

CONVENÇÃO ARBITRAL: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL

Adriely Nascimento Lima

Núcleo de Estudos em Arbitragem e Processo Internacional - NEAPI

Em nosso ordenamento jurídico a arbitragem pode ser convencionada tanto pela cláusula compromissória, quanto pelo compromisso arbitral, nos termos do art. 3º da Lei de Arbitragem, *in verbis*:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

É importante consignar desde já que esses dois atos de celebração têm o condão de instituir a arbitragem sendo, portanto, plenamente aptos a impedir ação judicial acerca da matéria que a convenção arbitral trata. Em outros termos, tanto a cláusula compromissória, quanto o compromisso arbitral – desde que válidas e eficazes - são prejudiciais ao mérito da causa¹.

A diferença básica entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral é temporal, pois existindo a primeira não haverá necessidade de posteriormente se firmar o segundo. Explica-se. Nos termos do art. 4º, *caput*, da Lei 9.307/96, a cláusula compromissória é o ato consensual por meio do qual as partes decidem que futuras avenças serão submetidas ao juízo arbitral.

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

De outro turno, o compromisso arbitral é o ato consensual a partir do qual as partes decidem submeter um conflito atual, isto é, concreto, à arbitragem, estando seu conceito previsto no art. 9º, *caput*, da Lei 9.307/96:

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes **submetem um litígio à arbitragem** de uma ou mais pessoas,

¹ Art. 267, CPC: Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VII - pela convenção de arbitragem;

podendo ser judicial ou extrajudicial.

Portanto, conclui-se que tanto a cláusula compromissória, quanto o compromisso arbitral versam sobre matéria que será apreciada pelo juízo arbitral, contudo, a primeira trata de controvérsia futura e a segunda de controvérsia presente. Estabelecida a distinção básica entre essas duas convenções arbitrais, passa-se a analisar as peculiaridades atinentes a elas.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

No que tange à cláusula compromissória é importante notar que antes do advento da Lei de Arbitragem, devido ao fato de versar sobre fato futuro, esse ato de convenção era tido pelo nosso ordenamento como um trato preliminar em que a parte se comprometia (obrigação de fazer) a levar a controvérsia ao juízo arbitral, não tendo, por isso, o condão de instituir o compromisso arbitral.

Em verdade, não possuindo regramento legislativo, nos contratos que obtinham cláusula, entendia-se que havia mero comprometimento de uma parte para com a outra, razão pela qual sua presença não impedia que o litígio fosse levado ao poder judiciário, sendo apenas fator gerador de indenização quando não observado.

Contudo, com a promulgação da Lei de Arbitragem e a referência expressa no art. 3º de que a cláusula compromissória é convenção apta a instituir o juízo arbitral, não pairam mais dúvidas quanto a força que esse ato exerce e devido a isso é preciso ter cautela quando de sua elaboração. Por isso, deve ser digno de enorme atenção das partes, haja vista o fato de que a não observância de formalidades prejudicará a finalidade do ato e ainda, será empecilho ao sucesso do compromisso arbitral.

Neste contexto, cumpre fazer menção a súmula 485 do STJ:

A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição.

ASPECTOS FORMAIS

O art. 4º da Lei 9.307/96 dispõe que a cláusula compromissória deve ser

estipulada por escrito, podendo estar inserida tanto no próprio contrato, quanto em apartado. Neste ponto, cumpre destacar que o mencionado dispositivo ainda prevê que uma particularidade a ser observada se o contrato em que constar a cláusula compromissória for de adesão, pois nestes é preciso que a iniciativa da arbitragem surja da parte aderente e ainda que a convenção conste em documento apartado e em termos negritados.

Cabe observar que o maior rigor quanto a instituição da arbitragem em contratos de adesão é justificado porque, em regra, a parte aderente é tida como hipossuficiente. Assim, maior cuidado na elaboração da cláusula nessas situações seria justificável, especialmente, porque a arbitragem é instituída por convenção, que é ato consensual, e em um *consenso* imagina-se que se esteja diante de partes que se tratem de modo equivalente.

Não se pode terminar este tópico, sem observar as alterações propostas pelo Projeto da Nova Lei de Arbitragem. Este prevê que a exigência quanto a necessidade de o aderente expressar sua vontade de instituir a uma cláusula compromissória fica restrita as relações de consumo. Dessa forma, os contratos de adesão não consumeristas deverão estar atentos somente quanto ao fato de a cláusula ter de constar em documento negrito e apartado.

Ademais, o Projeto insere, ainda, um novo parágrafo ao art. 4º, versando expressamente sobre elaboração de cláusula compromissória em contratos de trabalho. Assim, o mencionado parágrafo estabelece a possibilidade de se instituir o juízo arbitral desde que as partes contratantes sejam o empregador e um administrador ou diretor estatutário. Além disso, também está prevista a exigência quanto a necessidade de concordância expressa.

CLÁUSULA ARBITRAL VAZIA

A cláusula arbitral vazia é aquela que não possui em seu conteúdo as formas para se instituir arbitragem, isto é, a parte se vincula a celebrar compromisso arbitral sobrevivendo controvérsia quanto a determinada matéria do contrato. Contudo, não institui certos regramentos essenciais para se iniciar a arbitragem, tais como a câmara arbitral e nomeação de árbitros, por exemplo.

Note-se, que o legislador conferiu extrema valoração à cláusula compromissória, bastando a indicação de que se quer instituir a arbitragem para que seja válida a vinculação.

Assim, diante de uma situação em que são escassas as informações acerca da instituição do juízo arbitral, nos termos do art. 6º da Lei de Arbitragem é possível que as partes sejam intimadas para completarem seu compromisso arbitral em dia, hora e local marcado. Note-se que uma parte pode procurar a outra para terminar instaurar o juízo arbitral sem que seja necessário o auxílio do Poder Judiciário.

Neste íterim, cumpre registrar que apesar de o citado artigo mencionar “compromisso arbitral” o mesmo não é necessário para que a arbitragem seja instituída. Conforme já dito, a cláusula compromissória tem força vinculante entre as partes para se instituir a arbitragem, bastando a mera indicação de câmara e árbitros para que seja iniciado a arbitragem. Portanto, se antes de ocorrer a controvérsia uma parte procurar a outra para que sejam instituídas os requisitos da arbitragem, elas podem concluir o restante e não havendo, nenhuma controvérsia em concreto, não há, aqui, compromisso arbitral, somente cláusula compromissória.

Conclui-se, portanto, que a cláusula compromissória não é ato preparatório para a instituição da arbitragem. É convenção que por si só institui o juízo arbitral. Todavia, para que seja dado início a arbitragem é preciso que as partes tenham convencionado tanto quanto à câmara arbitral, quanto à nomeação dos árbitros. Por isso, se observadas essas condições, no momento em que sobrevier a controvérsia poderá ser iniciada arbitragem sem necessidade de firmação do compromisso arbitral.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA

A cláusula compromissória cheia é aquela que, firmada antes de alguma controvérsia, institui todas as condições necessárias ao início de uma arbitragem. Isto é, estipula como deve ser escolhido o árbitro, quais as normas

a serem aplicadas, local em que ocorrerá arbitragem dentre outras previsões. Importante é perceber que quanto mais indicações a cláusula dispuser, maior será o sucesso da arbitragem, pois quanto mais direcionada estiver a solução do litígio, mais eficaz será a arbitragem.

É por isso que foi-se dito nesta exposição que junto a convenção de uma cláusula compromissória é preciso cautela. A lei não estabelece como condição da cláusula arbitral as indicações quanto à câmara e afins, pois para o legislador basta a presença dos requisitos objetivos e subjetivos de arbitragem, além da simples concordância quanto a opção por esse meio.

Desse modo, conforme nosso ordenamento jurídico, as peculiaridades atinentes ao procedimento arbitral propriamente dito podem ser objeto de cuidado posterior. Todavia, notório que quanto maior a atenção que se dá ao procedimento arbitral na instituição da cláusula compromissória, maior será o sucesso da arbitragem.

COMPROMISSO ARBITRAL

O compromisso arbitral, cujo conceito já foi apresentado nesta exposição, pode ser judicial ou extrajudicial. Será judicial quando ocorrer a situação prevista no art. 7º da Lei de arbitragem, isto é, quando houver resistência quanto à instituição de arbitragem.

Dessa forma, em caso de cláusula compromissória vazia, em que a parte não for encontrada por via extrajudicial e, sobrevindo uma controvérsia (atual) pode a outra parte contratante buscar o Poder Judiciário para firmar o compromisso arbitral e assim, instituir à arbitragem. Em outros termos, as partes instituíram uma cláusula compromissória vazia, surgiu uma controvérsia e por isso, é preciso que o processo de instituição da arbitragem se torne completo. Devido ao fato de a controvérsia agora ser atual e não futura, estamos diante de um compromisso arbitral e não mais de cláusula compromissória.

Por outro lado, o compromisso arbitral será extrajudicial quando firmado entre as partes diante de uma controvérsia concreta, por meio de documento

particular mediante presença de duas testemunhas ou por instrumento público, sem intervenção do poder judiciário.

ASPECTOS FORMAIS

Os requisitos formais de um compromisso arbitral estão elencados no art. 10 da Lei de Arbitragem e a ausência dos mesmos ensejará nulidade.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

A lei de arbitragem, ainda, dispõe requisitos facultativos:

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

EXTENSÃO SUBJETIVA DA CONVENÇÃO ARBITRAL:

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Diante do que foi dito pode-se afirmar que a arbitragem nasce de uma vontade particular, exteriorizada pelos indivíduos por meio da convenção de arbitragem (compromisso arbitral ou cláusula compromissória). Assim, se é resultante de uma elemento volitivo, indene de dúvidas que é obra da autonomia da vontade, princípio regente do direito civil.

Portanto, diante de um compromisso arbitral, afasta-se a competência do poder judiciário para que o litígio possa ser resolvido em âmbito extrajudicial, qual seja em juízo arbitral, tudo isso devido a vontade das partes e sob égide do

Direito, vez que o legislador regulamenta as hipóteses e as condições sob isso pode ocorrer, por meio da Lei de Arbitragem.

Nesse contexto, questão relevante a ser observada é sobre a intervenção de terceiros diante de um litígio que está sendo resolvido em juízo arbitral, pois que a possibilidade de o terceiro intervir em uma causa que está sob a tutela do poder judiciário resta clara, estando suas hipóteses devidamente tipificadas pelo Código de Processo Civil. Todavia, e quanto ao juízo arbitral? O questionamento assume importância, principalmente, se for levado em consideração o fato de o terceiro não ter participado do compromisso arbitral.

No processo civil, as hipóteses nas quais o terceiro voluntariamente adere a relação jurídica processual são: assistência e oposição. Nesta parte da exposição, pretende-se mostrar se os institutos poderiam ser aplicados de modo similar na arbitragem.

Primeiramente, há de observar que sendo fruto da autonomia da vontade e advindo de um consenso, a instituição da arbitragem está intimamente ligada aos contratos e como tal, deve ser observados os ditames jurídicos contratuais, a exemplo da função social. Esta, em linhas gerais, cumpre na observância de que apesar de serem livres para contratar, os indivíduos não o podem fazer se seus atos prejudicarem toda a coletividade. Em outros termos, o contrato não precisa visar ao bem-estar social, podendo portanto, defender interesse individual. Contudo, tem de minimamente estar atento a uma coisa: não pode prejudicar terceiros. Isto é, se não visa beneficiar a coletividade, também não pode prejudicá-la.

Assim, se a convenção de arbitragem tem natureza contratual, inegável que aqui também deve ser aplicada também ideia similar a de função social. Ou seja, não é porque a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral foram firmados por determinadas partes que o litígio a ser versado em arbitragem pode prejudicar terceiros e mais, sem dar a eles a possibilidade de se insurgirem.

Ora, resta claro que o árbitro é como um juiz de fato e como tal, busca do

melhor modo possível a solução do litígio, sopesando provas e buscando elementos probatórios. Do mesmo modo, notável é que a arbitragem é um procedimento para solução de conflitos e com tal, o que lá for decidido repercutirá no seio social, atingindo, ainda que de forma indireta terceiros.

Portanto, mesmo que não haja previsão expressa, não há que se dizer de modo conservador que é impossível a intervenção de terceiros em arbitragem devido ao fato de a convenção arbitral vincular somente as partes. É preciso adequar também o procedimento arbitral a ideia de função social, que está atrelada a própria natureza contratual da convenção.

Por isso, cabe ao árbitro analisar diante da hipótese concreta, considerar em qual intervenção de terceiros se enquadraria o indivíduo interventor em um processo judicial e diante disso, indagar se a pretensão desse terceiro é prejudicial ou não ao litígio em questão ou ainda, se não extrapola o tema que lhe foi proposto.

No que tange a assistência e oposição, que são espécies de intervenções voluntárias, não há de imediato qualquer óbice ao acontecimento, bastando para tanto que as partes e os árbitros aceitem a intervenção. Em verdade, a anuência do árbitro é de suma importância, pois quando aceitou resolver litígio foi apresentado ao árbitro certa demanda, todavia, com a presença de um terceiro essa demanda se expande, sendo por isso, interessante que não somente as partes, mas também o árbitro concordem.

Todavia, a mesma solução não pode ser imediatamente aplicada nos casos em que a intervenção de terceiros não é voluntária. É preciso cautela. O nosso Código de Processo Civil, apresenta três hipóteses de intervenção de terceiros provocada, quais sejam: denunciação da lide, chamamento ao processo e nomeação a autoria. Nesses casos, o terceiro é “convidado” a participar da demanda.

Neste ponto, cumpre observar que de imediato já se percebe a possível incompatibilidade desses institutos com a arbitragem. Oras, foi dito neste trabalho que a arbitragem é método alternativo solução de conflitos que ocorre

por via extrajudicial tendo como norte o princípio da autonomia da vontade. Prova dessa afirmação é que as partes decidem levar sua controvérsia ao juízo arbitral, instituindo-o por meio da convenção de arbitragem. Assim, parece-nos que seria incompatível com a própria definição de arbitragem uma intervenção forçada pelo próprio litígio, a não ser que essa intervenção forçada fosse aceita pelos participantes do Juízo Arbitral.

Em outros termos, em casos de chamamento ao processo, denunciação da lide ou nomeação a autoria, acreditamos que a participação do terceiro tem que ser por ele querida, pelo árbitro e pelas partes aceitas, a exemplo do que ocorre quando a intervenção é voluntária. Contudo, se houver resistência por parte do terceiro que foi provocado a participar ou se não houver anuência do árbitro ou das partes, mostra-se impossível a continuidade da arbitragem, pois provavelmente a parte não satisfeita irá recorrer a ação anulatória.

Conclui-se, portanto, que a intervenção de terceiros não deve ser rechaçada da arbitragem, sendo plenamente possível sua ocorrência, desde que respeitados os elementos volitivos que garantem o sucesso da arbitragem.