subsequent agreement by the parties, the reality is that parties often refuse to agree on anything once a dispute has arisen.

órgão arbitral inexistente, ou ainda as cláusulas arbitrais que apontam um mecanismo inoperante para a indicação do árbitro.

Cabe aqui referir, ainda, posição do autor [CARMONA 2009, pp.144-145] quanto ao que necessariamente as partes precisariam acordar (além do fato de que suas controvérsias relacionadas a determinado contrato serão dirimidas por arbitragem) para que a arbitragem pudesse ser instituída. Em sua opinião, “bastaria que as partes indicassem o árbitro (ou árbitros), para que este (ou estes), aceitando o encargo, pudesse dar início ao processo arbitral” [CARMONA 2009, pp.144]. Deste modo, somente seria essencialmente necessário para instaurar a arbitragem que, de um lado, as partes indiquem claramente o mecanismo de indicação de árbitros e, de outro, que estes árbitros indicados aceitem o encargo.

Ainda na análise da doutrina brasileira, Selma Lemes [2002, p.3] refere o estudo de Eisemann e discorre sobre os tipos de cláusulas patológicas, dividindo-as em inválidas¹⁵¹ ou passíveis de validade e exemplificando as segundas conforme segue:

[...] são as cláusulas arbitrais em branco ou vazias, que não esclarecem a forma de eleição dos árbitros ou o modo da arbitragem (institucional ou ad hoc), as que indicam erroneamente instituição arbitral ou de modo insuficiente, as que apenas indicam o local da arbitragem, as que prevêem a arbitragem e, no mesmo documento ou em apartado, indicam o foro judicial (cláusulas contraditórias), as que a redação indica a arbitragem para solucionar questões referentes à execução do contrato, podendo subentender-se que as questões surgidas e referentes à rescisão do contrato estariam excluídas (cláusulas ambíguas)

Após apresentação dos níveis de patologias e as consequências desastrosas a que podem levar, retornamos à conclusão de Eisemann [1974, pp. 144-145] que, ao final de seu artigo, ressalta a “necessidade de assegurar o maior cuidado na redação de cláusulas compromissórias quando se pretende a instauração de um procedimento eficaz”¹⁵².

Restam demonstradas, assim, as principais abordagens acerca do tema, a fim de que seja compreendida a diversidade de categorias auferidas às cláusulas patológicas. Desta maneira, percebe-se não haver uma categorização estanque, justamente pelas inúmeras formas que uma patologia pode assumir em uma cláusula. A seguir serão brevemente apresentados os

¹⁵¹ Ainda que estas cláusulas não sejam o objeto do presente estudo, já que o que se pretende analisar são justamente as cláusulas em que fica clara a intenção comum das partes em instituir arbitragem, vale colacionar o pensamento da autora: “[...] são cláusulas redigidas de tal forma incongruente, que da leitura não se pode aferir tratar-se de cláusula compromissória, tais como quando, apesar de receber a denominação de cláusula arbitral preveja procedimento que mais se assemelha à conciliação ou à mediação, bem como quando estabelece, na verdade, uma avaliação pericial. Cláusulas assim redigidas não permitem que se infira que as partes elegeram a arbitragem para solucionar a controvérsia existente e serão consideradas nulas e de nenhum efeito no que concerne à instância arbitral”.

¹⁵² Do original: “[...] la nécessité de veiller à rédiger avec le plus grand soin les conventions arbitrales si l'on veut qu'elles assurent la mise en place d'une procédure efficace.”

níveis mais comentados de patologias, estes que serão objeto de apreciação pelas decisões e doutrina analisadas na parte final deste trabalho, que apresentará o “tratamento” que tem sido e/ou deveria ser dado às patologias.

3.1.1 CLÁUSULA CHEIA OU COMPLETA

Conforme visto anteriormente quando analisada a maneira de se redigir uma cláusula compromissória, existem aspectos principais para que a mesma cumpra suas funções essenciais¹⁵³. Presentes determinados aspectos tidos como indispensáveis, a cláusula será denominada “cheia”¹⁵⁴ ou “completa”¹⁵⁵ e terá como consequência a instauração da arbitragem sem necessidade de intervenção judicial¹⁵⁶, ou seja, pela simples notificação formal de uma das partes¹⁵⁷. Nas esclarecedoras palavras de Nunes Pinto [2004]:

Uma das características da Lei de Arbitragem é que o procedimento se instaura de plano se as partes houverem definido a forma de escolha dos árbitros ou optado por regras para tal patrocinadas por instituições especializadas. Essa é a verdadeira intenção pretendida pelas partes ao celebrarem o contrato, ou seja, que ao surgir o desentendimento ou a controvérsia, não tenham elas que, num ambiente menos propício, onde o conflito já se encontra instaurado e os ânimos muitas vezes acirrados, buscar a forma de instaurar a arbitragem, quando já o fizeram à época da contratação e a ela atribuíram um valor específico na equação econômica. Logo, não sendo possível instaurar-se de plano a arbitragem, o desequilíbrio da equação é agravado. Desequilíbrio decorrente da controvérsia que é potencializado pela impossibilidade de se instaurar a arbitragem como pretendido.

É justamente a questão da impossibilidade de instauração da arbitragem como pretendido pelas partes – o que acaba potencializando a própria controvérsia entre elas – que nos leva às próximas cláusulas a serem apresentadas. Tais cláusulas, ainda que patológicas, serão

¹⁵³ “They [as quatro funções essenciais de Eisemann] are a synthesis of the four points any drafter of arbitration clauses, whether for ad hoc or institutional arbitration, should have in mind as he decides on each word of the text.” [Davis, 1991 p.2]

¹⁵⁴ “[...] cláusula compromissória cheia, [...] é aquela que possui todos os requisitos necessários para a instauração do juízo arbitral [...]” [PESQUISA FGV CBAr 2, p.12]

¹⁵⁵ “[...] cláusula compromissória completa, ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo indispensável, a eleição do órgão convencional de solução de conflitos” [STJ. Recurso Especial nº 1278852-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta turma. DJe 19.06.2013]

¹⁵⁶ A cláusula compromissória “cheia” [...] tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb). [STJ. Recurso Especial nº 1278852-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta turma. DJe 19.06.2013]

¹⁵⁷ Havendo cláusula compromissória cheia, [...] dispensável se torna a celebração de compromisso arbitral ou o ajuizamento da Ação do art.7º, podendo as partes ou apenas uma delas (na hipótese de resistência da outra) imediatamente instalar o processo arbitral, observadas as normas procedimentais previamente escolhidas (art.5º da Lei). [PESQUISA FGV CBAr 2, p.12]

analisadas na ótica de serem passíveis de cura, já que será considerada como clara a real intenção das partes em instituir arbitragem para suas controvérsias.

3.1.2 CLÁUSULA VAZIA OU EM BRANCO

Ora chamada de “vazia”, ora de “em branco”¹⁵⁸, trata-se aqui da cláusula que é patológica por não indicar a forma pela qual a arbitragem será instituída. Esta cláusula é bastante mencionada na doutrina comparada e recebe diferentes tratamentos e visões, de acordo com o direito interno de cada país¹⁵⁹. No entanto, no âmbito da arbitragem internacional, tende a ser considerada válida, caso esteja claro na cláusula que a comum intenção das partes quando da sua redação era a de submeter suas controvérsias à arbitragem.

Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §486] definem a cláusula branca (*blanche clause*) como “aquela que não contém indicação, seja diretamente ou por referência a regras de procedimento ou a uma instituição arbitral, de como os árbitros devem ser nomeados”. Referem ser o caso quando, por exemplo, a cláusula meramente indica: “Resolução de disputas: arbitragem, Paris”¹⁶⁰. Mais especificamente:

O elemento patológico de uma cláusula branca somente emerge quando a convenção arbitral não contém detalhamento de um link entre a cláusula branca, pela escolha da sede ou de uma lei para o procedimento, e um país onde as cortes são passíveis de apontar os árbitros. Um exemplo será a cláusula que estipula que “qualquer disputa

¹⁵⁸ “O Ministro Nelson Jobim adotou uma tipologia trinária em relação à cláusula compromissória: (a) cláusula com remissão às regras de órgão ou entidade; (b) cláusula compromissória com pacto sobre a instituição; (c) cláusula compromissória “em branco”. As duas primeiras hipóteses equivalem a cláusula compromissória cheia e a terceira à cláusula compromissória vazia.” [PESQUISA FGV CBAr 2, p.12]. Ainda neste sentido: “[...] cláusula compromissória [...] “vazia” ou “em branco” - assim entendida aquela que se limita a afirmar que qualquer desavença decorrente do negócio jurídico será solucionada por meio de arbitragem -, não tendo sido especificado o tribunal arbitral.” [STJ. Recurso Especial nº 1278852-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta turma. DJe 19.06.2013]

¹⁵⁹ Na França, por exemplo, são consideradas nulas [CARMONA 2009, p.17, nota 31]. Neste sentido: “In French domestic arbitration law, such clauses will be held ineffective. Article 1443, paragraph 2 of the New Code of Civil Procedure provides that the arbitration agreement must “either appoint the arbitrator or arbitrators or provide for a mechanism for their appointment,” failing which the clause is void. [...] However, such clauses are valid in French international arbitration law. There is no French statutory provision requiring the parties to an international arbitration agreement to themselves specify a mechanism for appointing the arbitrators. Further, French case law has consistently confirmed that Article 1443 of the New Code of Civil Procedure “does not apply to international arbitration.” In practice, the French courts will interpret such clauses as providing for *ad hoc* arbitration in which any difficulties with the composition of the arbitral tribunal will be resolved by the President of the Paris Tribunal de grande instance, under Article 1493 of the New Code of Civil Procedure. Similar case law is found in Italy and the United States. That is not to say, however, that blank clauses are to be recommended.” [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999, §486]

¹⁶⁰ Do original: A “blank clause” (*clause blanche*) is one which contains no indication, whether directly or by reference to arbitration rules or to an arbitral institution, as to how the arbitrators are to be appointed. This is the case where, for example, the clause merely states “Resolution of disputes: arbitration, Paris.”

advinda da interpretação do presente contrato será solucionada por um tribunal arbitral com sede em um país diferente daquele de qualquer das partes”¹⁶¹ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999, §486].

Para Born [2012, p.3], a cláusula branca é aquela que não especifica a sede da arbitragem e tampouco os meios de nomeação dos árbitros. Refere que esta cláusula é tida por alguns autores como “indefinida ou nula, já que não indica nem os meios para a seleção de um tribunal arbitral (falta de acordo entre as partes) nem a sede (na qual poderia ser acionada assistência judicial para nomeação de árbitros)”. Outras autoridades, no entanto, defendem que a cláusula branca implicitamente autoriza a parte que aciona a arbitragem a designar a sede ela mesma¹⁶².

Nas palavras de Carmona [2009, p.112]:

A cláusula vazia [...] é aquela que não indica método ou critério para a nomeação de árbitros na hipótese de surgimento de litígio decorrente de determinada relação jurídica. Cingem-se as partes a afirmar que, em caso de litígio, recorrerão à solução arbitral. Tal cláusula, embora produza o efeito de afastar a competência do juiz togado, não é suficiente para levar a instituição do juízo arbitral, de modo que se os contendentes não chegarem a bom termo quanto à forma de nomear o árbitro (ou o painel arbitral) será necessário o recurso ao Poder Judiciário para a instituição da arbitragem.

Conforme se vê, estas cláusulas acarretam problemas, pois necessitam de acordo posterior entre partes ou, na falta deste, de intervenção judicial – por meio de execução específica – para que seja sanado o “vazio”. Somente assim as partes poderão efetivar sua intenção comum (no momento da redação da cláusula) de se valer da arbitragem. Na legislação brasileira, as consequências destas cláusulas estão presentes nos artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem [CARMONA 2009, p.112], conforme será visto adiante.

¹⁶¹ Do original: The pathological element of a blank clause really only emerges where the arbitration agreement contains no detail linking the blank clause, by the choice of a seat or a procedural law, to a country whose courts are able to appoint the arbitrators. An example will be a clause stipulating that “any disputes arising from the interpretation of the present contract will be settled by an arbitral tribunal sitting in a country other than that of each of the parties.”

¹⁶² Do original: Some authorities hold that a so-called “blank clause,” which does not specify either the arbitral seat or the means of choosing the arbitrators, is indefinite and void. These authorities reason that a blank clause provides no means for either selecting an arbitral tribunal (absent agreement by the parties) or the seat (at which judicial assistance to appoint arbitrators can be sought). Other authorities hold that a blank clause impliedly authorizes the claimant to designate the arbitral seat.

3.1.3 CLÁUSULA “MAL REDIGIDA”

Outro tipo de cláusula patológica recorrente ¹⁶³ se trata da cláusula “mal redigida”, ou seja, aquela que indica que as controvérsias entre as partes serão dirimidas por arbitragem, a ser administrada por uma instituição arbitral inexistente ou indicada de maneira equivocada ¹⁶⁴. Caso indique o nome de uma instituição arbitral que realmente não existe, tal expressão será equivalente “a uma cláusula arbitral vazia, na medida em que a previsão contratual não é capaz de permitir a nomeação de árbitros” [CARMONA 2009, p.113]. É possível, no entanto, que a cláusula indique de forma imprecisa uma instituição arbitral existente, ou seja, “pode ser que as partes, por lapso, tenham feito consignar, na convenção de arbitragem, a indicação de um órgão arbitral institucional, grafando erroneamente sua denominação” [CARMONA 2009, p.113]. Carmona [2009, p.113] exemplifica estas cláusulas da seguinte maneira:

Exemplo comum ocorre em São Paulo, onde a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, órgão ligado ao CIESP (Centro das Indústrias do Estado de São Paulo) normalmente é referido como “Câmara de Arbitragem da FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo)”. Outra confusão comum é designar a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comercio Internacional (com sede em Paris, França) como “Corte de Arbitragem da CCI de Genebra” ¹⁶⁵. Nos dois casos fica claro que as partes queriam resolver suas disputas em determinado órgão arbitral e a menção errada à denominação da entidade não pode servir para invalidar a cláusula arbitral.

Mais um exemplo de como isto se dá na prática pode ser visto nos comentários do Ex-ministro Francisco de Almeida Santos [2011, p.146] ao já mencionado ¹⁶⁶ acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 113.260-SP.

¹⁶³ Neste sentido Greenberg, Kee e Weeramantry [2011, p.200]: “the first of the typical defects noted above [naming the arbitral institution incorrectly or identifying a non-existent institution] has been described by Lawrence Boo, the Deputy Chairman of SIAC, as the most common”.

¹⁶⁴ No caso de arbitragens institucionais são frequentes as designações equivocadas quanto à denominação da instituição [LEMES 2002, p.6]. A indicação de órgão arbitral inexistente também é anomalia que pode levar as partes às barras dos tribunais estatais (art. 7º da Lei de Arbitragem) [CARMONA 2009, p.113]. Neste sentido, Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §485]: Through the ignorance of the parties, or as a result of a clerical error, some arbitration clauses refer to an arbitration institution which is inadequately identified, or to one which does not exist at all. If interpreted literally, these clauses would be ruled ineffective. However, if the institution can be identified with a significant degree of certainty, such clauses will remain effective.

¹⁶⁵ Neste sentido também Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §485]: In international arbitration, a relatively common mistake is to refer to the International Chamber of Commerce “in Geneva,” “in Zurich” or “in Vienna,” although the ICC’s headquarters are in fact located in Paris.

¹⁶⁶ Este acórdão é mencionado no início deste trabalho, quando tratada a questão do caráter jurisdicional da arbitragem.

“O desentendimento entre as partes surgiu da existência de uma cláusula compromissória aparentemente "cheia", isto é, de uma cláusula, em princípio, completa que remetia à solução arbitral toda e qualquer controvérsia oriunda de um contrato [...], para ser resolvida por árbitros integrantes do quadro da Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - Fiesp, e segundo seu regulamento. Na verdade, inexistente tal câmara enunciada (daí a aparência de cláusula "cheia"). A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - Fiesp não mantém nenhuma câmara de arbitragem. Defeituosa, portanto, é a cláusula arbitral, causadora de toda questão.”

Percebe-se, portanto, que ainda que em uma primeira vista a cláusula arbitral pareça “cheia” – ou seja, composta por elementos que possibilitem a instauração da arbitragem, como por exemplo, a indicação de uma instituição arbitral –, é possível que na prática se perceba que a instituição arbitral referida não exista ou que seu nome esteja equivocadamente redigido. Nestes casos, estar-se-á, em verdade, diante de uma cláusula patológica.

3.1.4 CONTRADITÓRIA

Apresenta-se, ainda, a cláusula que pode ser caracterizada como contraditória, pois se trata daquela que “determina a aplicação de regras de uma instituição arbitral por outra entidade, cuja estrutura não comporta (ou efetivamente impede) a plena operacionalidade das regras escolhidas” [CARMONA 2009, p.114]. Refere Carmona às seguintes situações, a título de exemplo destas cláusulas:

[...] uma situação que tem ocorrido com certa frequência, em que as partes determinam, na cláusula compromissória, que a arbitragem será administrada por uma certa entidade brasileira, aplicando, porém, as regras da CCI. O exemplo não é casual: em São Paulo já tive oportunidade de ver algumas cláusulas com esta anomalia.

Para Greenberg, Kee e Weeramantry [2011, p.200], esta cláusula “pode ser particularmente problemática, pois, em geral, somente as instituições que criaram as suas regras podem administrar arbitragens conduzidas sob tais regras”. Neste sentido, “as cláusulas que optam pela escolha de duas instituições ao mesmo tempo irão quase que certamente incorrer em custos mais altos e correrão maiores riscos de uma sentença não exequível”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Do original: This can be particularly problematic because in general only the institution whose rules it is can properly administer arbitrations conducted under those rules. Clauses that attempt to choose two institutions at once will almost certainly cause greater cost and significantly increase the risk of an unenforceable award.

No entanto, é possível, embora improvável ¹⁶⁸, que a instituição escolhida para administrar a arbitragem consiga se adequar às regras de outra instituição. Um “exemplo desta situação foi considerado pela Suprema Corte de Singapura no caso *Insignia Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd*”, em que a cláusula escolhia arbitragem a ser administrada pela Singapore International Arbitration Centre (SIAC) com o regulamento da CCI. Este caso foi exitoso, pois além de restar entendido que a cláusula arbitral era válida e a vontade das partes era a de instituir arbitragem, a SIAC conseguiu se adequar às exigências estruturais do regulamento da CCI [GREENBERG, KEE E WEERAMANTRY 2011, pp.200-201].

3.2 TRATAMENTO: O QUE FAZER e COMO FAZÊ-LO?

Como se vê, não raro as partes deparam com cláusulas compromissórias patológicas, seja por serem vazias ou em branco, seja por indicarem instituição arbitral inexistente ou de maneira equivocada, seja ainda por optarem pela utilização do regulamento de uma instituição em arbitragem administrada por outra. Em qualquer desses casos, a função principal da cláusula arbitral – instituir a arbitragem “automaticamente”, isto é, sem necessidade de posterior acordo entre as partes ou de intervenção do judiciário – não é alcançada plenamente. No entanto, caso fique claro que a intenção comum das partes quando da redação da cláusula era a de submeter suas controvérsias à arbitragem, haverá que se persistir na tentativa de sanar suas eventuais patologias, a fim de que esta intenção seja garantida e a arbitragem possa ser instaurada¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Neste sentido, Carmona [2009, p.114]: A consequência de tal escolha costuma ser deletéria, pois o órgão arbitral brasileiro pode não admitir a utilização de procedimentos forasteiros; pode ainda ocorrer (hipótese mais usual) que o órgão administrador brasileiro, ainda que flexível quanto a regras procedimentais, não tenha estrutura compatível com as regras escolhidas (no caso da CCI, o escrutínio, constante do regulamento de tal entidade, pode ser impossível pela inexistência de órgão capaz de fazer a revisão formal da sentença arbitral).

¹⁶⁹ Comentando os defeitos da cláusula que envolve inconsistência, Redfern e Hunter [2004, p.197] mencionam que a maioria das cortes nacionais procura dar um significado à cláusula, a fim de conferir efeito à vontade comum das partes, que era a de submeter suas controvérsias à arbitragem. Referem ser este o caso na Inglaterra, onde as cortes mantêm uma cláusula e sanam a previsão inconsistente, quando resta claro que a “cláusula sobrevivente” leva a efeito a real intenção das partes e a “cláusula descartada” frustraria o objetivo do acordo. Do original: Where there is an inconsistency in the clause, most national courts usually attempt to give a meaning to it, in order to give effect to the general intention of the parties, which was to submit disputes to arbitration. This is the case in England where the courts uphold a clause and strike out an inconsistent provision, if it is clear that the “surviving clause” carries into effect the real intention of the parties and the “discarded clause” would defeat the object of the agreement [cita casos no rodapé].

Para que as patologias sejam sanadas, portanto, será necessário acionar o órgão competente. Ademais, sendo a cláusula compromissória verdadeiro negócio jurídico¹⁷⁰, conforme visto, caberá ao órgão competente acionado valer-se dos princípios interpretativos aplicáveis, a fim de buscar a real vontade das partes no momento da redação da cláusula¹⁷¹ [LEMES 2002, pp.7-8; SCALBERT, MARVILLE 1988, p.119], no intuito de manter a sua validade e eficácia [LEMES 2002, pp.12-14]. Vale ressaltar que uma das principais contribuições da Lei de Arbitragem brasileira para o definitivo crescimento da arbitragem no Brasil foi justamente garantir a eficácia contratual da cláusula compromissória [CARMONA, 2009, pp. 4-5].

A título brevemente introdutório do que virá a seguir, cabe colacionar brilhante e objetivo posicionamento de Harb [2007, p.4], definindo como – na prática – pode uma parte suscitar o “exercício interpretativo” de uma cláusula patológica:

Dois cenários são possíveis, tanto perante os árbitros quanto perante o tribunal judicial:

No primeiro caso, a parte irá peticionar diretamente à instituição arbitral que acredite ter sido incorretamente designada. Então, ou a instituição considera *prima facie* possuir jurisdição, caso em que a arbitragem continuará e o tribunal arbitral deverá decidir sobre sua própria competência (conforme o princípio da competência-competência), ou a instituição irá considerar que não possui jurisdição, caso em que a única opção restante será peticionar ao tribunal judicial a fim de buscar uma interpretação da cláusula arbitral. A parte pode requerer diretamente ao tribunal judicial ao qual compete efetuar a interpretação da cláusula arbitral, ou pode demandar o tribunal após tentativa frustrada perante a instituição arbitral, conforme descrito acima. O demandante buscará julgamento que confirme a arbitragem e determine a instituição arbitral competente. Então, caso o julgamento seja favorável, a arbitragem perante a instituição arbitral designada será iniciada¹⁷².

¹⁷⁰ Neste sentido, Mello [2007, p.22]: A parcela da natureza jurídica da arbitragem, que reputo privada e que se expressa pela cláusula compromissória, assemelha-se à figura do negócio jurídico como categoria genérica a abarcar todo ato capaz de criar, constituir, modificar ou extinguir direitos.

¹⁷¹ Neste sentido, Fouchard, Gaillard, Goldman [1999, §483]: The efforts of arbitrators and the courts to give full effect to the parties' intention to refer their disputes to arbitration appear clearly from an examination of pathological clauses [...].

¹⁷² Do original: In practice, how can a party initiate the interpretation exercise of a pathological arbitration clause? Two scenarios are possible, either before arbitrators or before the courts: In the first case, the party will apply directly to an arbitration institution which is believed to be incorrectly designated. Then, either the institution considers that it has *prima facie* jurisdiction, in which case the arbitration will continue and the arbitral tribunal will have to rule on its own competence (pursuant to the *kompetenz-kompetenz* principle), or the institution will consider that it does not have jurisdiction, in which case the only option left is to apply to the courts in order to seek an interpretation of the arbitration clause. A party can directly file a request to the courts in which an interpretation of the arbitration clause is sought, or refer to the court after an unsuccessful attempt before an arbitration institution as described in the preceding paragraph. The applicant will seek a judgment upholding arbitration and determining the competent arbitration institution. Then, if the judgment grants this relief, the arbitration before the designated arbitration institution will start.

3.2.1 A QUEM COMPETE A ANÁLISE?

Conforme mencionado, existindo patologia na cláusula arbitral, o ideal é que as próprias partes possam saná-la, por meio de compromisso arbitral, de modo a iniciarem a arbitragem sem necessidade de intervenções. No entanto, esta não costuma ser a realidade e, após ocorrida a controvérsia, dificilmente as partes conseguem entrar em acordo. Sendo assim, diante da cláusula patológica e da recusa de acordo posterior, faz-se necessário que a parte interessada em iniciar a arbitragem saiba a quem recorrer.

Neste sentido, dependendo do momento e do grau da patologia, a solução à cláusula patológica será dada por uma das três instituições seguintes: judiciário; instituição arbitral escolhida; tribunal arbitral constituído. Como será visto, caso o nível de patologia reporte à cláusula vazia ou em branco, caberá ao judiciário ao qual compete¹⁷³ interpretar a cláusula arbitral fazê-lo, a fim de sanar seu vício e possibilitar a instauração da arbitragem. Se, no entanto, o caso for de cláusula “mal redigida”¹⁷⁴ ou contraditória, caberá à própria instituição erroneamente denominada a decisão *prima facie* a cerca da competência do tribunal arbitral constituído sob sua administração.

Por fim, seja qual for o órgão inicialmente acionado para interpretar a cláusula a fim de sanar sua patologia e dar azo à instauração da arbitragem, caberá ao tribunal arbitral constituído reapreciar esta questão a fim de decidir sobre sua própria competência. Importante mencionar, ainda, que a questão pode ser novamente apreciada pelo judiciário competente para executar eventual sentença arbitral, caso seja alegado por uma das partes que a cláusula arbitral é “nula e sem efeitos, inoperante ou inexecúvel”, nos termos dos artigos II.3 da Convenção de Nova Iorque e 8(1) da Lei Modelo da UNCITRAL.

¹⁷³ Neste ponto, importante entender o papel do local da arbitragem, o qual é bem apresentado no seguinte trecho das Diretrizes da IBA [2010, pp. 13-14]: “O local da arbitragem é o domicílio jurídico da arbitragem. Deve ser dada atenção especial para o regime legal do local escolhido como sede da arbitragem porque essa escolha tem importantes consequências legais sob a maioria das legislações arbitrais nacionais, assim como sob alguns regulamentos de arbitragem. Apesar do local da arbitragem não determinar a lei aplicável ao contrato e ao mérito [...], ele determina a lei (lei arbitral ou *lex arbitri*) que rege certos aspectos procedimentais da arbitragem, como, por exemplo, os poderes do árbitro e o controle judicial do processo arbitral. Além disso, o poder judiciário do local da arbitragem pode ser invocado para prestar sua assistência (por exemplo, indicando ou substituindo árbitros, concedendo medidas cautelares, ou auxiliando na produção de provas), e também pode interferir na condução da arbitragem (por exemplo, ordenando a suspensão do procedimento arbitral). Ademais, o poder judiciário do local da arbitragem tem competência para conhecer de impugnações à sentença ao fim da arbitragem; sentenças anuladas no local da arbitragem podem não ser executáveis em outras jurisdições. Mesmo se a sentença não for anulada, o local da arbitragem pode afetar a exequibilidade da sentença de acordo com tratados internacionais aplicáveis.”

¹⁷⁴ Desde que não seja tão “mal redigida” a ponto de caracterizar, em verdade, cláusula vazia, caso em que deverá ser interpretada pelo judiciário. Isso porque, neste caso, sequer se identificaria uma possível instituição arbitral para acionar.

Passa-se, então, a análise de cada uma dessas possibilidades anteriormente mencionadas.

3.2.1.1 JUDICIÁRIO

Analisa-se primeiramente o judiciário, expondo os casos em que será sua a competência para sanar a patologia de uma cláusula arbitral e possibilitar a instauração da arbitragem, garantindo o que fora expressamente escolhido pelas partes quando da redação da cláusula arbitral (ainda que patológica).

Conforme já mencionado anteriormente, o judiciário tende a ser buscado quando da existência de cláusula vazia ou em branco, já que nesses casos não há instituição arbitral indicada para que se possa acioná-la diretamente¹⁷⁵. Sendo assim, caberá ao judiciário do país ao qual incumbe a interpretação da cláusula arbitral a tarefa de primeiramente confirmar sua competência e então sanar a patologia. Importante lembrar que nem todos os países aceitam a cláusula em branco como válida¹⁷⁶, no entanto, trataremos daqueles que aceitam. Neste sentido, quando a arbitragem possui caráter internacional, caso esta remeta a interpretação da cláusula ao judiciário de países como Itália, Estados Unidos e França¹⁷⁷, tais cortes nacionais

¹⁷⁵ Neste sentido, Redfern e Hunter [2004, p.392]: if the parties have failed to make adequate provision for the constitution of an arbitral tribunal, and if there are no applicable institutional or other rules (such as the UNCITRAL Rules), the intervention of a national court is usually required.

¹⁷⁶ Vide acima quando mencionado que a França, por exemplo, considera a cláusula branca como inválida. Neste sentido, ainda: Le droit français prive d'efficacité ce type de clause [em branco], conformément aux articles 1443 al. 2 et 1444 al. 3 N.C.P.C. [SCALBERT, MARVILLE 1988, PP. 126-127]

¹⁷⁷ Nesse sentido: “In order for the courts to agree to carry out such an appointment [to rule on a request to appoint arbitrators if confronted with an arbitration agreement of that kind between two non-French parties, one of which sought to commence arbitration in France], the clause would have to be interpreted as containing an agreement between the parties whereby, in the event of a dispute, the plaintiff would be entitled to choose the seat of arbitration. If France were the chosen seat, the courts would then be able to apply Article 1493 of the New Code of Civil Procedure, which empowers the President of the Paris Tribunal of First Instance to rule on any difficulty encountered in the constitution of the arbitral tribunal. In the above example, this result could be obtained by an a contrario interpretation of the arbitration agreement, the parties having excluded the jurisdiction of the courts of each of their home countries. However, the courts' response to this line of reasoning remains uncertain. [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999, §486]”. Ainda nesse sentido: “Cependant, il semble que cette «incurabilité» de la clause blanche pour les arbitrages soumis aux articles 1443 al. 2 et 1444 al. 3 N.C.P.C., ne puisse être opposée aux procédures soumises aux dispositions concernant l'arbitrage international conformément à l'interprétation qui devrait pouvoir être donnée de l'article 1493. Ce texte, en effet, se borne à dire que les parties «peuvent» prévoir les modalités de désignation des arbitres. Mais la loi française n'est pas toujours applicable, et on ne pourra éviter de rechercher, après avoir déterminé la loi compétente, si celle-ci valide ou annule la clause blanche. Quant au droit français, il serait bon, néanmoins, que la jurisprudence confirme expressément cette interprétation libérale, ce qui ne semble pas, à l'heure actuelle, avoir encore été fait. La rigueur de la prohibition en droit interne et la tradition de la jurisprudence française, laissent penser que celle-ci éprouvera quelque réticence à admettre définitivement la clause blanche en matière internationale. Cette position serait regrettable, car elle irait à l'encontre de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial, signée à Genève le 24 avril 1961, qui envisage expressément cette hypothèse dans son article 4 § 6

tenderão a aceitar a incumbência de interpretar a cláusula a fim de sanar sua patologia [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999, §486]. Também a Espanha em sua *Ley de Arbitrage* de 2003 determina que, “se não for possível designar árbitros através do procedimento acordado pelas partes, qualquer delas poderá solicitar ao tribunal competente a nomeação dos árbitros ou [...] a adoção de medidas necessárias para a nomeação” [CARMONA 2009, p.157].

No Brasil, a questão da competência do judiciário para sanar a patologia que torne a cláusula arbitral vazia ou em branco foi esclarecida pelos artigos 6º e 7º ¹⁷⁸ da nova Lei de Arbitragem de 1996 ¹⁷⁹.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa. (grifou-se)

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

[...]

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

[...]

qui prévoit une procédure assez complexe permettant de pallier les insuffisances de la clause. – Il faudrait, dans un premier temps, déterminer selon la Convention, la Chambre de commerce compétente ou recourir à un comité spécial – Puis, dans un second temps, l'organisme désigné pourra: soit renvoyer les parties à une institution permanente d'arbitrage, soit inviter les parties à désigner leurs arbitres dans un délai qu'il aura fixé.

Mais la sophistication et la lenteur de cette procédure en rendent théorique l'application, les parties en pratique préférant saisir le tribunal judiciaire”. [SCALBERT, MARVILLE 1988, PP. 126-127]

¹⁷⁸ A jurisprudência demonstra, ainda, que a ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem só é viável em caso de cláusula compromissória vazia. [PESQUISA FGV CBAr 2, p.37]

¹⁷⁹ Fazia-se imprescindível – diante da força que se deu à cláusula compromissória – estabelecer de forma criteriosa um procedimento rápido e eficaz para a hipótese de resistir uma das partes à instituição do tribunal arbitral, quando do surgimento da controvérsia abrangida pela convenção. O art. 7º será assim invocado quando o juiz deparar-se com cláusulas compromissórias vazias, ou seja, cláusulas que se limitem a afirmar que qualquer litígio decorrente de um determinado negócio jurídico será solucionado por meio da arbitragem. [CARMONA 2009, p.17]

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.
(grifou-se)

Como se vê, os artigos citados tratam do modo de instauração da arbitragem, quando da existência de cláusula compromissória. Neste momento, caso uma das partes resista à instituição do procedimento arbitral que tenha por base uma cláusula compromissória vazia ou em branco, poderá a parte interessada, comprovando que notificou a parte resistente¹⁸⁰, “solicitar concurso do Poder Judiciário para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula, qual seja, a de fazer solucionar litígio decorrente de determinada relação jurídica através da arbitragem”¹⁸¹ [CARMONA 2009, p.147].

Comentando a decisão acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem e principalmente dos artigos anteriormente mencionados, Carmona [2009, p.148] menciona que:

[...] a vontade das partes é absolutamente clara no momento em que firmam a cláusula arbitral, no sentido de quererem afastar a competência do juiz togado para solucionar qualquer pendência que as envolva, decorrente de certa relação jurídica. É o quanto basta para que tal vontade (jurídica e jurígena) tenha efetiva proteção estatal, já que, se assim não fosse, estaria negada tutela específica da obrigação assumida.

Ressalta o autor, que antes da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, portanto, sob a égide do Código de Processo Civil, “a cláusula incompleta ou a cláusula arbitral vazia não comportariam em hipótese alguma a execução específica, de sorte que a promessa vaga de resolver uma disputa através da arbitragem não permitia tutela específica” [CARMONA 2009, p.155]. Era este o entendimento da doutrina quando se buscou opção diversa para solucionar o problema: “dotar o juiz, expressamente, de poderes para preencher a lacuna deixada pelas partes, independentemente dos dados faltantes na cláusula arbitral”. É deste entendimento a

¹⁸⁰ A demonstração pelo autor de que tentou efetivamente fazer instaurar o juízo arbitral antes de procurar o auxílio do Poder Judiciário é efetivamente de maior importância [...] não tendo o autor demonstrado que concitou o réu, sem resultado, a estabelecer os parâmetros para a arbitragem, não estará caracterizada a necessidade de invocar-se tutela jurisdicional estatal. [CARMONA 2009, p.144]

¹⁸¹ Neste sentido foi o voto-líder do acórdão ao Conflito de Competência nº 113.260/SP, que “firmou-se no entendimento de que a controvérsia versava sobre a interpretação de cláusula [...] arbitral, que devia ser dirimida no Juízo de primeiro grau” [SANTOS 2011, p.146]. Acrescentam os comentários ao referido acórdão que o recurso indicado “para a solução de questões como essa [relativas à clareza da cláusula compromissória] se encontra no art. 7º da Lei de Arbitragem”. [SANTOS 2011, p.148]

redação do artigo 7º referido, “que concede amplos poderes ao juiz para instituir a arbitragem se houver resistência ou impasse”¹⁸² [CARMONA 2009, p.155].

Selma Lemes [2002, p.8] acrescenta importante observação quanto à competência do judiciário em termos de interpretação de cláusula, ressaltando que a análise prévia também poderá ser feita “quando, por exemplo, alegado em preliminar a existência da convenção de arbitragem (art. 301, IX do CPC)¹⁸³”. Neste caso, diante da existência de cláusula patológica alegada em contestação, caberá ao judiciário interpretá-la a fim de “enviar as partes para a arbitragem” [LEMES 2002, p.8].

Por fim, Carmona [2009, p.156] ressalta que o procedimento de que trata o artigo 7º “diz respeito apenas às cláusulas compromissórias que não contenham o elemento mínimo para que se possa instituir o tribunal arbitral (ou seja, o modo de nomear árbitros)”. Isso porque, “se tal elemento mínimo [...] estiver presente, a instituição da arbitragem não dependerá de intervenção judicial”, mas sim dos próprios árbitros nomeados aceitarem sua incumbência.

Diante desta constatação, passaremos em breve ao próximo ponto, que analisará justamente os casos em que pelo menos o modo de nomeação de árbitros parece claro, ainda que haja certa patologia na cláusula. Nesses casos, as partes poderão acionar diretamente a instituição arbitral escolhida na cláusula (ainda que sua redação seja equivocada) para sua análise *prima facie*. Em qualquer dos casos, seja pela análise prévia do judiciário (artigo 7º), seja pela *prima facie* da instituição arbitral, caberá ao tribunal arbitral constituído interpretar a cláusula novamente para decidir sobre sua competência (princípio da competência-competência).

Antes de entrarmos nessas questões, no entanto, cabe mencionar mais uma vez que o judiciário terá novamente a competência para interpretar a cláusula arbitral¹⁸⁴ quando, em

¹⁸² Neste sentido o entendimento jurisprudencial que segue: [...] uma vez acionado para proceder à execução específica da referida cláusula, deve o Juízo prolatar sentença contendo os elementos necessários à instalação da arbitragem, consoante o procedimento preconizado no art. 7º da referida lei [STJ. REsp 1082498-MT, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. DJe 04/12/2012]

¹⁸³ Art. 301. Compete-lhe [ao réu], porém, antes de discutir o mérito, alegar [na contestação]:

IX - convenção de arbitragem

¹⁸⁴ Nesse sentido, Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, p.254, §473]: Under the “competence-competence” principle, an arbitral tribunal has jurisdiction to interpret the arbitration agreement on the basis of which it has been seized. However, the arbitral tribunal’s decision on the meaning of the arbitration agreement will not be final. The courts of the *situs* of the arbitration will have jurisdiction to hear an application to set an award aside, and the courts of the place or places of enforcement will also exercise a certain control over the award. In both cases, the courts will consider the existence and scope of the arbitration agreement on the basis of which the award was made (or the lack of such basis when the arbitrators declined jurisdiction for want of a valid arbitration agreement). Ainda, Redfern e Hunter [2004, p.393]: [...] it is recognized in the Model law (and in most, if not all, national systems of law) that whilst any challenge to the jurisdiction of an arbitral tribunal may

sede de execução de sentença arbitral ou em ação de anulação da mesma, seja alegado por uma das partes que a cláusula conforme a qual se instaurou o tribunal arbitral é “inoperante ou inexecutável/ineficaz”. Conforme analisado anteriormente, estas expressões estão presentes nos artigos II.3 da Convenção de Nova Iorque e 8(1) da Lei Modelo da UNCITRAL que tratam das possibilidades de anulação da sentença arbitral, a ser julgada tanto pelo judiciário da sede da arbitragem, quanto pelo competente para a execução. Deste modo, fecha-se o mencionado ciclo de competências, que se iniciara na interpretação do judiciário ou da instituição arbitral (conforme ainda se verá), passando pela confirmação do tribunal arbitral acerca de sua própria competência (que será mais bem analisado abaixo) e finalizando novamente com a interpretação do judiciário quando da execução da sentença arbitral ou de pedido de anulação da mesma.

3.2.1.2 INSTITUIÇÃO ARBITRAL

As instituições arbitrais, quando deparam com um requerimento de arbitragem, normalmente efetuam uma análise *prima facie* da cláusula com base na qual o requerimento foi efetuado. Tal análise tem a finalidade de evitar gastos e esforços das partes com discussões desnecessárias perante o Tribunal Arbitral. Normalmente, as instituições arbitrais acabam aceitando cláusulas patológicas, uma vez que esta análise é feita apenas para que se verifique uma possível referência expressa a outra instituição.

Conforme bem explicado por Carmona [2009, pp. 287-288]:

Os órgãos arbitrais, de maneira geral, fazem uma análise superficial, *prima facie*, da existência de uma convenção de arbitragem válida e eficaz, capaz de levar à instituição de uma arbitragem administrada pela entidade escolhida pela parte requerente. Se o órgão arbitral constatar a boa ordem da convenção, dará seguimento às providências necessárias para a instituição da arbitragem, sem que a decisão prévia vincule os árbitros: estes, tão logo aceitem o encargo, deverão resolver se têm ou não competência para o julgamento da causa [...] ¹⁸⁵.

be dealt with *initially* by the tribunal itself, the final decision on the jurisdiction rests with the relevant national court. This is either the court at the seat of the arbitration, or the court of the state or states in which recognition and enforcement of the arbitral tribunal award is sought.

¹⁸⁵ [...] se resolverem negativamente a questão, extinguirão – inapelavelmente – a arbitragem. Pode ocorrer, porém, que o exame prévio da câmara ou centro de arbitragem revele desde logo a inexistência de uma convenção arbitral. Em tal circunstância, a arbitragem não será sequer instaurada; se houver inconformismo de alguma das partes, deverá ela recorrer ao Poder Judiciário para a instauração forçada da arbitragem (*ex vi* do art. 7º da Lei), sendo guindados ao polo passivo da demanda judicial tanto a instituição arbitral (que se recusou a instituir a arbitragem) quanto a parte adversária (o litisconsórcio passivo, como já disse ao comentar o art. 7º, é necessário). [CARMONA 2009, pp.287-288]

Neste sentido, diante de uma cláusula patológica, da qual se possa depreender ao menos o que poderia ser o nome de uma instituição arbitral, pode uma parte acionar diretamente a instituição arbitral que acredite estar mencionada na cláusula. Deste modo, a própria instituição efetuará uma análise *prima facie*¹⁸⁶ sobre a cláusula arbitral, interpretando-a a fim de efetuar um primeiro diagnóstico acerca da patologia e determinar o prosseguimento da arbitragem, caso a mesma seja possível de ser sanada, posteriormente, pelo tribunal arbitral constituído¹⁸⁷. A decisão da instituição arbitral, no entanto, não é definitiva, mas apenas com o intuito de impulsionar a arbitragem para que o tribunal arbitral, uma vez constituído, possa interpretar a cláusula a fim de se manifestar sobre sua própria competência e sanar a patologia da cláusula, caso entenda ser possível.

É nesta linha a lição de Selma Lemes [2002, p.6]:

Em sede de arbitragem institucional competirá à instituição arbitral efetuar a apreciação “*prima facie*” da existência e validade da cláusula compromissória, a fim de que a arbitragem seja impulsionada, mas, em seguida será atribuição do tribunal arbitral instituído ou do árbitro único avaliar quanto à sua competência e jurisdição, advinda de cláusula arbitral válida e eficaz, consoante deflui do princípio denominado da “competência-competência”, previsto no art. 8º, parág. único da Lei n. 9.307/96.

Ainda neste sentido e especificamente no caso da CCI, Jean Benglia [1996, p.11] refere que:

Em alguns casos, o acordo das partes não especifica, claramente e em uma primeira análise, haver intenção de submissão à arbitragem; ou contém expressa referência a um órgão arbitral diferente da CCI; ou, ainda, pode conter disposições fundamentalmente inconsistentes ao regulamento da CCI. Nestes casos, [é permitido] que a Corte desconsidere o Requerimento de arbitragem imediatamente, alegando que a arbitragem não poderá prosseguir. Por outro lado, quando as partes tenham *prima facie* acordado em recorrer à arbitragem e tenham demonstrado uma aparente intenção de utilizar os recursos da CCI, [se] permite que a Corte inicie o procedimento, para consultar diretamente o tribunal arbitral, este que terá o dever de decidir sobre sua própria competência mediante decisão não apelável. Em o fazendo,

¹⁸⁶ A maneira como é realizada a análise *prima facie* será apresentada abaixo, quando observados os princípios interpretativos.

¹⁸⁷ Neste sentido os Comentários sobre o Regulamento da CCI de 2012 [FRY, GREENBERG, MAZZA 2012, p.71], em especial o seu artigo 6(4), que trata da análise *prima facie* da Corte da CCI: “Article 6(4) outlines the Court’s function in determining the extent to which it is *prima facie* satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist. [...] The Court is limited to a *prima facie* decision on whether an ICC arbitration agreement may exist, leaving any arguable jurisdictional questions to the arbitral tribunal. The Court’s decision is not a jurisdictional decision at all, but an administrative decision on whether the arbitration shall proceed and whether the Secretariat may transmit the case file to the arbitral tribunal”.

a Corte age como órgão administrativo, não fazendo qualquer pronunciamento formal sobre a jurisdição dos árbitros ¹⁸⁸.

Assim, se após a constituição do tribunal arbitral, uma das partes aduz pedido de que o tribunal arbitral em questão não possui jurisdição, este último irá buscar a intenção comum das partes, levando em conta tanto as circunstâncias, documentos e comunicações que levaram à conclusão do contrato, quanto a atitude de cada parte quando da performance do mesmo (conforme será visto quando analisados os princípios interpretativos). Pode-se concluir, portanto, que ainda que a Corte Internacional de Arbitragem (da CCI) não pretenda decidir possuir jurisdição sobre todo e qualquer requerimento de arbitragem apresentado á CCI, ainda assim oferece seu suporte às partes, na medida em que permite que seus casos sejam decididos pelo tribunal arbitral, mesmo quando sua cláusula arbitral possa ser tida como “patológica” ¹⁸⁹ [BENGLIA 1996, p.13].

Com base no anteriormente mencionado, passamos a questão seguinte, onde se tratará mais detidamente da competência do tribunal arbitral para interpretar a cláusula patológica e decidir sobre sua própria competência.

3.2.1.3 TRIBUNAL ARBITRAL

Conforme mencionado, compete ao tribunal arbitral ou ao árbitro único decidir sobre sua própria competência. Tal definição advém do chamado princípio da *Kompetenz-*

¹⁸⁸ Do original: In some instances, the parties’ agreement does not at first sight clearly specify that there is to be resort to arbitration; or contains an express reference to an administrative agency other than the ICC; or yet again it may contain provisions that are fundamentally inconsistent with the ICC Rules. In such cases, Article 7 of the said Rules enables the Court to disregard the Request for arbitration immediately by stating that the arbitration cannot proceed. On the other hand, when the parties have *prima facie* agreed to have recourse to arbitration and have shown an apparent intention of using the ICC’s facilities, Article 8(3) of the rules allows the Court to set in motion the procedure by constituting the arbitral tribunal, and that tribunal will then have the task of ruling on its own jurisdiction by an award that is not appealable. In so doing, the Court acts as an administrative agency and does not make any formal pronouncement on the arbitrators’ jurisdiction.

¹⁸⁹ Do original: If, after the constitution of the arbitral tribunal [...], one of the parties still raises a plea against the arbitral tribunal’s jurisdiction, the arbitral tribunal will then seek the common intention of the parties by taking note of the circumstances and exchanges of letters and documents that led to the conclusion of the contract, as well as the attitude of each party to the contract during its performance. We may conclude that, although the International Court of Arbitration will not systematically decide that it has jurisdiction over every single Request for arbitration filed with the ICC, it does lend its support to the parties by enabling their case to be decided by an Arbitral Tribunal, even where their arbitration clause can be dubbed “pathological”.

*Kompetenz*¹⁹⁰, amplamente comentado e que define a competência do próprio tribunal arbitral para interpretar a cláusula arbitral com base na qual foi instituído¹⁹¹.

Na legislação brasileira, tal princípio se vê abarcado pelo parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem [PESQUISA FGV CBAr 2, p.40]¹⁹², o qual “não deixa margem alguma a dúvidas, atribuindo ao árbitro o poder de decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula e do compromisso [...]”. Em outras palavras, cabe “ao árbitro decidir se o ato das partes que estabelece sua própria competência tem ou não eficácia” [CARMONA 2009, pp.18-19]. Define Carmona [2009, p.175] que tal princípio determina:

[...] a competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral.

Neste sentido, em caso de cláusula arbitral patológica, inicialmente interpretada pelo judiciário ou pela instituição arbitral (aparentemente) nela indicada, caberá ao tribunal arbitral analisar novamente a cláusula a fim de confirmar ou não a sua competência. Nossos tribunais têm considerado este princípio em seus julgamentos¹⁹³, conforme se vê do seguinte julgamento:

Diz o mencionado regramento [artigo 8º da Lei de Arbitragem] que “*caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória*”, a revelar que, mesmo versando o conflito

¹⁹⁰ [...] it is true that the arbitrator can only be empowered by virtue of one or more arbitration clauses agreed between the parties, it is ultimately up to the arbitral tribunal itself (subject to the final control of the courts) to decide upon its own jurisdiction (the Kompetenz-Kompetenz principle) [...]. [HANOTIAU 2006, pp. 101-162]

¹⁹¹ Under the “competence-competence” principle, an arbitral tribunal has jurisdiction to interpret the arbitration agreement on the basis of which it has been seized. [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, §473]

¹⁹² “Em outras palavras, significa que cabe ao árbitro, em primeiro lugar, apreciar e decidir a impugnação quanto à existência, validade ou abrangência da convenção de arbitragem, sem prejuízo da matéria ser posteriormente conhecida e novamente decidida, agora pelo Poder Judiciário, em ação de anulação da sentença arbitral ou na impugnação ao seu cumprimento (art. 33 da Lei de Arbitragem).” [PESQUISA FGV CBAr 2, p.40]

¹⁹³ Conforme exposto pela pesquisa da FGV e CBAr [PESQUISA FGV CBAr 1 p.34]: O TJSP, no caso Interclínicas, de grande repercussão no País, revelou maturidade na interpretação da cláusula compromissória envolvendo empresa sob regime de liquidação extrajudicial. O que se viu foi o pleno reconhecimento de princípios básicos já amplamente difundidos pela comunidade arbitral (brasileira e internacional), como a dispensa de assinatura de compromisso diante de cláusula compromissória cheia e a competência-competência do árbitro como primeiro juiz da causa. O respeito ao princípio competência-competência também se verificou em decisões de outros Tribunais, como no TJPR, que se revelou rigoroso em sua aplicação. Diante de cláusula de arbitragem pactuada, reconheceu tratar-se de pressuposto processual negativo a gerar a extinção do processo, sem que o Tribunal se delongasse em maiores apreciações acerca da competência originária da matéria. Para fundamentar esse raciocínio, o TJPR lançou mão de inúmeros conceitos trazidos pela lei de arbitragem como (i) compulsoriedade da cláusula pactuada, (ii) efeito vinculante etc.

sobre a nulidade do próprio contrato ou a existência da cláusula arbitral, havendo a controvérsia, independentemente de, como dito, a questão em litígio ser a ausência de eficácia ou a própria inexistência do ato, deverá ela ser decidida inicialmente pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário, avultando a intenção da Lei de suprimir a possibilidade das partes acessarem diretamente o Judiciário [...] à primeira alegação de vício, em prestígio do acerto de vontades entre os contratantes e do princípio de caber ao próprio juízo arbitral a análise sobre a sua jurisdição. [Apelação n.º 0000289-58.2010.8.05.0036, TJBA, Quarta Câmara Cível, Relator Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, julgado em 28 de novembro de 2012]

Cabe referir que, por vezes, nossos tribunais relativizam este princípio da “competência-competência”¹⁹⁴, decidindo e analisando a fundo questões que caberiam aos árbitros julgar e analisar. Um exemplo citado pela pesquisa realizada pela FGV e CBAr anteriormente mencionada [PESQUISA FGV CBAr 2, p.43], foi o “conhecido caso TRELLEBORG [...] julgado pela Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo” [Apelação Cível n.267.450.4/6-00, Rel. Des. Constança Gonzaga, jul. 24.04.2006]. Conforme os comentários da referida pesquisa:

Embora o contrato de venda de quotas de sociedade, no qual havia a cláusula compromissória, tivesse sido celebrado pela Autora apenas com a sociedade Trelleborg do Brasil Ltda, a Ação do art.7º foi ajuizada também contra outra empresa, do mesmo grupo econômico, a Trelleborg Industri AB. O **TJSP, surpreendentemente, aprofundou-se no exame da prova dos autos** e entendeu que, apesar de não figurar formalmente no contrato, essa segunda empresa estava diretamente envolvida no negócio objeto do litígio e participou ativamente das tratativas com a outra parte. Assim, afastou a alegação de ilegitimidade passiva da Trelleborg Industri AB e negou provimento à Apelação, confirmando a sentença. É interessante notar que, no momento em que o Recurso de Apelação foi julgado pelo TJSP, o juízo arbitral, instalado com base na decisão de 1º grau, já havia proferido sentença, na qual a Trelleborg Industri AB foi condenada solidariamente com a Trelleborg do Brasil Ltda. (grifou-se)

A pesquisa analisa os autores Carmona e Gaillard e comenta que o problema dessa relativização, principalmente em relação à ação judicial do artigo 7º da Lei de Arbitragem, estaria na identificação dos limites dos poderes de investigação do juiz quando da análise de eventual invalidade da convenção de arbitragem, apresentando a conclusão de que “o Juiz togado só deveria declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível *prima facie*, isto é, detectável de plano, em juízo de cognição sumária, sem maiores indagações” [PESQUISA FGV CBAr 2, p.43]. Conclui no sentido de que:

¹⁹⁴ Conforme exposto pela pesquisa da FGV e CBAr [PESQUISA FGV CBAr 1 p.34]: A relativização do princípio de competência-competência e efeito negativo da cláusula compromissória [...] se verificou perante o TJMG. Em alguns casos, o Judiciário mineiro avocou para si a apreciação da cláusula compromissória, em seus termos e limites, como condição prévia à eventual extinção do processo sem julgamento de mérito.

Havendo necessidade de instrução probatória para verificar a extensão ou a invalidade da convenção arbitral, a instalação da arbitragem deve ser decretada e a apreciação desses temas deixada a cargo do juízo arbitral. Caso contrário, a investigação minuciosa da eventual invalidade da convenção arbitral alegada pelo réu acabaria por prejudicar a eficácia da ação do art. 7º, servindo a interesses procrastinatórios e postergando indevidamente a instalação do procedimento arbitral.

É neste sentido, também, a observação da Ministra Nancy Andrighi, em julgamento de Medida Cautelar n. 14.295 - SP, julgado pelo STJ em 2008, conforme segue:

“as questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96. A kompetenz-kompetenz (competência-competência) é um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. [...] Nessas circunstâncias, a jurisdição arbitral não se desloca, pois legalmente é o árbitro quem detém competência para [...] decidir sobre sua própria competência. Essa prioridade não apenas se perfila com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e com a sistemática introduzida pela Lei nº 9.703/96, que se censura atos de protelação ou afastamento do rito arbitral, como também assegura a proposta de tornar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos, limitando a atuação do Poder Judiciário à execução da sentença arbitral”. [STJ. Medida Cautelar nº 14.295 – SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 09.06.2008]

Assim, vemos que há entendimento no sentido de manter a integridade do princípio da “competência-competência” em nossos tribunais. Deste modo, a análise do judiciário quanto à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória – que inclui a análise e interpretação de patologias nas mesmas – deveria ser superficial e *prima facie*, tão-somente para que fosse possibilitada a instauração da arbitragem, para que então, o tribunal arbitral constituído pudesse decidir sobre sua própria competência, aí sim, analisando profundamente o caso concreto em seu mérito.

3.2.2 PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS

Inicia-se aqui a parte final do trabalho, onde serão analisados os princípios interpretativos de que os órgãos competentes para analisar a cláusula patológica podem se valer. Primeiramente, deve-se ter em mente que o consentimento a uma cláusula arbitral reside na intenção comum das partes em submeter disputas advindas entre elas a um ou mais

juízes privados ¹⁹⁵ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §471]. Neste sentido, quando da existência de uma patologia na cláusula compromissória, o órgão competente para interpretá-la, deverá fazê-lo buscando a intenção das partes ¹⁹⁶. Vale ressaltar que a interpretação conforme a vontade das partes já estava consagrada secularmente pelo *ius commune*, sistematizado nas célebres “Doze Regras” de Pothier [1849, p.70], que em sua primeira regra determina que nas convenções o que se deve buscar é a intenção comum das partes contratantes, ao invés do sentido gramatical das palavras: “In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit”.

Cabe referir, ainda, que cláusulas arbitrais são submetidas aos mesmos princípios e regras de interpretação que regem os contratos em geral ¹⁹⁷. Sendo assim, “todas as circunstâncias relevantes devem ser levadas em consideração. Declarações devem ser interpretadas conforme a boa-fé e a conduta das partes deve ser considerada tanto no momento da contratação quanto posteriormente” ¹⁹⁸ [LEW, MISTELLIS, KROLL 2003, p. 150].

Em uma visão doutrinária brasileira sobre o tema da interpretação, vale ressaltar importante passagem da Professora Judith Martins-Costa [2008, p.477], comentando sobre a atividade hermenêutica no Direito:

a interpretação de um texto não diz apenas com o sentido de cada uma das palavras, nem mesmo apenas com a significação a ser atribuída a uma seqüência de palavras e frases, mas à significação dessas palavras e frases a partir de um contexto e das funções que a experiência indica serem atribuíveis ao que o texto descreve ou refere.

¹⁹⁵ Do original: Consent to an arbitration agreement lies in the parties' common intention to submit disputes which have arisen or which may arise between them to one or more private adjudicators.

¹⁹⁶ Neste sentido Lew, Mistellis e Kroll [2003, p. 150]: Invariably, where an issue arises concerning the validity, existence or scope of the arbitration agreement, the court or tribunal will have to interpret the parties' intention. If this is not possible the arbitration agreement may be void for uncertainty or contradiction.

¹⁹⁷ Já Pontes de Miranda [1959, p.375] mencionava o caráter de negócio jurídico do compromisso, que hoje pode ser também aplicado à cláusula compromissória: O compromisso é negócio jurídico de direito material, que se submete aos princípios comuns aos negócios jurídicos, sobre nulidade e anulabilidade e sobre ineficácia. Nas palavras de Selma Lemes [2002, p.8]: [...] cumpre salientar que, além dos princípios específicos de interpretação, às cláusulas arbitrais se aplicam os princípios comuns à interpretação dos contratos.

¹⁹⁸ Do original: Arbitration agreements are in general submitted to the same type of rules of interpretation as all other contracts. All relevant circumstances have to be taken into account. Declarations should be interpreted in good faith and the parties' conduct, both at the same time of contracting and subsequently, considered. If the arbitration agreement is based on the standard conditions of one party the other party can rely on existing uncertainties as to the scope of the arbitration agreement to resist applications for referral to arbitration or to resist court proceedings. Ainda nesse sentido, Fouchard, Gaillard e Goldman [1999 §472]: When determining whether or not the parties actually agreed to submit their disputes to arbitration, arbitrators and the courts apply various principles of interpretation [...]. In the light of these principles, they establish the degree of certainty required for the parties' consent to be effective [...] as well as the scope of that consent [...].

Comentando especificamente sobre a interpretação dos contratos, esclarece a Professora Judith Martins-Costa [2008, p.479] sua visão de que a interpretação contratual não constitui “a busca, *in abstracto*, da reconstrução da vontade (ou intenção) das partes subjetivamente considerada”. Isso porque não entende que “os contratos são frutos da “autonomia da vontade”, mas da autonomia privada, que conota idéia diversa”. Sendo assim, defende tratar-se, “mais propriamente, da busca *in concreto* dessa “comum intenção” a ser capturada segundo certas balizas”. Neste sentido, comenta Marcelo Vicenzi [2007, pp.81-88] que “a orientação interpretativa contratual funda-se na declaração de vontade objetivamente considerada¹⁹⁹, cuja justificação encontra-se na confiança do destinatário e na responsabilidade do declarante, em virtude principalmente da boa-fé”.

Deste modo, conforme se verá, os princípios interpretativos incluem: princípio da interpretação conforme a boa-fé (relacionada aos “usos” e às “circunstâncias do caso”), princípio do efeito útil (ou efetiva interpretação) e princípio da interpretação *contra proferentem*. Podem ser considerados, ainda que não de maneira unânime, os princípios da interpretação restritiva e da interpretação *pro-validate*²⁰⁰.

3.2.2.1 BOA-FÉ

A interpretação da cláusula compromissória deve presumir e atentar à boa-fé das partes, e, conseqüentemente, às suas relações negociais pré-contratuais [LEMES 2002, pp 8-9]. Na visão de Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §477], o princípio da interpretação conforme a boa-fé é o primeiro e mais aceito dentre os princípios interpretativos aplicados a cláusulas arbitrais²⁰¹. Nas suas palavras:

¹⁹⁹ Defende também Vicenzi [2007, p.85] a busca pela intenção comum das partes, alegando que “Onde o critério tem em vista a valorização da intenção comum das partes, em face do sentido literal da linguagem, o que se entende por intenção comum não é a vontade de cada uma das partes [...], mas o acordo de ambas, na medida em que se tornou reconhecível e expresso como declaração de vontade contratual”. Segue o autor, alegando que “tal imposição não exclui o dever de interpretar o texto verbal, ou seja, o dever de garantir a compatibilidade entre comum intenção e sentido da linguagem”[VICENZI 2007, p.85].

²⁰⁰ Neste sentido Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, p.256]: The principles of interpretation applied to arbitration agreements are the same as the general principles frequently adopted with respect to all contracts. They include the principle of interpretation in good faith (A), the principle of effective interpretation (B) and the principle of interpretation *contra proferentem* (C). However, the principles of strict interpretation (D) and of interpretation in *favorem validitatis* (E) should not, in our view, apply

²⁰¹ Do original: The first and most widely accepted principle of interpretation applied to arbitration agreements is the principle of interpretation in good faith.

Este princípio não significa é claro – como por vezes é sugerido – que impugnar a existência ou validade de uma arbitragem é necessariamente um ato de má-fé²⁰². Para que exista má-fé, a existência e validade do acordo no qual uma parte busca descumprimento deve ter sido previamente estabelecida. Em verdade, esta regra de interpretação significa que a real intenção de uma parte deve sempre prevalecer sobre sua intenção declarada, quando ambas não forem a mesma. Um exemplo de má-fé será a conduta de uma parte baseada em um argumento de puro formalismo, totalmente fora de contexto ou claramente contrário à estrutura ou ao objetivo do acordo, na tentativa de evitar obrigações claramente assumidas, mas expressas em termos ambíguos. Assim, “interpretação conforme a boa-fé” é apenas um modo menos técnico de dizer que “quando da interpretação de um contrato, deve-se buscar a intenção comum das partes, em vez de simplesmente se restringir a examinar o significado literal dos termos utilizados”.²⁰³ (grifou-se)

Ainda no entendimento de Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §477], desta ampla “regra de que contratos devem ser interpretados conforme a boa-fé, regras mais específicas de interpretação podem derivar, todas decorrentes da necessidade de se estabelecer a real intenção das partes”²⁰⁴:

Primeiramente, a intenção das partes deve ser examinada em contexto, isto é, levando-se em conta as consequências que as partes razoável e legitimamente previram. Em segundo lugar, a atitude das partes após a assinatura do contrato e até o momento de ocorrida a disputa deve ser levada em conta, já que tal atitude indicará como as partes realmente percebiam o acordo em disputa. Esta regra é por vezes referida como “interpretação prática e quase autêntica” ou “interpretação prática contemporânea” e é comumente aplicada na jurisprudência arbitral. [...] Em terceiro lugar, o acordo deve ser interpretado como um todo.²⁰⁵

²⁰² Neste ponto cabe referir que os autores parecem não se ater à diferenciação entre boa-fé objetiva (*standard* de conduta) e boa-fé subjetiva (estado de fato). Mencionam a expressão “má-fé” como contrária à boa-fé, quando, em rigor, tal expressão seria contrária à boa-fé subjetiva. Para utilizar termo contrário à boa-fé objetiva, dir-se-ia, com maior rigor técnico, “comportamento contrário à boa-fé”. [MARTINS-COSTA 2000, pp.410-427]

²⁰³ Do original: This principle does not of course mean, as is sometimes suggested, that to challenge the existence or validity of an arbitration is necessarily an act of bad faith. In order for there to be bad faith, the existence and validity of the agreement on which a party seeks to renege must have been previously established.(75) In fact, this rule of interpretation means that a party's true intention should always prevail over its declared intention, where the two are not the same. An example of bad faith will be the conduct of a party relying on an argument of pure form, which is wholly out of context or plainly contrary to the structure or the purpose of the agreement, in a bid to evade obligations which it had clearly undertaken to perform but which were expressed in ambiguous terms. Here, “interpretation in good faith” is simply a less technical way of saying that “when interpreting a contract, one must look for the parties' common intention, rather than simply restricting oneself to examining the literal meaning of the terms used.”

²⁰⁴ Do original: From this broad rule that contracts must be interpreted in good faith, more specific rules of interpretation can be derived, all of which stem from the need to establish the actual intention of the parties.

²⁰⁵ Do original: First, the intention of the parties must be examined in context, that is to say, by taking into account the consequences which the parties reasonably and legitimately envisaged. Second, the attitude of the parties after the signature of the contract and up until the time when the dispute arose should be taken into account, as that attitude will indicate how the parties themselves actually perceived the agreements in dispute. This rule is sometimes referred to as “practical and quasi-authentic interpretation” or “contemporary practical interpretation” and is commonly applied in arbitral case law. In particular, recognition of the existence of an arbitration agreement will often result from a party initially relying on the existence of that agreement to avoid the jurisdiction of the courts, but subsequently denying its existence or validity before an arbitral tribunal. Third and finally, the agreement must be interpreted as a whole.

Analisando a aplicação do princípio ao caso concreto, Lew, Mistelis e Kröll [2003, p.153] comentam que “há uma forte tendência a favorecer uma interpretação ampla da cláusula arbitral”. Tal ideia estaria em consonância com o princípio geral de interpretação alegado pelo ICSID (International Centre for Settlement of Investment Dispute) no caso *Amco v. Indonésia*, segundo o qual “qualquer convenção, incluídas as convenções arbitrais [da qual cláusula arbitral é espécie], devem ser construídas conforme a boa-fé”²⁰⁶. Vale ressaltar, ainda, caso julgado pelo Tribunal Federal Suíço em 2013 comentado por Natália Mizrahi Lamas [Mizrahi Lamas 2013, p.121] nos seguintes termos:

A corte suíça registra que o juiz, diante de uma divergência sobre interpretação contratual, precisa procurar a real e comum intenção das partes [...]. Afirmou que se a vontade efetiva não pode ser suficientemente estabelecida ou se uma parte não compreendeu a vontade real exprimida pela outra, o juiz buscará o senso que elas poderiam e deveriam dar, segundo as regras de boa-fé, às manifestações da vontade recíproca, aplicando-se, portanto, o princípio da confiança. Essa interpretação objetiva centra-se no direito e se efetua não somente em razão do texto e do contexto das declarações, mas igualmente à vista das circunstâncias que acompanham a conclusão do texto [...].

Comenta a autora [Mizrahi Lamas 2013, p.121] que tal princípio da confiança não é novo na jurisprudência relacionada à arbitragem. “Trata-se, em verdade, de uma posição reiterada que pode ser aplicada a diversos comportamentos das partes desde a negociação da cláusula compromissória até o curso do procedimento arbitral”. Em julgado comentado por Kahn [1981, pp.18-19], foi dito que se deve interpretar a vontade das partes, bem como seu comportamento, a partir de suas escritas e em função dos princípios gerais de direito que devem reger as transações comerciais internacionais, dentre os quais se encontra o dever de interpretação das convenções (da qual a cláusula arbitral é espécie) conforme a boa-fé²⁰⁷.

Ainda a respeito de jurisprudência comparada, Selma Lemes traz passagem do autor Matthieu de Boissésou, que:

²⁰⁶ Do original: Accordingly there is a strong tendency to favor a broad interpretation of arbitration clauses. This is in line with the general principle of interpretation stated by the ICSID tribunal in *Amco v Indonesia* that “any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of their commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged”.

²⁰⁷ Do original: [...] ans une affaire où les parties n'avaient pas rédigé de contrat formel l'arbitre saisi du différend a longuement développé comment il concevait les rapports entre les parties. D'après lui il convenait d'interpréter leur volonté et leurs engagements à partir de leurs écrits en fonction des principes généraux du droit et de l'équité qui doivent régir les transactions commerciales internationales et il a reconnu l'existence des règles suivantes: toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques; les conventions doivent s'interpréter de bonne foi, chaque partie ayant l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puisse lui nuire; les parties, professionnelles, doivent faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts.

“fundamentando-se também no princípio da boa-fé ressalta, que o Tribunal de Grande Instância de Paris em decisão prolatada em 1o de fevereiro de 1979, decidiu que uma parte não pode se prevalecer de uma ambigüidade ou contradição da cláusula compromissória que ela mesmo redigiu. Assim, comenta o jurista francês, que se impõe o cuidado de exigir, particularmente do contratante “dominante” uma atitude de boa-fé²⁰⁸”.

Em uma análise deste princípio sob a ótica brasileira, temos a introdução na Parte Geral do novo Código Civil (de 2002) do “conceito de boa-fé objetiva como cláusula geral para efeito de interpretação dos negócios jurídicos²⁰⁹ e na Parte Especial com relação ao direito das obrigações, mais especificamente com os contratos²¹⁰” [MOREIRA ALVES 1999, p.5-15]. Comentando acerca dos princípios contratuais trazidos pelo novo Código Civil, a Professora Judith Martins-Costa [2008, p.488] apresenta “os princípios da hermenêutica contratual, que se dirigem *imediatamente* ao intérprete”. Dentre estes princípios se encontra o da confiança legítima, que por sua vez, “é a matriz do princípio hermenêutico da boa-fé que importa em interpretar e integrar os contratos segundo os valores da legítima crença e da conduta proba, correta e leal” [MARTINS-COSTA 2008, p.489].

Analisando especificamente a boa-fé como comando hermenêutico e integrativo do contrato, a autora (em outra obra) [MARTINS-COSTA 2010, p.411] chama atenção ao fato de o artigo 113 “vir posto na Parte Geral como cânone de interpretação de *quaisquer* negócios jurídicos” e, além disso, justamente por estar inserido na Parte Geral, demonstra “a valência própria da boa-fé como critério hermenêutico integrativo”. Vale ressaltar que tal entendimento já era exposto ainda antes da entrada em vigor do novo Código Civil, quando Couto e Silva [2006, p.35] mencionava não se poder “recusar a existência de relação entre hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé”. Comentando o autor, Judith Martins-Costa [2000, p.429] aprofunda o tema definindo que a boa-fé atua não “apenas como recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das partes: também a integração das lacunas a ela se liga”. E vai além, alegando que a boa-fé objetiva “é noção técnico-operativa que se especifica”, no campo de sua função integrativa, “*como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não*

²⁰⁸ Ressalta-se que o autor aparentemente não distingue entre boa-fé objetiva e subjetiva, ainda que a expressão “atitude de boa-fé” pareça remeter à boa-fé subjetiva.

²⁰⁹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²¹⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para a qual foi criado” [MARTINS-COSTA 2000, p.437].

Vale mencionar, ainda, as anotações de Marcelo Vicenzi [2007, p.89] ao comentar que a boa-fé, considerada em relação à interpretação dos contratos, “impõe deveres de proteção aos legítimos interesses e expectativas criadas, garantindo, precisamente, a legítima confiança suscitada em qualquer das partes face ao objetivo significado do acordo”. Continua o autor [VICENZI 2007, p.91]:

Na aplicação de tal critério, o intérprete deve ajustar a interpretação do contrato ao significado que as partes, com relação às concretas circunstâncias, podiam ou deviam razoavelmente compreender, o que se justifica face à necessidade de proteção das legítimas expectativas de cada um dos contratantes e da consequente segurança do tráfico. A legítima confiança das partes se determina em relação a quanto à outra tenha dado a entender mediante a própria manifestação de vontade e seu próprio comportamento, somado às circunstâncias e valorado segundo uma medida de normal diligência. Nestes termos, a boa-fé, como critério objetivo de interpretação, deve ser aplicada não já simplesmente segundo o sentido literal da linguagem, mas segundo o espírito do acordo firmado, de modo a permitir que o contrato atinja a finalidade para a qual foi criado.

Deste modo, analisando a importância do comportamento das partes [VICENZI 2007, pp.92-98], alega que o “critério interpretativo da boa-fé torna imperativo uma pesquisa do significado do acordo na sua totalidade, do que resulta o exame também daquilo que as partes disseram e fizeram antes e depois da declaração de vontade conclusiva” [VICENZI 2007, p.92].

Ademais, comenta a Professora Judith Martins-Costa [2010, p.413] que “a função integrativa [esta que está amarrada à “causa” concreta do contrato] não está afastada da consideração dos usos, também aludidos no artigo 113, que coliga a boa-fé e os “usos do lugar da contratação do negócio””. O artigo 113, nas palavras da autora:

direciona aos usos como critério hermenêutico. Abrange, assim, aqueles elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial; as práticas comerciais de um determinado setor; cláusulas habitualmente utilizadas em determinados setores da economia ou “ramos do comércio” ou por categorias profissionais”. Coligados à boa-fé subjetiva (de quem “acreditou” no *id quod plerunque accidit*) e à boa-fé objetiva (como *standard* de conduta leal) os usos terão, na acepção do art. 113, função integrativa da *fattispecie* contratual, não apenas para colmatação de lacunas, [...] além da própria função propriamente interpretativa.

A fim de guiar a maneira como a interpretação deve ser feita, a autora [MARTINS-COSTA 2008, p.491] traz a lição acerca dos postulados normativos, mais especificamente do

postulado das “circunstâncias do caso” ²¹¹. Em sua visão, tais circunstâncias “formam o contexto da declaração permitindo detectar, com caráter de objetividade, a “intenção *consubstanciada* na declaração” (art. 112 ²¹², in fine)”. O referido postulado “implica na consideração do *inteiro comportamento dos contraentes*”, avaliando, ainda, os efeitos provocados por tal comportamento, considerando tanto a conduta anterior à conclusão do negócio, quanto a posterior, “por conta do princípio da confiança” ²¹³. Desta forma, configura-se, “em termos de ciência jurídica, a adstrição a um princípio objetivo, mas sujeito à determinação no caso, isto é, sujeito à concretização”. [MARTINS-COSTA 2008, pp.494-495].

Assim sendo, temos que, por caracterizar a cláusula compromissória verdadeiro negócio jurídico (como se viu), é de ser interpretada à luz dos princípios interpretativos em geral e principalmente do princípio hermenêutico e integrativo da boa-fé. Deste modo, na existência de patologia, o intérprete poderá se valer do referido princípio – juntamente com os “usos” e aplicando ao caso concreto por meio do postulado das “circunstâncias do caso” – a fim de sanar as eventuais lacunas e integrar o real sentido da cláusula, permitindo, assim, que esta atinja a finalidade para a qual foi criada: instituir a arbitragem.

Analisando-se a aplicação deste princípio em nossos tribunais, Selma Lemes [2002, p.9] comenta decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo no acórdão em Agravo de Instrumento n.124.217/0, julgado em 16.09.99, como voto vencedor do Des. SILVEIRA NETTO:

diante da existência de cláusula arbitral ambígua ou contraditória deve ser pesquisada a real intenção das partes, ou seja, verificar o que os contratantes almejavam ao estabelecer a cláusula compromissória, para tanto, pode ser considerado tanto o comportamento conjunto anterior como o posterior à conclusão do contrato.

²¹¹ Segundo a Professora Judith Martins-Costa [2008, p.494]: O exame das “circunstâncias do caso” implica na consideração do *inteiro comportamento dos contraentes* avaliando-se inclusive *efeitos* que o comportamento negocial provoca na esfera jurídica alheia, concretamente considerada, seja a conduta anterior à conclusão do negócio, seja a posterior, por conta do *princípio da confiança*. É também importante atentar para outros atos, atividades, comportamentos ou circunstâncias que tenham *conexão finalística* com o negócio, considerado em sua funcionalidade econômico-social (*princípio da utilidade*).

²¹² Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

²¹³ Isso ocorre, pois, na visão da autora, o novo Código Civil teria acolhido a teoria da confiança, ou seja, “ao modificar o teor do art. 85 [Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem] do Código de 1916 e introduzir no art. 112, que lhe corresponde, a expressão “intenção nelas consubstanciada” (referindo-se às declarações de vontade negocial) o Código de 2002 não acolheu nem a teoria da vontade nem a teoria da declaração, mas a teoria da confiança que decorre de um amoldamento conferido à teoria da declaração”. [MARTINS-COSTA 2008, p.494]

Outro importante precedente que comenta o princípio da boa-fé, mais relacionado com a conduta das partes, é o caso Daiby S.A v. Unibanco (julgado em 26.11.2008 pelo TJRS, Relator Dr. Niwton Carpes da Silva) que mencionou cumprir “trazer à baila o princípio da boa-fé que rege as relações obrigacionais entre as partes. Portanto, sendo a cláusula compromissória, de natureza contratual, o art. 422 do Código Civil se aplica integralmente”. Conforme exposto no julgamento:

Assim, surgindo a controvérsia, as partes deverão agir de acordo com o que convencionaram e tomem todas as providências necessárias para instaurar o procedimento arbitral, destinando a solução à-la [...]. Somado a isso, cumpre referir que a escolha pela arbitragem como meio de solução de controvérsias é um elemento integrante da equação econômica do negócio jurídico, devendo-se, portanto, prestigiá-la sob pena de se alterar essa equação.

Por fim, cabe referir novamente o pioneiro autor Eisemann [1974, p.143], que, ao comentar sobre cláusulas patológicas, especialmente aquelas com ambiguidades, menciona que a boa-fé das partes, auxiliada pela interpretação eventualmente dada pelos árbitros, normalmente mitiga dificuldades. Infelizmente, no entanto, ainda que seja frequente, a boa-fé não ocorre sempre, de modo que será a cláusula arbitral bem redigida que dará garantia contra eventual comportamento contrário à boa-fé de uma parte ²¹⁴. Tal observação nos permite passar ao segundo princípio interpretativo, que trata justamente da tentativa de se outorgar efeito útil à cláusula patológica, a fim de que esta possa ser sanada e a arbitragem instaurada.

3.2.2.2 EFEITO ÚTIL

A interpretação segundo o efeito útil já estava presente nas mencionadas “Doze Regras” de Pothier [1849, p.71], segundo as quais (na regra segunda) se há de interpretar um contrato conforme o sentido que lhe dê efeito: “Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de qua agitur in tuto sit”.

Tido como regra de “*common-sense*”, o princípio da interpretação efetiva²¹⁵, aplicado às cláusulas arbitrais, dita que “na dúvida, deve-se preferir a interpretação que dê significado às

²¹⁴ Do original: La bonne foi des parties, aidées par l'interprétation que donnera éventuellement [...] les arbitres eux-mêmes, aplanira bien souvent des difficultés. Malheureusement, la bonne foi si elle est fréquente n'est pas toujours de règle, et le propre d'une clause d'arbitrage bien rédigée est de donner toute garantie contre l'éventuelle mauvaise foi d'une partie.

²¹⁵ Para Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, p.258 §478]: This principle is inspired by provisions such as Article 1157 of the French Civil Code, according to which “where a clause can be interpreted in two different ways, the interpretation enabling the clause to be effective should be adopted in preference to that which

palavras, ao invés daquela que as torne sem utilidade ou sem sentido” [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999, p.258 §478]. Tal princípio é “amplamente aceito não apenas pelas cortes, mas também pelos árbitros que prontamente reconheceram se tratar de uma regra de interpretação universalmente aceita” ²¹⁶. Greenberg, Kee e Weeramantry [2011, p.199] alegam que a aplicação deste princípio é a tendência moderna em arbitragem internacional, favorecendo a arbitragem e dando sentido e efeito à cláusula, mesmo que esta seja, a princípio, potencialmente patológica. Assim, os defeitos em muitas cláusulas arbitrais são superados e a arbitragem prossegue ²¹⁷.

Kahn [1981, p.18-19], por sua vez, comenta que o princípio do efeito útil (“*effect utile*”) – ou da interpretação efetiva – é um dos grandes princípios utilizados em matéria de interpretação, derivados da tradição europeia, sendo considerado como a expressão de uma verdade universal, uma vez que reflete certa lógica. Em sua visão, tal princípio dita que, na presença de duas interpretações diferentes de termos do contrato, se prefere aquele que conserva às palavras um certo alcance ²¹⁸.

Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §478] apresentam como exemplo de aplicação desse princípio, um tribunal arbitral interpretando uma cláusula patológica e alegando que: quando inserida uma cláusula arbitral em seu contrato, a intenção das partes deve ser presumidamente a de quererem estabelecer um maquinário eficaz para a solução de disputas cobertas pela cláusula arbitral ²¹⁹. Harb [2007, p.2] comenta interessante caso em que as partes indicavam duas instituições arbitrais para solucionar suas disputas. Ao submeter a questão à Corte de Apelação, esta sustentou que não seria possível interpretar a comum

prevents the clause from being effective.” Também Greenberg, Kee e Weeramantry [2011, p.199]: The French phrase for this approach is often used – “*effet utile*” (effective interpretation).

²¹⁶ Do original: This common-sense rule whereby, if in doubt, one should “prefer the interpretation which gives meaning to the words, rather than that which renders them useless or nonsensical,” is widely accepted not only by the courts but also by arbitrators who readily acknowledge it to be a “universally recognized rule of interpretation.”

²¹⁷ Do original: The modern trend in international arbitration law is to apply an interpretation that favours arbitration and gives meaning and effect to the clause, even if an arbitration agreement is at first blush potentially pathological. [...] As a consequence of this approach to interpretation, the defects in many arbitration clauses are overcome and the arbitration proceeds. [GREENBERG, KEE, WEERAMANTRY 2011, p.199]

²¹⁸ Do original: On peut d'ailleurs distinguer deux grands groupes de principes qui sont utilisés en matière d'interprétation tels qu'ils sont issus de la tradition européenne et ils sont considérés comme exprimant une vérité universelle parce qu'ils reflètent une certaine logique: principe de l'effet utile qui veut qu'en présence de deux interprétations différentes de termes du contrat on préfère celle qui conserve aux mots une certaine portée, principe de l'identité de sens des mêmes mots dans un même article [...].

²¹⁹ Do original: To give just one example of the application of this principle, an arbitral tribunal interpreting a pathological clause held that: when inserting an arbitration clause in their contract the intention of the parties must be presumed to have been willing to establish an effective machinery for the settlement of disputes covered by the arbitration clause. Neste sentido e comentando esta mesma passagem, Born [2012, pp.4-5]: As with indefinite or ambiguous clauses, tribunals and courts have generally found ways to enforce these provisions, either by deleting language as surplusage or by reconciling inconsistent terms through liberal interpretation.

intenção das partes quando há indicação de duas instituições diferentes e, portanto, a cláusula seria contraditória e inválida. No entanto, a Suprema Corte reverteu a decisão e confirmou que “sempre que as partes expressam seu desejo de ter suas disputas solucionadas por arbitragem, tal intenção comum deve ser respeitada” ²²⁰. Acrescenta o autor [HARB 2007, p.3] tratar-se de entendimento constante que “sempre que as partes tenham claramente expressado sua intenção comum de referir qualquer disputa futura à arbitragem ao invés de a cortes estatais, tal intenção comum deve ser respeitada e litígios judiciais evitados” ²²¹.

Born [2012, p.4], por sua vez, analisando as cláusulas arbitrais indefinidas ²²², comenta que as cortes nacionais e tribunais arbitrais geralmente buscam dar efeito a tais cláusulas, alegando que apenas o requisito essencial de um “acordo para arbitrar” é necessário, de modo que termos incidentais serão implícitos ou fornecidos pela lei nacional. Menciona exemplo em que uma corte se refere a um “princípio geral de que Cortes devem manter a arbitragem, buscando dar efeito à intenção das partes em submeter disputas à arbitragem, e não permitir que inconsistências ou incertezas na redação ou operação da cláusula arbitral frustrem tal intenção” ²²³.

Analisando a atuação da Corte de Arbitragem Internacional da CCI, Derains e Schwartz [2005, pp.34-35] mencionam que, ao permitir o prosseguimento de arbitragens

²²⁰ Do original: Recently, a Court of Appeal held that it was not possible to interpret the common intent of the parties where the contract referred disputes to two different arbitration institutions. In this case, the first paragraph of the arbitration clause referred the disputes to the "*Association Française d'Arbitrage*", while the second paragraph of the same clause designated the "*Chambre Internationale de Commerce de Paris*". In February 2006, the Court of Appeal held that since the arbitration agreement referred expressly to two arbitration institutions, the arbitration clause is contradictory and thus invalid. One year later, the Supreme Court have fortunately reversed the decision of the Court of Appeal by considering that the Court of Appeal failed to find that there is an absence of agreement between the parties to refer their disputes to arbitration. Hence, the Supreme Court took this opportunity to confirm once again that whenever the parties have expressed their wish to have their disputes settled by arbitration, such common intention must be respected. [Cass. 1^{re} Civ., 20 February 2007, N° 06-14.107]

²²¹ Do original: [...] it is constant now that whenever the parties have clearly expressed their common intention of referring any future dispute to arbitration rather than to state courts, such common intention should be respected and judicial litigation avoided.

²²² Analisa, ainda, cláusulas com redação ambígua [BORN 2012, p.5]: Most courts and arbitral tribunals treat even ambiguously-drafted provisions as “mandatory,” thereby either obliging parties to submit their disputes to arbitration (and to refrain from litigation of arbitrable disputes) or granting either party the option to initiate arbitration (such that, if the option is exercised by either party, both parties are then bound to arbitrate). The basis for this conclusion is that it would make little sense for parties to agree to optional arbitration in an entirely non-mandatory sense, leaving both parties free to decide when disputes arise whether or not they wish to arbitrate.

²²³ Do original: Parties frequently draft arbitration agreements that lack specificity (for example, agreeing on “Arbitration – New York”). National courts and arbitral tribunals generally seek to give effect to arbitration agreements lacking specificity, holding that only the essential requirement of an agreement to arbitrate is required, with incidental terms either being implied or provided by national law. For example, one court cited the “general principle that Courts should uphold arbitration, by striving to give effect to the intention of parties to submit disputes to arbitration, and not allow any inconsistencies or uncertainties in the wording or operation of the arbitration clause to thwart that intention.”

baseadas em cláusulas patológicas, a análise da Corte foi além das precisas palavras usadas pelas partes, a fim de determinar se sua intenção era a de referir suas disputas à CCI²²⁴. Mesmo quando a instituição indicada na cláusula arbitral é tida como não existente²²⁵, a posição da Corte tem sido inquestionavelmente influenciada por uma tendência em favor a conferir a maior eficácia possível à cláusula arbitral. Deste modo, permite que questionamentos quanto à jurisdição sejam remetidos aos árbitros ao invés de ao judiciário, ao menos em um primeiro momento. Mencionam, por fim, que esta abordagem tem sido consistente com a atitude das cortes francesas²²⁶.

Passando a uma visão doutrinária brasileira do “princípio de interpretação da cláusula arbitral patológica consoante seu efeito útil”, temos lição da Selma Lemes [2002, p.12] no sentido de ser este “universalmente aceito e aplicado na jurisprudência arbitral, representando antes de tudo regra de bom senso”. Em suas palavras, “a interpretação consoante o efeito útil significa que devemos supor que os redatores de uma cláusula arbitral tinham a intenção de outorgar-lhe um significado real e possível de operacionalização” [LEMES 2002, p.13].

²²⁴ Do original: In allowing the arbitration to proceed [...], the ICC Court looked beyond the precise words used by the parties in order to determine whether it might have been their intention to refer to the ICC. Seguindo essa passagem, os autores mencionam que: Two factors, in particular, have weighed very heavily in the Court's approach to this question. First, where the parties involved have been of different nationalities with no connection to the place specified in the arbitration clause, the Court has tended to assume that it must have been their wish to refer their disputes to an institution used primarily for international, as opposed to domestic, arbitration. Second, and more important, the Court has considered in each case whether there might be an arbitral institution, other than the ICC Court, to which the parties might have intended to refer. In the absence of another institution to which the clause could clearly be said to relate, the Court has tended to prefer to allow the question of the clause's proper construction, if this is disputed, to be referred to an Arbitral Tribunal rather than refuse the arbitration from the outset.

²²⁵ Analisando o comportamento das cortes nacionais e tribunais arbitrais em geral, quando da referência à instituições inexistentes, Born [2012, p.4] alega que: National courts and arbitral tribunals have also generally upheld arbitration clauses that refer to non-existent arbitral institutions or appointing authorities (e.g., referring to an institution that has never existed, such as the “Transnational Arbitration Institute”). Some authorities have deleted references to non-existent entities as surplusage, while others have sought to correct or supplement inaccurate references. In the words of one court: “an agreement on a non-existent arbitration forum is the equivalent of an agreement to arbitrate which does not specify a forum; since the parties had the intent to arbitrate even in the absence of a properly designated forum.” Alternatively, a Swiss arbitral tribunal construed a reference to the “international trade association organization in Zurich” (there is none) to mean arbitration under the Zurich Chamber of Commerce International Arbitration Rules. A related set of problems concerns arbitration clauses that select arbitral institutions that once existed, but have ceased operations; that select arbitrators who once were competent, but have since become incapacitated or passed away; or that select appointing authorities which refuse to fulfill the contemplated functions. Again, most courts endeavor to preserve the parties' basic agreement to arbitrate, even if the particular mechanics that they have chosen to implement this agreement cannot function or cannot function as intended.

²²⁶ Do original: [...] the Court's position has unquestionably been influenced, in such cases, by a bias in favour of giving the greatest possible efficacy to the arbitration clause and, thus, allowing disputed issues relating to jurisdiction to be referred to arbitrators rather than the courts, at least in the first instance, except where it is evident that there was no intention to refer in the clause to the ICC. Such an approach has, moreover, been generally consistent with the attitude of the French courts.

Analisando o comportamento dos nossos tribunais em relação ao referido princípio, temos os comentários de Batista Lopes [2011, p.103], ao importante e já mencionado acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 113.260-SP, no sentido de que:

Mesmo que não seja possível interpretar, com razoável certeza, qual teria sido a câmara escolhida, esse conteúdo mínimo da declaração de vontade está presente e ele é suficiente para configurar uma cláusula compromissória vazia. O reconhecimento desse efeito à cláusula patológica não interpretável se impõe não só por aplicação do princípio do efeito útil da convenção de arbitragem, como também por aplicação da parêmia *utile per inutile non vitiatur*, que é consequência do princípio da conservação do negócio jurídico e está prevista no art. 184²²⁷ do Código Civil. [LOPES 2011, p.103]

Percebe-se, por fim, a ampla utilização do princípio analisado. Nas palavras de Selma Lemes [2002, p.13] tanto “a jurisprudência dos Tribunais como a originária da instância arbitral é fértil em reconhecer e aplicar o preceito da interpretação consoante o efeito útil”.

3.2.2.3 CONTRA PROFERENTEM

O princípio “contra proferentem” se encontra igualmente consagrado nas “Doze Regras” de Pothier [1849, p.74] e dita que, na dúvida, uma cláusula deve ser interpretada contra aquele que a tenha estipulado, em descargo daquele que contraiu a obrigação: “In stipulationibus cum quaritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt. Fere secundum promissorem interpretamur”. Tal regra também é contemplada nos Princípios UNIDROIT, em seu artigo 4.6 [2010, p.144], que menciona que caso os termos de um contrato propostos por uma parte não sejam claros, é preferida uma interpretação contra tal parte²²⁸.

²²⁷ Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

²²⁸ Article 4.6 (Contra proferentem rule) If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred. Conforme os comentários da própria UNIDROIT [2010 p,144]: A party may be responsible for the formulation of a particular contract term, either because that party has drafted it or otherwise supplied it, for example, by using standard terms prepared by others. Such a party should bear the risk of possible lack of clarity of the formulation chosen. It is for this reason that the present article states that if contract terms supplied by one party are unclear, there is a preference for their interpretation against that party. The extent to which this rule applies will depend on the circumstances of the case; the less the contract term in question was the subject of further negotiations between the parties, the greater the justification for interpreting it against the party who included it in the contract.

Este princípio é tido por Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §479] como terceiro maior princípio de interpretação, menos encontrado na jurisprudência arbitral, mas amplamente reconhecido no direito comparado. Trata-se de princípio que dita que o acordo deve ser interpretado contra a parte que redigiu a cláusula em disputa ²²⁹. Neste sentido, é comum que uma parte tenha simplesmente assinado documentos redigidos pela outra parte e que posteriormente surja a questão de se as várias disposições do contrato constituiriam uma convenção arbitral ou, mais comumente, qual seria o escopo de tal convenção. Nesses casos, é perfeitamente razoável que a parte responsável pela redação do texto ambíguo ou obscuro não possa se valer do mesmo e, conseqüentemente, a convenção deve ser interpretada *contra proferentem* ²³⁰ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §479].

3.2.2.4 RESTRITIVO

Ainda que existam algumas decisões baseadas no entendimento de que a convenção arbitral (da qual a cláusula arbitral é espécie, conforme já visto) deve ser interpretada “restritivamente”, tal ideia não parece a mais acertada, sendo inclusive rejeitada em âmbito de arbitragens internacionais ²³¹. Caso este princípio fosse tido como aceito, seria preferível dizer que a convenção arbitral deve ser interpretada “estritamente” ²³², no sentido de que a tarefa atribuída à arbitragem deve limitar-se a seguir as intenções claramente expressas das partes ²³³ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §480].

A ideia que embasa este princípio é a de que uma “convenção arbitral constitui uma exceção ao princípio da *jurisdição estatal* e que, como leis de exceção são interpretadas de

²²⁹ Do original: The third major principle of interpretation, less frequently encountered in arbitral case law but widely recognized in comparative law, is the principle that the agreement should be interpreted *contra proferentem*, or against the party that drafted the clause in dispute.

²³⁰ Do original: On the other hand, it is not unusual to find that one party has simply signed contractual "259" documents drafted by the other party, and that a question has subsequently arisen as to whether various provisions of that contract constitute an arbitration agreement or, more commonly, as to the scope of that arbitration agreement. In such cases, it is perfectly reasonable that the party responsible for drafting the ambiguous or obscure text should not be entitled to rely on that ambiguity or obscurity (in claiming, for example, that a particular disputed matter is not covered) and that, consequently, the agreement should be interpreted *contra proferentem*.

²³¹ Neste sentido, Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §480]: Some decisions are still based on the idea that an arbitration agreement should be interpreted “restrictively.” [...] this principle is generally rejected in international arbitration

²³² Conforme leciona Selma Lemes [2002, p.15]: A interpretação é estrita quando é rigorosa e exata, atenta ao teor literal, não comportando extensão ou analogia; por sua vez a interpretação é restritiva quando se mantém dentro de certos limites; é reduzida

²³³ Do original: Even if one were to accept this principle, it would be preferable to say that the agreement should be interpreted “strictly,” in the sense that the task conferred on the arbitrators should be confined to following the clearly expressed intentions of the parties.

forma estrita, o mesmo deve se aplicar às convenções arbitrais” [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §480]. Esta visão, no entanto, não é consistente com o fato de que a arbitragem é hoje unanimemente considerada como um meio normal de solução de disputas, ao menos a âmbito internacional ²³⁴.

Tal entendimento contrário à interpretação restritiva tem sido frequentemente confirmado pela jurisprudência arbitral. Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §480] comentam a decisão do caso *Amco v. Indonésia*, já referido quando analisávamos o princípio da boa-fé, que consagra o princípio em termos gerais, colacionando o trecho reproduzido abaixo:

Como qualquer outra convenção, a convenção arbitral não deve ser interpretada restritivamente, tampouco ampla ou livremente, mas sim de um modo que leve a descobrir e respeitar a comum intenção das partes: tal método interpretativo é nada menos que a aplicação do princípio fundamental *pacta sunt servanda*, um princípio comum a todos os sistemas de direito interno e internacional ²³⁵.

Deste modo, fica clara a necessidade de se ter cuidado na aplicação do princípio da interpretação restritiva, já que quando tratamos de arbitragem e cláusulas patológicas, a busca principal no momento da interpretação deve ser pela intenção comum das partes.

3.2.2.5 PRO-VALIDATE

Tem-se como igualmente inapropriado recorrer ao princípio geral de interpretação “in favorem validitatis”, segundo o qual convenções arbitrais devem ser interpretados extensivamente ²³⁶. Para Selma Lemes [2002, p.20] tal princípio “encontra-se albergado na

²³⁴ Do original: It is based on the idea that an arbitration agreement constitutes an exception to the principle of the jurisdiction of the courts, and that, as laws of exception are strictly interpreted, the same should apply to arbitration agreements. This view is not consistent with the fact that arbitration is now unanimously considered to be a normal means of settling international disputes.

²³⁵ Do original: This has been frequently confirmed in arbitral case law. For example, the Decision on Jurisdiction rendered in the *Amco* arbitration sets out the principle in general terms: *like any other convention, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle pacta sunt servanda, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law.*

²³⁶ Do original: It is equally inappropriate to resort to a general principle of interpretation in *favorem validitatis* or in *favorem jurisdictionis*, whereby arbitration agreements are to be interpreted extensively. Ainda neste sentido: Although it is true that arbitration is now a normal means of resolving disputes in international trade, and that arbitration agreements should therefore not be interpreted “restrictively” or “strictly,” it remains perfectly legitimate to choose to have one’s international disputes settled by the courts. Consequently, and in contrast to

doutrina e jurisprudência como princípio auxiliar aos demais princípios, mas que não deve isoladamente ser aplicado”. Da mesma maneira que não se deve utilizar uma interpretação restritiva, também “a mera alegação que uma convenção arbitral existe não pode gerar a presunção de que tal alegação é bem fundamentada apenas com base no princípio em *favorem validitatis*”²³⁷ [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §481]. Assim, Fouchard, Gaillard e Goldman [1999, §482] comentam que a jurisprudência arbitral mostra que a busca tanto dos árbitros quanto do judiciário é a de dar total efeito à intenção das partes de submeter suas disputas à arbitragem²³⁸.

statutory interpretation, there is no place here for the logic of principle and exception [FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN 1999 §481].

²³⁷ Do original: A mere allegation that an arbitration agreement exists will not raise a presumption that the allegation is well-founded by virtue of a supposed principle of *favorem validitatis*.

²³⁸ Do original: Case law shows that the primary concern shared by both arbitrators and the courts is to give full effect to the parties' intention to refer their disputes to arbitration. This is true of both the degree of certainty required of the consent given by the parties and its scope.

4 CONCLUSÃO

Conforme se procurou demonstrar, é evidente a importância de uma cláusula arbitral bem redigida para que as partes possam usufruir da técnica de resolução de controvérsias eleita no momento da contratação: a arbitragem²³⁹. Por outro lado, uma cláusula arbitral que apresente patologias, trará inúmeras desvantagens às partes, exatamente no momento em que já estarão em disputa. É neste sentido a opinião de Carmona [2009, p.156]:

As cláusulas compromissórias vazias ou incompletas, já se percebe, poderão causar às partes aborrecimentos e dissabores, eis que o dissenso quanto à instituição do juízo arbitral as levará às barras dos tribunais antes mesmo de iniciarem o processo (arbitral) para a solução do conflito de interesses. Tal situação – em tudo e por tudo desastrosa – somente ocorrerá em caso de inabilidade dos contratantes ao redigirem a cláusula compromissória. Prevendo as vicissitudes pelas quais poderão passar, as partes devem desde logo escolher a melhor forma de constituir o tribunal arbitral para a eventualidade de surgir litígio, discutindo os respectivos detalhes **antes** de instaurar-se a contenda. Se não tomarem esta providência, redigindo a cláusula completa e bem estruturada. Espera-se pelo menos que os contratantes tenham cuidado de estabelecer o mecanismo de nomeação do árbitro (ou dos árbitros), o que pode fazer com que se supere a intervenção judiciária de que trata o art. 7º.

Neste mesmo sentido, também, é a posição de Wilske e Lo [2012, p.9]:

The question whether international arbitration is suffering from a perceived lack of time and cost efficiency has continuously been asked in the last years and will continue to be asked in the future. Unfortunately, cases like this one will contribute to further complaints. The irony, however, is that with the smart investment of a little time of a lawyer experienced in the mechanics of a dispute resolution clause and trained in the sensitivities of translations, both parties could have spared considerable time and money. Accordingly it is - at least in this case - not the institution “international arbitration” that should be blamed for the protracted proceedings but a lack of awareness and false economy of trying to save costs at the wrong spot. The Chinese proverb “to save a little only to lose a lot” perhaps best describes such an imprudent approach.

²³⁹ Nas palavras de Born [2012, pp.2-3]: The essential core of an arbitration agreement is simple: it consists of nothing more than an obligation to resolve certain disputes with another party by “arbitration” and the right to demand that such disputes be resolved in this fashion.

Igualmente na França, a preocupação com a correta e atenta redação da cláusula arbitral toma porte entre os atuantes no ramo da arbitragem, como bem aponta HARB, associado sênior da Backer & McKenzie de Paris:

Although the approach of the French courts is invariably to interpret pathological arbitration clauses so as to render them effective if at all possible, considerable delays can be avoided if in the negotiation of an international contract the arbitration clause receives the attention it deserves in view of both its fundamental effect, the exclusion of the jurisdiction of State courts and the advantages traditionally ascribed to this method of dispute settlement in cross-border economic relations. [HARB 2007, p.4]

No entanto, conforme visto, a existência de cláusulas compromissórias patológicas é sim recorrente na prática arbitral e deve, portanto, ser enfrentada de maneira positiva. Isto é dizer que, tendo em vista a consolidação da arbitragem internacional e o crescimento em âmbito nacional, é de se preservar a comum intenção das partes de valerem-se desta técnica, mesmo diante de uma cláusula patológica, contanto que ao menos tal intenção esteja clara.

Neste sentido, diante de uma cláusula patológica, há a necessidade de dar validade à vontade das partes de instituir arbitragem. Para isso, é preciso que as partes saibam acionar o órgão certo, a fim de que este efetue a busca da comum intenção das partes por meio dos princípios interpretação apresentados.

Importante ressaltar como os tribunais têm analisado cláusulas compromissórias, principalmente quanto a sua existência, validade e eficácia, já que a patologia pode afetar estes aspectos. Deste modo, colaciona-se importante trecho da referida pesquisa conduzida pela FGV e CBAr [PESQUISA FGV CBAr 1, p.33], a fim de elucidar o tratamento dos tribunais:

A liberdade conferida às partes para manifestarem a sua vontade ao se pactuar a convenção de arbitragem é bastante respeitada pelo Poder Judiciário. Assim é que os Tribunais vêm decidindo, o que comprova a relevância da validade, eficácia e existência da convenção arbitral contratada.

O TJSP tem levado em consideração o conceito privatista do negócio jurídico no momento de apreciar a validade, eficácia e existência da cláusula contratada. Os argumentos usados estão, em essência, vinculados ao art. 104 do Código Civil (requisitos do negócio jurídico) ou aos vícios de consentimento (defeitos do negócio jurídico). Neste Tribunal, a autonomia da vontade também apareceu como pano de fundo para (i) afastar cláusula arbitral que não obedece aos requisitos de forma previstos no ordenamento; (ii) não estender a cláusula a matérias que não estejam expressamente contidas na redação da cláusula; (iii) justificar a intervenção do Judiciário apenas em caso de cláusula compromissória vazia ou (iv) para resolver questões pontuais e urgentes, seja porque o Tribunal ainda não foi constituído, seja porque a ação para firmar compromisso ainda não foi intentada.

Percebe-se, assim, que nossos tribunais muito evoluíram no tratamento da arbitragem, sendo hoje verdadeiros incentivadores da referida técnica, o que se vê das decisões que extinguem o processo sem resolução de mérito quando da existência de cláusula compromissória, garantindo, assim, a vontade manifestada pelas partes de se valerem da arbitragem para a solução de suas controvérsias. Ademais, conforme se viu, nossos tribunais tendem a buscar dar efeito mesmo às cláusulas patológicas, a fim de garantir a comum intenção das partes em instituir a arbitragem. Deste modo, é preciso que, de um lado, a jurisprudência siga apoiando a arbitragem e, de outro, os operadores do direito sigam refinando seu conhecimento, com auxílio da doutrina. Assim, as cláusulas patológicas serão cada vez menos uma realidade e, caso ocorram, ter-se-á uma maior segurança tanto sobre as implicações que a patologia pode gerar para as partes, quanto acerca de como estas últimas deverão agir a fim de saná-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia Privada*. In: Revista CEJ, Vol. 3 n. 9. Brasília: CEJ, 1999. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>. Último acesso em 06 de outubro de 2013.

BENGLIA, Jean. *Inaccurate Reference to the ICC*. In: The ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 7. n° 2. Paris: ICC Publication, 1996. pp. 11-13.

BORN, Gary B. *Chapter 3: Formation and Validity of International Arbitration Agreements*. In: International Arbitration: Law and Practice. Haia: Kluwer Law International, 2012. pp. 69-86

BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem – visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009 (3ª edição).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993 (9ª edição).

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006 (1ª edição).

Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 2010. Disponível em <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>. Último acesso em 06.10.2013.

DAVIS, Benjamin G. *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, *Arbitration International*. Haia: Kluwer Law International, 1991. Vol. 7. Issue 4. pp. 365-388

DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *Chapter 3 Commencing the Arbitration (Articles 4-6)*. In: *Guide to the ICC Rules of Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2005 (2nd edition). pp. 41-114.

Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional. Adotadas por resolução do Conselho da IBA. London: International Bar Association, 2010.

EISEMANN, Frédéric. *La clause d'arbitrage pathologique*. In: *Arbitrage Commercial: Essais in Memoriam Eugenio Minoli* at 129. Turin: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Justiça Privada de Tipo Liberal e Adequada ao Pós-modernismo*. In: *Revista dos Juizados Especiais Doutrina e Jurisprudência TJRS*. n.18. Porto Alegre: TJRS, 1996.

FRY, Jason; GREENBERG, Simon; MAZZA, Francesca. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris: ICC Publication n. 729, 2012.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John; FOUCHARD, Philippe. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer, 1999.

GREENBERG, Simon; KEE, Chistopher; WEERAMANTRY, Romesh. *International Commercial Arbitration: An Asian-Pacific Perspective*. New York: Cambridge University Press, 2011.

GUERRERO, LUIS FERNANDO. *Doutrina Nacional. Tutela de Urgência e Arbitragem*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem* n° 24. São Paulo: CBAr, 2010. pp. 22-45.

HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. Haia: Kluwer International Law, 2006.

HARB, J.P.N. *How French Law Treats Pathological Arbitration Clause*. Voorburg: TDM 5, 2007. Disponível em: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1053>. Último acesso em 06 de outubro de 2013.

KAHN, Philippe. *L'interprétation des contrats internationaux*. 108 Clunet 1981, at 5 et seq. J.D.I. 5. Disponível em: <http://www.trans-lex.org/125000>. Último acesso em 06 de outubro de 2013.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. et al. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2003.

LEMES, Selma M. Ferreira. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M. Rossani (Orgs.). *Reflexões sobre Arbitragem*, In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. pp.188-208.

LOPES, CHRISTIAN SAHB BATISTA. *Jurisprudência Estatal Nacional Comentada. Clausula Patológica. Dúvida sobre Instituição Arbitral Escolhida. Potencial Conflito Positivo de Competência. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Conflito de Competência nº 113.260-SP*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem* n.31. São Paulo: CBAr, 2011, pp. 92-107.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (reimpressão).

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das Obrigações*. Vol. V. Tomo II. Forense. RJ. 2009

MARTINS-COSTA, Judith. *O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni. (Orgs.) *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 475-506

MARTINS-COSTA, Judith. *Os campos normativos da Boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro*. In: Antônio Junqueira de Azevedo; Heleno Taveira Tôrres; Paolo Carbone. (Org.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas. Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2010 (2ª edição). pp. 393-427.

MELLO, Sergio Ruy Barroso de. *Arbitragem no Seguro e Resseguro*. Rio de Janeiro. Escola Nacional de Seguros, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto do Código Civil*. In: Revista do Conselho da Justiça Federal, Vol.9. Brasília: CEJ, 1999. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/231/393>. Último acesso em 06 de outubro de 2013.

MIZRAHI LAMAS, Natália. *Jurisprudência Estatal Internacional Comentada: Anulação de Sentença Parcial. Irregularidade na Composição do Tribunal Arbitral. Competência Internacional Fundada na Denegação de Justiça. Cláusula Compromissória Patológica ou Incompleta. Interpretação da Cláusula Compromissória. Princípio da Confiança*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. n.37. São Paulo: CBAr, 2013. pp. 100-124.

Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) - 2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário” Relatório do Tema: *Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral*. Disponível em: http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf. Último acesso em 06 de outubro de 2013. [PESQUISA FGV CBAr 1]

Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) - 2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário” Relatório do Tema: *Ação de Execução Específica da Cláusula Compromissória (“Ação do art. 7º”)*. Disponível em: http://cbar.org.br/PDF/Acao_de_Execucao_Especificada_da_Clausula_Compromissoria.pdf. Último acesso em 06 de outubro de 2013. [PESQUISA FGV CBAr 2]

PINTO, José Emilio Nunes. *Cláusulas arbitrais patológicas – Esse mal tem cura*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=224. Último acesso em 06 de outubro de 2013.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoaes e reciprocas: nos pactos, contractos, convenções, &c.* Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1849.

REDFERN, Alan and HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Thompson/Sweet & Maxwell, 2004 (4ª edição).

SANTOS, FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA. *Jurisprudência Estatal Nacional Comentada. Conflito de Competência entre Câmaras de Arbitragem - Comentários ao Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 113.260-SP*. In: Revista Brasileira de Arbitragem n.29. São Paulo: CBAr, 2011, pp. 133-153.

VICENZI, Marcelo. *Interpretação do Contrato e Objetivação de Interesses*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito, setor de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Privado. Sob orientação da Professora Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

WALD, Arnoldo. *Arbitration in Brazil: recent developments, 2006-2012*. In: The ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 23. n. 1. Paris: ICC Publication, 2012. pp. 37-48.

WEBSTER, Thomas; BUHLER, Michael. *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*. London: Thompson/Sweet & Maxwell, 2005 (1ª edição).

WILSKE, Stephan; LO, Alex. *Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability: A Cautionary Tale – The Perils of Pathological Translation of Arbitration Clauses*. In: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter et al. (Eds). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012*. Viena: Manz'sche Verlags – Und Universitätsbuchhandlung. pp. 1-15.

JULGADOS

STJ. Fazendas Reunidas Curuá Ltda. e Outros v. Pecuária Unit Santa Clara Ltda. e Caci/SP e CMA. Conflito de Competência nº 113.260 - SP. Relator: João Otávio de Noronha. DJe 07.04.2011.

TJRS. Daiby S.A. v. Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A. Agravo Interno nº 70027385269. Relator: Desembargador Niwton Carpes da Silva. 20ª Câmara Cível. DJe 16.01.2009.

STJ. Condomínio Civil Do Cuiabá Plaza Shopping v. Antônia Da Silva Barbosa – Microempresa. REsp nº 1082498-MT. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. DJe 04/12/2012.

STJ. Samarco Mineração S/A. v. Jerson Valadares Da Cruz. Recurso Especial nº 1278852-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta turma. DJe 19.06.2013.

STJ. CIA de Navegação Lloyd Brasileiro e outras v. A.S. Ivarans Rederi. REsp nº 616-RJ. Relator: Ministro Claudio Santos. Terceira Turma. DJe 13.08.1990.

STF. M B V Commercial and Export Management Establishment v. Resil Indústria e Comércio LTDA. AgRg na SE nº 5.206-Espanha. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJe 30.04.2004.

STJ. Interclínicas Planos De Saúde S/A v. Saúde Abc Serviços Médico Hospitalares Ltda. Medida Cautelar nº 14.295 – SP. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJe 09.06.2008.

LEGISLAÇÃO

Convenção de Nova York. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Último acesso em 06.10.2013

Lei Brasileira de Arbitragem. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Último acesso em 06.10.2013