

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 3

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2008

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 3 Julho/Dezembro de 2008

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof^ª. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof^ª. Salete Maria Polita Maccalóz, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:

**ARBITRAGEM
CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E
COMPROMISSO ARBITRAL**

**ARBITRATION
ARBITRATIONAL COMMITMENT AND
ARBITRATION CLAUSE**

Viviane Perez

Resumo: O presente estudo busca analisar os mecanismos legais disponíveis para que as partes de uma relação jurídica submetam a solução de eventuais litígios à arbitragem. Trata-se, portanto, de discutir questões relativas à convenção arbitral, tanto sob a forma de cláusula compromissória, quanto de compromisso arbitral. O estudo passa também pela análise da Lei nº 9.307/96 que, se por um lado, solucionou as discussões acerca dos efeitos da cláusula compromissória, por outro fez surgir uma nova questão: a de saber se a Lei da Arbitragem tem aplicabilidade àqueles contratos munidos de cláusula compromissória firmados anteriormente à sua promulgação.

Palavras-Chave: Arbitragem. Lei nº 9.307/96. Cláusula Compromissória. Compromisso Arbitral. Direito Intertemporal.

Abstract: The present study seeks to analyze the legal mechanisms available to allow parts to submit to arbitration the solution of eventual legal disputes. Therefore, it analyses the arbitral convention in the both forms recognized by Brazilian legislation: arbitration clause and arbitral commitment. The study also passes for

the analysis of the Law nº 9.307/96 that, if in one hand, has solved the quarrels concerning the effect of the arbitral clause, in the other made appear a new question: is this Law applicable to contracts with arbitration clause previously firm?

Keywords: Arbitration. Law nº 9.307/96. Arbitration Clause. Arbitrational Commitment. Intertemporal Law.

I – Introdução

A arbitragem, como se sabe, constitui-se em importante meio de solução de litígios, alternativo ao processo jurisdicional. Sendo conceituada como “*uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial*”¹, pode-se afirmar que a arbitragem é um instrumento paraestatal de heterocomposição de conflitos, totalmente em conformidade com a terceira onda renovatória do Direito Processual.

Pode-se apontar inúmeros aspectos que tornam a adoção da arbitragem, cada vez mais usual na prática contratual, uma atraente alternativa para as partes, tais como a celeridade do procedimento se comparado com o regular processo judicial, ou o melhor conhecimento técnico dos árbitros sobre as questões que lhe são submetidas. Há ainda um outro aspecto que merece ser observado: como são os próprios contratantes que decidem submeter o litígio a um juízo arbitral – entenda-se, por ato voluntário – a possibilidade de composição supera enormemente àquelas existentes na regular jurisdição estatal. Assim é que Alexandre Câmara demonstra a relevância do instituto na busca da pacificação social:

1 Carlos Alberto Carmona, *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Malheiros 1993, p. 19.

“Ao optar por este meio alternativo de solução de litígios, os titulares dos interesses em conflito já demonstram uma predisposição a se conformarem com a decisão do árbitro, já que este foi escolhido pelos contendores, sendo alguém de sua confiança. Assim sendo, é bastante provável que a decisão proferida pelo árbitro efetivamente componha o conflito, fazendo com que este desapareça do mundo dos fatos.”²

A instituição de uma arbitragem, como se percebe, decorre de ato voluntário das partes em conflito, estando, pois, condicionada à declaração de vontade das mesmas. Assim é que o presente estudo visa analisar os mecanismos legais disponíveis que permitem às partes de uma relação jurídica, que envolva direito disponível, submeter a solução de eventuais litígios à arbitragem. Trata-se, portanto, de discutir questões relativas à convenção arbitral, tanto sob a forma de cláusula compromissória, quanto de compromisso arbitral. A análise ganha relevo na medida em que a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) trouxe, dentre inúmeras inovações, algumas em relação à sua forma de convenção, conferindo maior solidez ao instituto, como se demonstrará ao longo do trabalho.

II – Cláusula compromissória e compromisso arbitral antes da lei nº 9.307/96

Sendo a arbitragem um meio paraestatal de solução de litígios, cumpre observar o grau de obrigatoriedade decorrente da convenção das partes de sujeição de eventuais litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis ao juízo arbitral. Em princípio, duas são as formas de instituição da arbitragem, quais sejam: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Vale ressaltar, entretanto, que, antes da edição da Lei nº 9.307/96, somente o compromisso arbitral vinculava as partes à arbitragem, não sendo, segundo o entendimento majoritário, cogente a cláusula compromissória, conforme se verá a seguir.

2 Alexandre Câmara, *Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997, p. 9.

Antes, porém, cumpre distinguir os dois institutos. A cláusula compromissória pode ser entendida como aquela que, inserida em um contrato, prevê a sujeição de qualquer litígio à arbitragem. Na definição de Caio Mário da Silva Pereira, a cláusula compromissória é “o pacto preliminar, pelo qual se estabelece que, na eventualidade futura de uma divergência, os interessados deverão recorrer ao juízo arbitral”³. Já o compromisso arbitral “é o acordo celebrado após o surgimento do litígio, pelo qual as partes decidem ou confirmam a sua intenção de se submeter à arbitragem”⁴. Como se percebe, a diferença essencial entre a cláusula e o compromisso arbitral consiste justamente no momento de sua celebração, sendo a primeira anterior a qualquer litígio e o segundo instituído em face de um litígio concreto. Outras distinções, todavia, existem entre ambos, sendo de relevo examiná-las juntamente com os efeitos que se lhe concediam antes da Lei de Arbitragem.

Tal qual o compromisso, a cláusula arbitral encerra uma convenção contratual e, como tal, deveria ter força cogente entre as partes. Nada obstante, o Decreto 3.900 de 1867⁵, através de seu artigo 9º, esvaziou os efeitos desta no ordenamento brasileiro:

*“(...) a cláusula compromissória, **sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos da art. 8º, senão também sobre as declarações do art. 10º**”*

3 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol.II, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.191.

4 Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Direito Internacional Privado – arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23.

5 Embora a Lei nº 9.307/96 tenha trazido alterações de grande relevância para a Arbitragem, cumpre apontar o fato de que o instituto já havia sido regulado por diplomas anteriores à referida lei. Um deles, entretanto, merece destaque para a análise em tela: o Decreto 3.900 de 1897, que regulou o juízo arbitral do comércio, foi a primeira norma a disciplinar a cláusula compromissória.

Observe-se que a norma expressamente determina que a cláusula arbitral, para que tenha efeitos cogentes, deve trazer a nomeação do(s) árbitro(s) e a indicação do objeto do litígio. Não estando presentes tais elementos, a cláusula compromissória valeria apenas como promessa, sendo incapaz, portanto, de gerar efeitos por si só. A imposição quanto à nomeação de árbitros poderia até ser sanada no momento em que o contrato fosse firmado, o problema apresentava-se quanto à determinação do objeto do litígio no momento da contratação, requisito de eficácia impossível de ser atendido na aludida fase contratual.

Com efeito, até o advento da Lei da Arbitragem, no Brasil, somente o acordo firmado entre os contratantes que apresentasse os árbitros e o objeto do litígio, além dos requisitos do artigo 8º e do artigo 10º, do referido Decreto 3.900⁶, teriam eficácia e imporiam às partes a instituição do juízo arbitral. Ora, o acordo capaz de atender a tais requisitos era o próprio compromisso arbitral⁷, que se apresentava, portanto, como único instrumento apto à instauração da arbitragem.

Como é possível perceber, no plano da arbitragem doméstica, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral apresentavam diferenças essenciais, sendo notório que a cláusula arbitral não cumpria qualquer função efetiva à instauração da arbitragem. No plano internacional, entretanto, as discussões doutrinárias e os próprios diplomas já apontavam para um caminho mais moderno, com vistas a garantir maior efetividade ao instituto da arbitragem. Com efeito, o Protocolo Relativo às Cláusulas Arbitrais, celebrado em Genebra em 1923, ratificado pelo Brasil e vigente por meio do Decreto nº

6 O art. 8º trata dos requisitos essenciais do compromisso e o art. 10º revê os elementos facultativos.

7 De acordo com José Carlos de Magalhães, o compromisso arbitral é “contrato perfeito, que regula a instituição do juízo arbitral, com a nomeação dos árbitros, o estabelecimento de regras do procedimento a ser adotado ou a previsão da competência dos árbitros para definir tais normas”. *Arbitragem Comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 25.

21.187/32, era um desses diplomas a conferir força cogente à cláusula arbitral, equiparando seus efeitos ao do compromisso arbitral. Isso o que dispunha seu artigo primeiro:

*“Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, **do compromisso ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam**, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, **a submeter, no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem**, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato”*

Tal Protocolo, todavia, dizia respeito apenas aos contratos internacionais, não sendo aplicável às convenções firmadas em contratos domésticos. Aliás, mesmo em relação aos contratos internacionais a aplicação do referido diploma encontrava óbices. Isso porque o Código de Processo Civil de 1939, que lhe era posterior, somente conferia efeitos ao compromisso arbitral, e sequer tratava da cláusula compromissória – tais disposições, vale notar, se reproduziram no Código de Processo Civil de 1973, que igualmente exigiu a especificação do litígio como requisito da convenção de arbitragem (art. 1074, III).

Tendo em vista o conflito entre as fontes internas que regulavam a arbitragem – em especial, a cláusula compromissória – e as fontes internacionais sobre o tema, a doutrina brasileira valeu-se do critério da especialidade para tentar aplicar aos contratos internacionais a equivalência entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral consagrada pelo Protocolo de Genebra. A lógica apresentada era a de que, embora o Código de Processo Civil fosse norma mais recente (1939), o Protocolo (1923) deveria prevalecer em razão de ser regra especial, dirigida aos contratos internacionais. O entendimento da jurisprudência, entretanto, foi no sentido de que, como ambos diplomas são de igual hierarquia, sobrepõe-se o mais recente, ou seja,

o CPC. Manteve-se, assim, também quanto aos contratos internacionais, o entendimento de que somente o compromisso vincula as partes à arbitragem, enquanto a cláusula compromissória apresentar-se-ia apenas como promessa de realizá-lo.

Mas que efeitos, então, teria o descumprimento da cláusula arbitral? A jurisprudência revelou três formas distintas de resolver a questão: a primeira não conferia eficácia alguma à cláusula compromissória; a segunda tratava a cláusula compromissória como mera obrigação de fazer, resolvendo o seu descumprimento em perdas e danos⁸; a terceira, minoritária anote-se, defendia a execução específica da cláusula compromissória, garantindo à mesma eficácia contratual. Essa última vanguardista corrente, animada pela doutrina, foi a que inspirou as inovações trazidas pela Lei nº 9.307/96.

III – Inovações trazidas pela lei nº 9.307/96: a convenção arbitral

Todas as controvérsias apresentadas em relação à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral tiveram fim com a edição da Lei nº 9.307/96. O desejo já há tanto manifestado pela doutrina em equiparar, em relação aos efeitos, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral enfim foi realizado pela referida lei. Observe-se que em seu artigo 3º, a Lei conferiu tanto ao compromisso arbitral quanto à cláusula compromissória, ambos espécies de convenção arbitral, o poder para instituir a arbitragem. A vinculação agora imposta às partes pela cláusula compromissória também pode ser notada no artigo 4º do mesmo diploma:

8 “Cláusula compromissória (*pactum de compromitendo*) ainda não é o compromisso constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar. Trata-se de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a ele recorrerem”. Recurso Extraordinário nº 58.696/SP, Terceira Turma STF, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 02.06.67, RTJ 42/212.

“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.

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.

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

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

Com efeito, a cláusula compromissória, após a Lei da Arbitragem, por si só é suficiente para impor a solução de quaisquer conflitos advindos do contrato ao juízo arbitral, não mais sendo necessário recorrer a novo acordo entre as partes, qual seja: o compromisso arbitral. Deve ficar claro, entretanto, que o compromisso arbitral continua a existir, sendo, em conformidade com o *caput* do artigo 9º, da Lei nº 9.307/96, **“a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”**. O compromisso, portanto, é firmado após a existência de um conflito entre as partes e independe de cláusula arbitral prévia.

A equiparação da cláusula compromissória ao compromisso arbitral, trazida pela Lei da Arbitragem, se deu em relação aos efeitos, sendo válido frisar que os instrumentos ainda se diferenciam quanto a outros elementos e podem cumprir funções distintas. Em primeiro lugar, lembre-se que a cláusula compromissória distingue-se do compromisso, quanto ao objeto, em razão de ser o mesmo, na primeira,

futuro e incerto, sendo que no segundo o conflito já é determinado. A Lei também decreta, em seus artigos 10 e 11⁹, que o compromisso arbitral apresente determinadas informações que não devem, necessariamente, constar da cláusula compromissória.

Outro ponto a ser salientado é o fato de que a cláusula compromissória só pode ser convencionada pela livre vontade das partes, enquanto o compromisso arbitral pode ser igualmente extrajudicial e voluntário, ou firmado como decorrência de imposição de sentença judicial. Isto porque, uma vez tendo sido firmada a cláusula compromissória, os contratantes ficam vinculados a este contrato preliminar, devendo cumprir a obrigação de fazer nele prevista (instituição da arbitragem); a própria norma, em seu artigo 7^o, previu a execução específica da cláusula. Pois bem. A sentença, em caso de execução específica da cláusula compromissória, permanecendo a recusa de a parte demandada apresentar o compromisso em o fazê-lo, valerá como o próprio compromisso arbitral.

Nada obstante tais diferenças, é preciso reconhecer que a Lei de Arbitragem previu a possibilidade de a própria cláusula compromissória vir instruída com alguns elementos originalmente atinentes ao compromisso arbitral, como a indicação do procedimento a ser aplicado à arbitragem (Art. 11, IV); o local onde se desenvolverá a

9 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.

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 convençionarem 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.

arbitragem (Art. 11, D); ou nome, profissão, estado civil e domicílio das partes e dos árbitros (Art. 10, I e II).

Segundo o artigo 5º da Lei, “*Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencional para a instituição da arbitragem*”. Com efeito, passou-se a entender que diante de cláusula compromissória cheia – instruída das regras acerca da forma de instituição da arbitragem – é possível a instauração da arbitragem doméstica¹⁰ com base apenas nesta cláusula. Pela mera lógica, é possível perceber que nestes casos prescinde-se do compromisso arbitral.

A auto-executoriedade da cláusula compromissória cheia passou a ser reconhecida e afirmada pela jurisprudência, sendo relevantes os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*“Arbitragem. Cláusula compromissória. Execução. Existência de acordo prévio em que as partes estabelecem forma de instituir a arbitragem, adotando as regras de órgão arbitral institucional, ou de entidade especializada. Hipótese de cláusula compromissória cheia. Submissão às normas do órgão ou entidade, livremente escolhido pelas partes. Desnecessidade de intervenção judicial a firmar o conteúdo do compromisso arbitral. Recurso provido.”*¹¹

“Lei de Arbitragem – Contrato – Embargos de Declaração. (...) Compromisso arbitral. Cláusula ‘cheia’. Nulidade. Inexistência. Contra-

10 No plano internacional, desde o Protocolo de Genebra, de 1923, a instauração da arbitragem prescinde da celebração dos dois instrumentos, uma vez que a cláusula compromissória basta para a instauração do juízo arbitral.

11 TJSP, AgIn 124.217-4, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 16.09.1999, referido por Selma M. Ferreira Lemes, em Cláusula compromissória. Ação declaratória. Pretendida inaplicabilidade de cláusula de arbitragem. Improcedência. – jurisprudência comentada, *Revista de Mediação e Arbitragem* nº 02, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 264.

tantes que elegeram o órgão arbitral e se obrigaram a aceitar as normas por ele impostas. Aplicação do art. 5º da Lei nº 9.307/96. Intervenção judicial desnecessária. Art. 7º da mesma lei que trata de cláusula 'vazia'. Arbitragem já instituída. Tentativa de paralisação da solução da controvérsia. Inadmissível descumprimento de cláusulas contratuais. Reserva mental. Caracterização. Cláusula compromissória que fixa o objeto da arbitragem. Cientificação do alegado descumprimento de cláusulas. Ocorrência. Regulamento da Câmara de Comércio. Nulidade da cláusula 5.9. Não-verificação. Regulamento que assegura, em qualquer hipótese, o contraditório. Recurso não provido.”¹²

Em oposição à cláusula compromissória cheia, tem-se aquela denominada cláusula compromissória vazia ou em branco, assim chamada por não trazer disposição alguma relativa à instituição da arbitragem, prevendo apenas a sujeição genérica à arbitragem dos conflitos decorrentes da relação contratual¹³. Quando as partes convencionarem a cláusula desta forma, não há como escapar do compromisso arbitral, tornando-se este essencial à instauração da arbitragem. Tanto assim que o artigo 7º previu uma ação específica através da qual a parte interessada poderá recorrer à tutela jurisdicional para ver satisfeita a obrigação convencionalizada na cláusula compromissória: seja intimando o réu (contratante resistente quanto à instauração da arbitragem) a apresentar o compromisso arbitral, seja permitindo que a sentença judicial substitua a vontade da parte recalcitrante, valendo como compromisso:

12 TJSP, AC 296.036-4/4, Rel. Des. Souza Lima, j. 13.11.2003, referido por Tarcísio Araújo Kroetz, Rodrigo Costenaro Cavali e Alexandre Bley Ribeiro Bonfim, em Notas sobre a equivalência funcional entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória completa. – jurisprudência comentada, *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 03, São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125/126.

13 A distinção entre a cláusula compromissória cheia e vazia foi primeiramente referida pelo Min. Nelson Jobim em seu voto na SEC 5.206-7, na qual o STF pacificou a questão da constitucionalidade da lei de arbitragem (Lei nº 9.307/96).

*“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 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 artigos 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**” (negrito acrescentado)*

Resta patente que a Lei nº 9.307/96 qualifica a cláusula compromissória como um contrato preliminar, cuja obrigação é a sujeição dos litígios advindos da relação contratual à arbitragem. Note-se que sob a vigência da Lei da Arbitragem a execução específica da aludida obrigação é inquestionável, tendo o diploma solucionado a questão dos efeitos do descumprimento da cláusula compromissória, existente antes da edição da norma. Vale lembrar que embora parte da dou-

trina e jurisprudência tendesse neste sentido¹⁴, outra parte apontava como solução para o não cumprimento da obrigação sua resolução em perdas e danos ou, pior, deixava a questão sem solução, por entender que a cláusula não gerava qualquer efeito.

IV – Direito intertemporal: efeitos da cláusula de arbitragem nos contratos anteriores à Lei n.º 9.307/96

O advento da Lei n.º 9.307/96 solucionou as discussões acerca dos efeitos da cláusula compromissória, mas, todavia, fez surgir uma nova questão: a de saber se a Lei da Arbitragem tem aplicabilidade àqueles contratos munidos de cláusula compromissória firmados anteriormente à sua promulgação. O ponto não seria tão polêmico caso houvesse consenso acerca da natureza jurídica das normas contidas na Lei da Arbitragem: se regras de direito material ou se de direito processual civil.

A relevância da caracterização se coloca na medida em que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito estão protegidos à incidência da lei nova de caráter material, na forma do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal e do artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Por outro lado, as regras processuais têm aplicabilidade imediata a todas as situações, independentemente do momento de sua constituição, conforme determinação expressa do artigo 1.211, do CPC: “*Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes*” (negrito acrescentado).

14 De acordo com Celso Barbi Filho, “os Tribunais brasileiros já firmaram o entendimento de que a cláusula arbitral inserida em contratos internos não admite execução específica da obrigação de fazer nela consignada. Todavia, já é hora de que se comece a repensar essa posição, considerando relevantes argumentos que se apresentam contra a mesma.” (Execução específica da cláusula arbitral, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n.º 97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31).

Com efeito, se se considerar que as normas da Lei nº 9.307/96 são de direito material, as mesmas não serão aplicáveis aos contratos firmados anteriormente à sua vigência. Se, de outra forma, entender-se que se tratam de regras processuais, haverá incidência àqueles contratos. A doutrina e a jurisprudência divergem acerca do tema. Se para alguns a Lei traz tanto normas de caráter material, quanto processual, deixando a resposta sobre a aplicabilidade atrelada à análise do caso concreto¹⁵, para outros a Lei nº 9.307/96 tem caráter integralmente processual, devendo ser aplicada inclusive às situações constituídas anteriormente a sua vigência. Nada obstante a animosidade do tema, prevalece hoje nos tribunais o segundo entendimento.

Confirmam-se julgados de diferentes tribunais do País corroborando o entendimento da aplicabilidade imediata da Lei da Arbitragem a contratos firmados antes de sua vigência, especialmente no tocante à validade plena da cláusula compromissória:

“Em tema de juízo arbitral, matéria estritamente processual, é irrelevante que a arbitragem tenha sido convencionada antes da vigência da Lei nº 9.307/96, uma vez que como se depreende do art. 1.211 do CPC, a lei tem incidência imediata, sendo, destarte, inteiramente aplicável à execução ajuizada em sua vigência. (...) à luz de tais considerações, indubitoso é que a existência da cláusula compromissória e do compromisso arbitral funcionam como verdadeiras condições negativas para o regular exercício da

15 Carmem Tiburcio e Jacob Dolinger compartilham desse entendimento, como é possível perceber em trecho de seu livro *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 505: “A maioria das decisões relativas à aplicação da Lei de Arbitragem no tempo perfilha o entendimento de que a Lei tem natureza de direito processual e por isso deve ser aplicada imediatamente. Entretanto, deve-se distinguir a hipótese concreta: 1) se a questão diz respeito a cláusula compromissória celebrada anteriormente à vigência da Lei, ou 2) a laudo proferido no exterior antes da vigência da Lei, não homologado pelo Judiciário estrangeiro, como exigível à época, ou 3) a laudo proferido no exterior antes da vigência da Lei, em que a citação do réu domiciliado no Brasil tenha sido realizada por outra via que não a rogatória, também como exigível à época. A determinação da hipótese concreta é importante pois, no primeiro caso, trata-se de questão de direito material, como já comentado, ao passo que as outras duas hipóteses são relativas a direito processual”.

ação perante o Judiciário, porquanto os arts. 267, VII e 301, IX, do CPC, com redação alterada pelo art. 412 da Lei nº 9.307/96, determinam respectivamente, a extinção do processo sem julgamento do mérito ‘pela convenção de arbitragem’. Incumbindo ao réu alegar na sua defesa a presença dessa cláusula contratual. Assim é que a simples existência de qualquer das formas de convenção de arbitragem estabelecidas pela nova lei – cláusula compromissória ou o compromisso arbitral – conduz, desde que alegada pela parte contrária, ‘a extinção do processo sem o julgamento do mérito, visto que nenhum dos litigantes, sem a concordância do outro, poderá arrepender-se da opção anterior, livremente estabelecida para que eventuais conflitos sejam dirimidos através do juízo arbitral.’ (...) **Não se pode acolher a tese de inaplicabilidade, in casu, da Lei nº 9.307, de 23.09.1996, sob o fundamento de que a cláusula compromissória fora inserida no contrato executado assinado em 30.06.1994, uma vez que o questionado instituto consubstancia matéria estritamente processual, fato este que torna irrelevante que a arbitragem tenha sido convencionada antes da vigência da lei em comento, visto que, como se depreende do art. 1211 do Estatuto Processual, a lei tem incidência imediata, vale dizer, alcança contratos em andamento. Essa regra, de ordem geral, só não se aplica se houver previsão legal em contrário (...). Efetivamente, quanto à eficácia da lei processual no tempo, o direito brasileiro adotou o sistema do isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem qualquer limitação”¹⁶**

“(...) *Direito Processual Civil. Convenção de arbitragem. Em nítido caráter processual a disposição constante no art. 267, VII, do Código de Processo Civil, a reclamar a extinção do processo, sem cognição do mérito, quando a parte argüir a existência de convenção de arbitragem. Ainda que antecedente à vigência da Lei 9.307, de 23 de*

16 Caso Mendes Júnior, Apelação Cível nº 254.852-9, Tribunal da Alçada do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Jurema Brasil Martins, j. 03.06.98, RT 759/125.

setembro de 1996, é eficaz a cláusula compromissória que oferece adequado e suficiente suporte para a instituição da arbitragem. A nova Lei atinge em cheio convenções arbitrais celebradas anteriormente à sua vigência. Significa dizer que uma cláusula arbitral inserida em contrato firmado há alguns anos, desde logo arrastará seus signatários à arbitragem, mesmo que à época da assinatura do contrato a cláusula não produzisse tais efeitos. Desprovemento do recurso e manutenção da sentença.¹⁷

Nada obstante o entendimento que se constrói em nossos tribunais, merece ponderação o entendimento de Hamilton de Moraes Barros sobre o caráter misto das normas que cuidam da arbitragem, cunhado ainda em face do Código de Processo Civil de 1973. Para o autor, é “o juízo arbitral um negócio jurídico processual que visa à declaração e ao accertamento das relações entre as partes, mediante poderes conferidos para tal fim a um terceiro, o árbitro. (...) Prende-se ao direito material o fato de nascer o compromisso arbitral de um acordo de vontades, para fugir à jurisdição comum, ou ordinária, isto é, ao trato das controvérsias por seus juízes e em obediência total ao seu processo. Liga-se o compromisso ao Direito Processual pelo fato de ser dele a disciplina do juízo arbitral”¹⁸.

Pois bem. Não se pode deixar de reconhecer que a constituição do juízo arbitral decorre da emissão de vontade das partes contratantes em afastar a solução do litígio da jurisdição estatal. Ora, a essa emissão de vontade não há como se afastar o caráter de direito material; o que está em jogo é um acordo das partes alterando o meio tradicional de resolução de um conflito e não mero regulamento de caráter procedimental. Com efeito, *a ratio* de se garantir a inviolabilidade do ato jurídico perfeito é justamente a de conferir segurança e

17 Apelação Cível nº 28.808/2001, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Rego, j. 30.04.02, DORJ 31.10.02.

18 Hamilton Moraes de Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 461.

tutela às declarações de vontade, tanto às de caráter unilateral quanto aos negócios jurídicos¹⁹.

Assim sendo, é preciso reconhecer que as normas que regulam os efeitos da cláusula compromissória trazidas pela Lei nº 9.307/96 têm caráter de direito material e, portanto, não se aplicam aos contratos firmados antes de sua entrada em vigor. No âmbito de tais contratos prevalecem os efeitos previstos na legislação em vigor à época da convenção da cláusula compromissória.

V – Conclusão

Diante de tantas inovações, cumpre reforçar a importância da Lei da Arbitragem no Direito Brasileiro, tendo materializado tendência moderna já apontada no plano internacional desde o Protocolo de Genebra, em 1923. A equivalência entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral no tocante aos seus efeitos permitiu a simplificação do instituto da arbitragem e seu fortalecimento como meio de solução de litígios, afinal, não mais se exige que as partes reafirmem, quando diante de conflito, o desejo de submetê-lo à arbitragem. Nada obstante, a inovação não pode ser aplicada aos pactos firmados anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.307/96, sob pena de violação da garantia constitucional do ato jurídico perfeito.

VI — Bibliografia

BARBI FILHO, Celso. Execução específica da cláusula arbitral, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* nº 97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 29/38.

19 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 102: “O ato jurídico perfeito é o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais”

BARROS, Hamilton Moraes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Cármen. *Direito Internacional Privado – arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KROETZ, Tarcísio Araújo; CAVALI, Rodrigo Costenaro e BONFIM, Alexandre Bley Ribeiro. Notas sobre a equivalência funcional entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória completa, *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 03, São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125/133.

LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusula compromissória. Ação declaratória. Pretendida inaplicabilidade de cláusula de arbitragem. Improcedência, *Revista de Mediação e Arbitragem* nº 02, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 261/271.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Arbitragem Comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol.II, Rio de Janeiro: Forense, 1997.