

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

André Barabino

Negócios Jurídicos na Arbitragem

Mestrado em Direito

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

André Barabino

Negócios Jurídicos na Arbitragem

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

André Barabino

Negócios Jurídicos na Arbitragem

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora

Professor Doutor Francisco José Cahali (Orientador)

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Esta obra é dedicada à minha esposa, Joana, à minha filha, Cecilia, que inspiram minha vida, e aos meus pais, Regina e Fernando, exemplo de pessoas, que sempre apoiaram e incentivaram toda minha jornada acadêmica.

## AGRADECIMENTOS

Ao Professor Francisco José Cahali, exemplo de dignidade e sabedoria, que me ofereceu o privilégio de sua orientação neste trabalho e ao longo de todo o curso de mestrado.

Ao Professor Giovanni Ettore Nanni, pela confiança, incentivo, paciência, apoio e ensinamentos antes e durante o curso de mestrado, bem como às preciosas sugestões, correções e críticas, feitas durante a banca de qualificação que com certeza contribuíram para melhorar a presente dissertação.

Ao Professor Gilberto Haddad Jabur, que também compôs minha banca de qualificação, pelas valiosas críticas e correções, que contribuíram para a presente produção.

Aos professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e colegas de mestrado, cujas aulas e debates foram enriquecedores e contribuíram para o presente trabalho.

Aos meus caros sócios e colegas de escritório pela confiança e apoio.

À minha querida esposa Joana, pelo apoio, compreensão e paciência durante toda a jornada que culminou no presente estudo.

À minha filha Cecilia, pela alegria e amor que diariamente me transmite e me dá mais razão para viver.

Aos meus pais Regina e Fernando, pelo apoio, educação e ajuda para enxergar o caminho correto a ser trilhado.

Ao meu querido tio e Professor Fábio Nusdeo, pelo exemplo e inspiração para o ingresso na vida acadêmica, assim como pelo interesse e contribuições para o desenvolvimento da presente dissertação.

A todos, muito obrigado!

## RESUMO

A arbitragem é intimamente relacionada ao Direito Civil, eis que a sua gênese, a convenção de arbitragem, meio pelo qual as partes optam pela jurisdição arbitral para resolução de conflitos, tem estreita relação com o direito privado, razão pela qual deve observar certos requisitos atinentes aos negócios jurídicos.

Ao longo de um procedimento arbitral, diversas são as relações obrigacionais estabelecidas entre as partes, órgão institucional e árbitros, da mesma forma que diversos negócios jurídicos são formados, com características próprias.

Exemplos disso são a própria convenção de arbitragem, em suas formas de cláusula compromissória e compromisso arbitral, o termo de arbitragem, o ato pela qual as partes escolhem e investem poderes jurisdicionais nos árbitros e a contratação de órgão institucional para administração do procedimento arbitral.

Não se pode negar que cada uma das citadas relações jurídicas privadas tem suas características próprias e devem observar os requisitos dispostos nos artigos 104 e 425 do Código Civil.

Desta forma, o presente trabalho visa examinar esses vínculos contratuais, assim como os requisitos que cada um desses negócios jurídicos da arbitragem deve ter para ser existente, válido e eficaz.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Convenção de arbitragem. Cláusula compromissória. Compromisso arbitral. natureza jurídica contratual. negócio jurídico. termo de arbitragem. arbitragem institucional. vínculo contratual.

## ABSTRACT

The arbitration is related to Civil Law, considering that its genesis, the arbitration clause, whereby the parties choose the arbitral jurisdiction for the resolution of conflicts, has an intimate relationship with private law, reason why it shall observe certain requisites relative to the legal transactions.

In the course of an arbitration proceeding, there are various obligation relationships established between the parties, arbitration center and the arbitrators, as well as several legal transactions are formed, with its unique requirements.

Examples of the contractual relationship formed on arbitration are the arbitration clause, the term of reference, the term which the parties choose and invest jurisdictional powers to the arbitrator and the contracting of an institutional center to administrate the arbitration proceeding.

Each of these contractual relationships have their own characteristics and shall observe the requirements established in articles 104 and 425 of the Brazilian Civil Code.

Therefore, the purpose of this dissertation is to analyze the contractual relationships, as well as the requirements each of these legal transactions of the arbitration shall have to be existent, valid and effective.

**Keywords:** Arbitration. Arbitration agreement. Commitment clause. Arbitration commitment. Contractual legal nature. Legal transaction. Term of reference. Institutional arbitration. Contractual relationship.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	História da arbitragem	11
	2.1 Histórico da arbitragem no Brasil	14
3	NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	22
	3.1 Teoria contratual	24
	3.2 Teoria jurisdicional	25
	3.3 Teoria mista ou híbrida	28
	3.4 Teoria autônoma	28
4	NEGÓCIO JURÍDICO	31
	4.1 Plano da existência	34
	4.2 Plano da validade	36
	4.3 Plano da eficácia	37
	4.4 Análise progressiva do negócio jurídico	39
	4.5 Distinções entre autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia negocial	42
5	CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	46
	5.1 Observações preliminares	46
	5.2 Natureza jurídica da convenção arbitral	48
	5.3 Cláusula compromissória	51
	5.3.1 Cláusula compromissória cheia	54
	5.3.2 Cláusula compromissória vazia	55
	5.3.3 Cláusula patológica	57
	5.3.4 Cláusula compromissória escalonada	58
	5.4 Compromisso arbitral	59
	5.5 Efeitos da convenção arbitral	60
6	CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM COMO NEGÓCIO JURÍDICO	63
	6.1 Plano da existência	64

6.2	Plano da validade	68
6.3	Plano da eficácia	76
7	TERMO DE ARBITRAGEM	78
7.1	Noções Gerais	78
7.2	Termo de arbitragem como negócio jurídico	84
8	CONTRATO COM ÁRBITRO	88
8.1	Noções Gerais	88
8.2	Contrato com árbitro como negócio jurídico	96
9	CONTRATO COM INSTITUIÇÃO ARBITRAL	100
9.1	Noções Gerais	100
9.2	Contrato com a instituição arbitral como negócio jurídico	103
10	CONCLUSÃO	106
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

## 1 INTRODUÇÃO

Em uma análise superficial, pode parecer que a arbitragem é relacionada, ou está contida no Direito Processual Civil, isto porque trata-se de procedimento jurisdicional para solução de controvérsia.

Ademais, ao longo do procedimento arbitral também há produção de provas, muitas vezes de forma semelhante ao que ocorre em um processo judicial. A sentença arbitral produz os mesmos efeitos daquela proferida pela jurisdição estatal.

No entanto, ao longo de todo o procedimento arbitral são formadas diversas relações obrigacionais, sendo celebrados negócios jurídicos, motivo pelo qual não se pode ignorar ou desprezar a sua proximidade, também, com o Direito Material, e mais propriamente dito, com o Direito Privado, em que se tem a base para o negócio jurídico.

A arbitragem tem seu nascimento em uma relação contratual<sup>1</sup>, além de ter diversos negócios jurídicos ao longo de seu desenvolvimento. É partindo desse pressuposto que o presente estudo analisará os elementos, natureza jurídica e requisitos dos seguintes vínculos contratuais inseridos no procedimento arbitral: (i) convenção de arbitragem, em suas formas de cláusula compromissória e compromisso arbitral; (ii) termo de arbitragem ou ata de missão; (iii) vínculo contratual com árbitros; e (iv) vínculo contratual com os centros de arbitragem, órgãos institucionais que administram o procedimento arbitral.

Para isso, é preciso analisar a teoria geral e formação dos negócios jurídicos à luz da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307 de 1996), a fim de identificar os elementos de cada um dos vínculos contratuais estabelecidos no curso do procedimento arbitral.

Muito embora haja consenso sobre a íntima relação entre Arbitragem e Direito Civil, assim como a presença de diversos negócios jurídicos na formação e ao longo do procedimento arbitral, não há regulação específica para essas relações obrigacionais, mas mera referência em alguns regulamentos de alguns órgãos institucionais e doutrina esparsa sobre o tema.

Com isso, a elaboração dos instrumentos que formalizam mencionados negócios jurídicos poderia passar a ser tratada de forma mais sistemática dentro dos procedimentos arbitrais, eis que se saberia com maior clareza e precisão quais os requisitos e elementos que devem constar em cada um desses instrumentos contratuais que se pretende abordar no estudo ora proposto.

---

<sup>1</sup> Aliás os artigos 851 a 853 do Código Civil preveem a possibilidade de as partes celebrarem compromisso ou cláusula compromissória para solução de controvérsia, que é harmonizado com a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).

O presente trabalho abordará de forma preliminar a história da arbitragem, assim como seu desenvolvimento no Brasil.

Também será examinada a natureza jurídica da arbitragem, com suas diversas teorias e divergências de posicionamentos doutrinários, a teoria dos negócios jurídicos, para que posteriormente possam ser examinados os negócios jurídicos concretos e específicos à luz do conceito geral dos negócios jurídicos em seus planos da existência, validade e eficácia.

Serão abordados conceito, características, efeitos, assim como destacada a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da convenção de arbitragem. Também serão analisadas suas espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral, com suas peculiaridades. Por fim, a convenção de arbitragem será estudada sob a ótica dos três planos do negócio jurídico (existência, validade e eficácia).

Também será examinado o conceito, a finalidade e o uso do termo de arbitragem ou ata de missão, como os regulamentos de diversos órgãos institucionais tratam de tal instrumento, quem são as partes que o integram, assim como serão evidenciadas suas características como negócio jurídico na arbitragem.

No que toca ao contrato com o árbitro será analisada a sua formação, os seus efeitos, as obrigações que as partes e os árbitros assumem ao celebrá-lo, assim como suas características e elementos como negócio jurídico de direito privado.

Por fim, será analisada a relação contratual entre as partes, órgão institucional e árbitros. Será estudada sua formação, os direitos e obrigações de cada parte, assim como seus elementos e características como negócio jurídico na arbitragem.

## 2 HISTÓRIA DA ARBITRAGEM

Paralelamente à solução judicial das controvérsias, e como meio mais adequado para resolução de forma eficiente e célere de determinados conflitos, a arbitragem surge como mecanismo heterocompositivo de solução de litígios, pelo qual é conferido a um terceiro, não investido do Poder de Estado, e nos termos da vontade externada pelas partes envolvidas, a atribuição de decidir, de forma definitiva, acerca de determinada controvérsia.

Carlos Alberto Carmona<sup>2</sup>, comentando a Lei de Arbitragem, define arbitragem como:

[...] meio alternativo<sup>3</sup> de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial — é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Conforme relata Francisco José Cahali<sup>4</sup> a arbitragem é tão antiga quanto à própria humanidade. Lembra o autor que se tem notícia de arbitragem até na mitologia grega:

Aliás, tem-se notícia de arbitragem até na Mitologia grega, quando Zeus nomeou um árbitro para decidir qual das Deusas mereceria o “pomo de ouro da mais bela”; veja-se a passagem da *Ilíada*: “(...) e deixou à mesa um pomo e o título de mais bela. *Para não arranjar confusão entre os deuses, Zeus então ordenou que o príncipe troiano Páris, na época sendo criado como um pastor ali perto, resolvesse a disputa.* Para ganhar o título de ‘mais bela’, Atena ofereceu a Páris poder na batalha, Hera o poder e Afrodite o amor da mulher mais bela do mundo. Páris deu o pomo a Afrodite, ganhando assim sua proteção, porém atraindo o ódio das outras deusas contra si e contra Troia.

Assim, evidencia-se que na mais remota antiguidade, a humanidade já buscava caminhos para resolução de seus conflitos, visto que os atos de comércio de qualquer natureza, exigiam respostas rápidas, pois as pendências necessitavam de soluções, boas ou más, porém eficazes. Na doutrina consta que o pacto mais antigo contendo expressamente cláusula compromissória arbitral foi firmado entre Atenas e Esparta em 445 a.C<sup>5</sup>. Aliás, sobre esse

<sup>2</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

<sup>3</sup> De acordo com Francisco José Cahali, *in* CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 115: "Refere-se a alternativo tendo como parâmetro a jurisdição estatal, mas não como substituto sistema jurídico capaz de desvencilhar-se do ordenamento, pois na arbitragem aplica-se o direito material e processual, além dos princípios gerais e a Constituição Federal, ou seja, é uma alternativa à justiça estatal, mas seguindo regras jurídicas para o julgamento."

<sup>4</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 30.

<sup>5</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil*. In: GARCEZ, José Maria; PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35.

particular aspecto, é interessante notar que a arbitragem era apenas praticada entre gregos, não sendo aceita, de forma alguma, para dirimir conflitos com estrangeiros.

A arbitragem, nesse período, se manifestou na esfera que conhecemos hoje, na resolução de conflitos individuais, aparecendo, em diversas *polis* “a figura do árbitro, que decide o litígio de modo breve, com sim ou não, julgado de modo mais flexível, sem ater-se às regras processuais formais e à lei, como o juiz estatal, lançando mão, quando considerava da *epieiquia*, ou seja da equidade.”<sup>6</sup>

Importa lembrar que para alguns autores a arbitragem desenvolveu-se na Idade Média em decorrência de: 1) ausência de leis ou a sua excessiva rigidez e incivilidade; 2) falta de garantias jurisdicionais; 3) uma variedade de ordenamentos; 4) a fraqueza do Estado; e 5) os conflitos existentes entre o Estado da época e a Igreja.<sup>7</sup>

É a partir de uma análise da evolução desse Direito conjuntamente com aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais que influenciaram a conduta desse povo, que se observam os motivos que causaram as periódicas transformações na sua legislação.<sup>8</sup>

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Dinamarco<sup>9</sup> comentam que na Antiguidade com a ausência de um Estado forte que assumisse a prerrogativa de decidir os conflitos entre pessoas, prevalecia a vingança privada, posteriormente, evoluindo para a justiça privada.

Sobre o tema, salienta José Cretella Neto que “para entender a evolução do conceito de arbitragem através da história é preciso lembrar que é relativamente recente o conceito de Estado, sendo o poder concentrado nas mãos do monarca e de classes de nobres, sacerdotes e funcionários encarregados da administração do reino. Tampouco existia uma autoridade julgadora independente e leis gerais, abstratas e impessoais, aplicáveis a todos os súditos.”<sup>10</sup>

A tutela dos direitos originou-se em decorrência da preservação e da concepção individualista do justo ou injusto, comparado, não raras vezes, aos princípios sociais e religiosos do clã, da tribo ou da Antiguidade.<sup>11</sup>

A pacificação dos conflitos sociais iniciou-se por intermédio da autotutela, na medida em que as instituições ainda eram frágeis não resolvendo os conflitos de interesse, seja por falta de organização ou autoridade.<sup>12</sup> Isso porque a sociedade arcaica não possuía qualquer meio

<sup>6</sup> CRETELLA NETO, José. Comentários à lei da arbitragem brasileira, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.4.

<sup>7</sup> MUJALLI, Walter Brasil. *A nova lei de arbitragem – comentários e legislação*. São Paulo: LED, 1997, pg. 40.

<sup>8</sup> FIGUEIRA, Joel Dias Jr. Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p 24.

<sup>9</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 21

<sup>10</sup> CRETELLA NETO, José, Comentários à lei de arbitragem brasileira, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 1.

<sup>11</sup> CRETELLA NETO, José, Comentários à lei de arbitragem brasileira, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 1.

<sup>12</sup> CRETELLA NETO, José, Comentários à lei de arbitragem brasileira, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 1.

eficaz de proteção ao direito, a não ser o emprego da força para garantir a proteção de um interesse ou direito, imperando a vontade unilateral sem qualquer relação com o conceito de justiça.

Ultrapassada a fase primitiva da autotutela e da vingança privada, passou-se à fase da autocomposição. Nela, as partes buscavam por si próprias resolver seus conflitos. Não havia, todavia, mecanismos coercitivos capazes de fazer cumprir o acordado, o que gerava o retorno à autotutela, agora para fazer cumprir o avençado.<sup>13</sup>

Com o passar do tempo, os indivíduos passaram a nomear terceiros para solução de suas controvérsias. Havia confiança mútua entre as partes. Aos poucos, os indivíduos encontraram nesse terceiro uma boa forma para acomodar os conflitos de interesses.

Nota-se que a arbitragem coexistiu como forma de solução das controvérsias nas relações entre particulares até o século II a.C, mesmo com o desenvolvimento do julgamento pelo poder judicante, ainda que a decisão final não gozasse de força coercitiva<sup>14</sup>.

Historicamente, sabe-se que o *compromisso* – a convenção em virtude da qual duas ou mais pessoas se obrigavam a louvar-se em árbitros, no concernente ao esclarecimento de uma lide surgida entre elas – era utilizado com frequência entre os romanos. Foi se aperfeiçoando durante o Baixo Império e Justiniano, atualizando o que a praxe pós-clássica havia paulatinamente realizado, concedeu uma *actio in factum* contra a parte que não executasse o laudo.<sup>15</sup>

Chama-se compromisso o contrato pelo qual os figurantes se submetem, a respeito de direito, pretensão, ação ou exceção, sobre que há controvérsia, à decisão de árbitro. Entra na classe dos contratos que têm por fim a eliminação de incerteza jurídica (...) compromete-se, em sentido técnico, quem se submete a juízo arbitral. Qualquer outro sentido que se dê a ‘compromisso’ é extensão devida à linguagem vulgar e imprópria de juristas. No fundo, teste para se saber até onde vão os conhecimentos de quem escreve sobre direito.<sup>16</sup>

Assim, foi Justiniano quem tornou vinculante a decisão arbitral, mediante juramento das partes e dos árbitros de se conformar com tal decisão. O julgado proferido pelo árbitro

---

<sup>13</sup> CRETELLA NETO, José. Curso de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6.

<sup>14</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem internacional (introdução histórica). In: (Coord.) FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, 1978, p.376-378.

<sup>15</sup> CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do código civil brasileiro. 4. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 307-308.

<sup>16</sup> MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. t. XV. (arts. 1046 a 1.102). Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 225.

compelia a parte recalcitrante ao cumprimento da decisão arbitral, sendo vedado ao juiz analisar a matéria de mérito<sup>17</sup>.

Com a invasão do Império Romano pelos bárbaros, a arbitragem ganhou força, na medida em que os povos invadidos preferiam solucionar os litígios utilizando suas próprias leis e costumes ao invés de se submeterem ao direito dos invasores<sup>18</sup>. Ademais, os bárbaros possuíam noções jurídicas menos desenvolvidas do que os romanos.<sup>19</sup>

Na Revolução Francesa, que marca o Estado Moderno, a arbitragem era utilizada como mecanismo alternativo para sopesar os abusos praticados pelo Estado dominado pelas vontades dos reis. No entanto, os revolucionários a instituíram como obrigatória, contrariando sua natureza facultativa. Todavia, a arbitragem obrigatória foi abolida em 9 de maio de 1806 e o Código de Processo Civil francês limitou sua aplicação, impondo severas formalidades, o que acabou por desestimular sua utilização.<sup>20</sup>

Desta forma, apesar do fato de a arbitragem ser usada como mecanismo para solução de conflitos há tanto tempo, vale lembrar que sua utilização foi esquecida por séculos e, mesmo agora, no mundo moderno, encontra-se em amadurecimento, desfrutando, no Brasil, de crescimento estrondoso nos últimos anos.<sup>21</sup>

## 2.1 Histórico da arbitragem no Brasil

A arbitragem é conhecida no Brasil desde a época de Colônia, com previsão nas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1520) e Ordenações Filipinas (1603), que disciplinavam a figura dos árbitros e dos arbitradores.<sup>22</sup>

Também na primeira Constituição do Império de 1824<sup>23</sup>, havia a possibilidade de as partes optarem por um juiz-árbitro para resolver o litígio entre elas, tanto para questões de natureza penais quanto cíveis.

---

<sup>17</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem internacional (introdução histórica). In: (Coord.) FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, 1978, p.379; CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p.42.

<sup>18</sup> CRETELLA NETO, José. Curso de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.7-8

<sup>19</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.12.

<sup>20</sup> CRETELLA NETO, José. Curso de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.10/11

<sup>21</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pg. 23.

<sup>22</sup> BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010, p. 52/54.

<sup>23</sup> Constituição Política do Império do Brasil de 1824, artigo 160: “Nas cíveis (sic), e nas penaes (sic) civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

O Código Comercial, promulgado em 1850 (Lei nº 556/1850), previa a obrigatoriedade do uso da arbitragem para a resolução de conflitos relacionados a determinadas matérias, como direito societário<sup>24</sup> e locação mercantil<sup>25</sup>.

Humberto Theodoro Júnior<sup>26</sup> expõe que, com o advento do Código Comercial, foi editado o primeiro Código Processual nacional, o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que regulou a “ordem do juízo no processo comercial”, ocupando-se do juízo arbitral no Capítulo I do Título VII, artigos 411 a 465.

Jacob Dolinger e Carmen Tibúrcio<sup>27</sup> asseveram que o Decreto nº 3.900/67, que revogou o juízo arbitral necessário previsto no Código Comercial, foi o responsável pelo esvaziamento dos efeitos da cláusula compromissória do Direito pátrio, confirmando a tradição do compromisso como o único instrumento hábil à instauração da arbitragem.

Nesse mesmo sentido, Pedro Martins<sup>28</sup> leciona que esse dispositivo transformou a cláusula compromissória em mero pacto de “contrahendo” ou “compromittendo” sem eficácia ou força legal.

Generalizou-se, assim, o entendimento de que o *pacto de compromittendo* não possuía efeito vinculativo, o que o caracterizava como verdadeiro *pactum nudum* (ou *nudum pactum*), passível de indenização somente.<sup>29</sup> A jurisprudência, de forma pacífica, corroborava tal pensamento<sup>30</sup> e não conferia ao *pacto de compromisso* o efeito necessário para instauração do procedimento arbitral.

Com a proclamação da República, sob a égide da Constituição de 1891, os Estados-membros puderam legislar sobre matéria processual e, portanto, sobre arbitragem.

---

<sup>24</sup> Artigo 348 – Acabada a liquidação, e proposta a forma de divisão e partilha, e aprovada uma e outra pelos sócios liquidados, cessa toda e qualquer reclamação da parte destes, entre si reciprocamente e contra os liquidantes. O sócio que não aprovar a liquidação ou a partilha é obrigado a reclamar dentro de 10 (dez) dias depois desta lhe ser comunicada; pena de não poder mais ser admitido a reclamar, e de se julgar por boa a mesma liquidação e partilha. A reclamação que for apresentada em tempo, não se acordando sobre ela os interessados, **será decidida por árbitros**, dentro de outros 10 (dez) dias úteis; os quais o juiz de direito do comércio poderá prorrogar por mais 10 (dez) dias improrrogáveis.

<sup>25</sup> Artigo 245 – Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil **serão decididas em juízo arbitral**.

<sup>26</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.14.

<sup>27</sup> DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.21.

<sup>28</sup> MARTINS, Pedro Antônio Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de Lei do Senado nº78/92. Revista de Processo, v.77, p.25, jan.1995; MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria; PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.47.

<sup>29</sup> MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito. 4. ed. aum. e atual. por José de Aguiar Dias. t. I. 4 Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 670; (II) BEVILAQUA, Clovis. Código civil dos estados unidos do Brasil commentado. vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946. p. 191;

<sup>30</sup> RJTJSP 87:247, bem como os acórdãos RJTJESP 78:235, RT 558:80, 512:170, 568:11, 564:227, 434:159 e 472:128. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 100.

No estado de São Paulo, por exemplo, o Código de Processo Civil e Comercial, promulgado pela Lei nº 2.421, de 14 de janeiro de 1930, disciplinou a arbitragem no Livro VIII (Do juízo arbitral), exigindo a homologação da sentença arbitral para torná-la exequível.

No entanto, a Constituição de 1934 acabou com a repartição de competência em matéria processual, atribuindo competência exclusiva à União, referindo-se à arbitragem comercial entre os objetos da legislação federal.

No Código Civil de 1916, estava prevista a arbitragem no capítulo que tratava do compromisso (artigos 1.038/1.048<sup>31</sup>), prevendo que da sentença não cabia recurso, exceto se o contrário convencionasse as partes. Era realizado um compromisso por escrito entre as partes designando um árbitro para solucionar tal questão, o contrato seria válido, afastando o Poder Judiciário do litígio em questão.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 1973, não houve alteração substancial em relação à arbitragem, conforme dispunham os artigos 1.072 a 1.102. Diferentemente do Código Processual anterior, a nova legislação estabeleceu que o laudo ou sentença arbitral deveria receber a chancela do Poder Judiciário, por meio de procedimento de homologação judicial, cabendo recurso de apelação da sentença que homologasse ou não o laudo arbitral.

Além disso, mesmo que estabelecida previamente em contrato, a cláusula compromissória<sup>32</sup> não era autoaplicável, ou melhor, não vinculava as partes, pois, uma vez surgido o conflito, essas deveriam ratificar sua vontade, por meio de compromisso arbitral específico<sup>33</sup>.

Em outras palavras, a cláusula compromissória somente teria eficácia com a ratificação das partes no momento da deflagração do conflito. Esse procedimento dificultava a concretização da arbitragem, já que, uma vez deflagrado o conflito, as partes envolvidas, muitas vezes já desgastadas pelo litígio, não detinham os mesmos interesses nem condições para novas negociações.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Artigo 1.041 – Os árbitros são juízes de facto e direito, não sendo sujeito ou seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes. (sic)

<sup>32</sup> Carlos Alberto Carmona define a cláusula compromissória como o “pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica”. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 16.

<sup>33</sup> De acordo com, CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p.04: “A cláusula arbitral ou cláusula compromissória – dispositivo contratual em que as partes preveem que resolverão eventuais disputas surgidas em determinado negócio jurídico por meio da arbitragem – foi totalmente desprestigiada no direito interno brasileiro até o advento da Lei nº9.307/96, 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 artigo 301, IX, do Estatuto de Processo, em sua versão original.”

<sup>34</sup> A necessidade de posterior ratificação da arbitragem por compromisso arbitral desmotivava seu emprego, por criar uma situação de insegurança jurídica às partes contratantes. Por isso, era fortemente criticada por Carlos Alberto Carmona: “[...], a doutrina e a jurisprudência praticamente transformaram o *pacto de contrahendo* (cláusula compromissória) em verdadeiro *pacto nudum*, contribuindo para que os agentes do comércio (especialmente os agentes do comércio internacional)

E os tribunais pátrios decidiam que o desrespeito à cláusula arbitral não permitia a execução específica de obrigação de fazer, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos, reconhecidamente de difícil liquidação.

Foi com o advento da Lei nº 9.307/96, que a arbitragem foi sistematizada no Brasil, representando verdadeira inovação legislativa. A arbitragem ganhou força e passou a ser utilizada de forma contínua como meio alternativo ao Poder Judiciário para resolução de controvérsias.

Não se pode deixar de mencionar a *Operação Arbitrer*<sup>35</sup> conduzida por Petrônio R. G. Muniz, no início dos anos 90, que resultou na aprovação da Lei de Arbitragem e, conseqüentemente, viabilizou a consolidação da arbitragem no Brasil.

Assim, com a edição da Lei federal nº 9.307/96, grande parte dos entraves para a submissão de um litígio à arbitragem restaram superados.

Dentre as inovações, destaca-se a desnecessidade de homologação do laudo arbitral para produção de seus efeitos e a atribuição de força vinculante à cláusula compromissória.

Durante muitos anos, a cláusula compromissória foi entendida como um pré-contrato, segundo o qual as partes se comprometiam a celebrar o compromisso para que se pudesse, validamente, instituir a arbitragem. No entanto, seguindo a técnica vigente no passado, antes do advento da Lei de Arbitragem, muito embora o compromisso fosse essencial, não previa a legislação os meios adequados para que forçasse a parte recalcitrante a celebrar o compromisso. A isso denominava-se a ausência de execução específica da cláusula compromissória<sup>36</sup>.

Também foi com o advento da Lei de Arbitragem que a cláusula compromissória passou a contar com execução específica prevista em lei (artigo 7.<sup>o</sup><sup>37</sup>), atribui-se a ela o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem.

No entanto, alguns dispositivos da nova legislação ainda foram alvo de ação direta de inconstitucionalidade antes de semear seus frutos. Contudo, o Supremo Tribunal Federal<sup>38</sup>, por

---

abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil". (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 5).

<sup>35</sup> MUNIZ, Petrônio R. G. *Operação Arbitrer*: a história da Lei n. 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil. Salvador: Assembleia Legislativa, 2ª ed. 2016.

<sup>36</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. Revista de arbitragem e mediação, v.4, p.34, jan.2005, p. 3.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> No julgamento de processo de homologação de sentença estrangeira, SE 5.206/ES, assim ementado: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título

maioria de votos (7 a 4), em julgamento encerrado em 2001, entendeu que a escolha das partes pela arbitragem como forma de solucionar suas controvérsias não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Em seguida, em 2002, o Brasil aderiu à Convenção de Nova Iorque, pela qual se dá o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras. O Brasil aderiu integralmente ao Estatuto, que comina a resolução de conflitos à Corte de Haia ou a outras Cortes já existentes ou que vierem a existir.

No Código Civil de 2002, o compromisso arbitral é mencionado nos artigos 851 e 852 e a cláusula compromissória, no artigo 853, embora o capítulo XX seja denominado apenas "Do compromisso". Todavia, os dispositivos nada acrescentam às disposições da Lei nº 9.307/96. No entanto, é mais uma evidência da proximidade entre a arbitragem e o direito material.

Atualmente, a arbitragem tem o necessário respaldo legislativo e vem sendo admitida como forma de resolução de litígio em legislações específicas, valendo ressaltar a Lei de Concessões (Lei nº8.987/95), a Lei de Parceria Público-Privada (Lei nº1.1079/2004), o Regulamento do Novo Mercado, o Regulamento da Bolsa Brasileira de Mercadorias e o recente Decreto Portuário que regulamentou o §1º do artigo 62 da Lei nº12.815, de 5 de junho de 2013 (Decreto nº8.465/2015).

A Lei nº 9.307/96 foi recentemente alterada pela Lei nº 13.129/2015, mantendo-se a essência da lei antiga, mas corrigindo-se algumas falhas e aperfeiçoando alguns pontos sensíveis, sem mudança substancial. Dentre as alterações trazidas pela nova legislação, podemos citar alguns pontos: primeiro ponto que vale destacar é a inclusão da possibilidade da

---

executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

Administração Pública valer-se da arbitragem nas hipóteses em que a lide envolver conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis<sup>39</sup>. Muito embora tal prática já fosse possível, o legislador preferiu positivizar tal possibilidade para não haver mais discussão. A autoridade ou órgão competente da Administração Pública direta competente para celebrar convenção de arbitragem é a mesma que realiza acordos ou transações.

Foi acrescentado o §1º ao artigo 19<sup>40</sup>, estabelecendo que a instauração da arbitragem interrompe a prescrição<sup>41</sup>, retroagindo à data de seu requerimento, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

A alteração também positivou a possibilidade de sentenças parciais<sup>42</sup>, o que também já era admitido pela doutrina e jurisprudência. Com isso, foi necessário revogar o inciso V do artigo 32, tendo em vista que este declarava nula a sentença arbitral que não decidia o todo submetido à arbitragem. Assim, passou a ser válida a sentença que decidir apenas alguns pontos controvertidos da lide.

Também foi alterada a redação do artigo 32<sup>43</sup>, I, substituindo o termo *compromisso* por *convenção de arbitragem*, visando corrigir a impropriedade da antiga redação que não contemplava a cláusula arbitral. O gênero convenção de arbitragem, inserido no diploma legal, abarca tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. Incorporando o entendimento já pacificado da doutrina<sup>44</sup> e da jurisprudência<sup>45</sup>, a alteração da Lei de Arbitragem também disciplinou as tutelas cautelares e de urgência<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Artigo 1º – As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. §1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis §2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

<sup>40</sup> Artigo 19 – Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. [...] §2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

<sup>41</sup> De acordo com Francisco José Cahali, *in* CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 500 a redação de tal dispositivo deixa a desejar em relação à variedade de situações em que se pode ter o início da busca pelo procedimento arbitral, como por exemplo no caso de cláusula compromissória vazia.

<sup>42</sup> Artigo 23 – A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. §1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais.

<sup>43</sup> Artigo 32 – É nula a sentença arbitral se: I – for nula a convenção de arbitragem;

<sup>44</sup> Nesse sentido ARMELIN, Donaldo. Jurisprudência comentada. Revista de Arbitragem e Mediação. nº 6 jul.-set. 2005, p. 226.; FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 35. Jul.-set. 2008.; BARROCAS, Manuel Pereira. Algumas notas sobre medidas cautelares no direito comparado na arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 30, p. 51-59, São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2011, p. 55; NANNI, Giovanni Ettore e GUILHARDI, Pedro. Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões à luz da reforma da Lei de Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 45/2014. p. 123/153. abr.-jun. 2015.

<sup>45</sup> Já é uniforme a jurisprudência nesse sentido, destacando-se os seguintes julgados, dentre outros: TJRJ, ApCiv 2003.001.16879; TJSP AgIn 384.896-4/4-00; TJMG AgIn 2.0000.00.4105533-5/000.

<sup>46</sup> Artigo 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. Artigo 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

Assim como disposto no Código de Processo Civil de 2015, a alteração da Lei de Arbitragem instituiu a Carta Arbitral<sup>47</sup>, instrumento de comunicação entre o árbitro e o órgão jurisdicional.

Por fim, destaca-se a alteração promovida no artigo 136<sup>48</sup> da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), permitindo que o procedimento arbitral seja utilizado em conflitos societários, desde que respeitado o quórum qualificado, obrigando, de um lado, a todos os acionistas e, de outro, com algumas ressalvas, assegurando ao dissidente o direito de retirar-se da companhia.

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), tratou da arbitragem em diversos pontos, destacando que algumas alterações foram decorrentes de sugestões propostas pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, como, por exemplo, a carta arbitral, conforme veremos em detalhes abaixo.

O artigo 3<sup>o</sup><sup>49</sup> do Código de Processo Civil prevê que a arbitragem e os meios alternativos de resolução de conflitos são plenamente compatíveis com o princípio da inafastabilidade da jurisdição e devem ser estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

O inciso IV do artigo 189<sup>50</sup> impõe o segredo de justiça aos processos que versem sobre arbitragem e o cumprimento da carta arbitral, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

---

<sup>47</sup> Artigo 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

<sup>48</sup> Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45. § 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou. § 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável: I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

<sup>49</sup> Artigo 3º – Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

<sup>50</sup> Artigo 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: [...] IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

A cooperação entre a jurisdição estatal e arbitral, imprescindível ao desenvolvimento da arbitragem, foi expressamente tratada pelo inciso IV do artigo 237<sup>51</sup>, que criou a carta arbitral de modo a disciplinar a comunicação entre juízes e árbitros, que deverá conter os documentos elencados no §3º do artigo 260<sup>52</sup> e preencher os requisitos, no que couber, dos incisos I a III do dispositivo.

O artigo 1.061<sup>53</sup> altera a Lei de Arbitragem para adequá-la à sistemática processual e permitir que a decretação da nulidade da sentença arbitral seja arguida em impugnação ao cumprimento de sentença e não mais em embargos à execução.

Assim, pode-se dizer que com a ampla reforma legislativa tratando de arbitragem nos últimos anos no Brasil, essa forma de resolução de conflitos vem ganhando segurança e sendo cada vez mais utilizada.

---

<sup>51</sup>Artigo 237. Será expedida carta: [...] IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

<sup>52</sup>Artigo 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: I – a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II – o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III – a menção do ato processual que lhe constitui o objeto; IV – o encerramento com a assinatura do juiz. [...] §3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o *caput* e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

<sup>53</sup>Artigo 1.061. O §3º do artigo 33 da Lei nº9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), passa a vigorar com a seguinte redação: “Artigo 33 [...] §3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos artigos 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.”

### 3 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Ao analisar a natureza jurídica de determinado instituto jurídico, verifica-se se tal instituto tem diversos pontos comuns a uma determinada categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação.

Em relação à arbitragem, muito se questiona sobre sua natureza jurídica. Por seu caráter privado (o Estado, em regra, não se imiscui no procedimento arbitral de resolução do conflito, salvo em casos excepcionais ou para determinar a execução forçada<sup>54</sup>), há argumentos favoráveis à natureza contratual privada. Por outro lado, por se tratar de um processo que resulta em uma decisão imposta de forma definitiva, é possível classificá-lo como uma modalidade jurisdicional autônoma e alternativa ao Poder Judiciário.

A discussão refere-se à posição dicotômica: de um lado, a autonomia privada (não se pode imaginar a instituição da arbitragem senão pela vontade das partes envolvidas), e, de outro, o caráter definitivo e vinculante da decisão imposta pelo árbitro, ou seja, sua natureza jurisdicional.

Para José Luís Esquível<sup>55</sup>, a natureza jurídica da arbitragem tem sido analisada sob a ótica de três correntes. Segundo a “corrente contratualista”, a arbitragem tem natureza de negócio jurídico, caracterizado pela autonomia das partes quanto às regras a serem aplicadas na resolução de conflitos de natureza disponível. A natureza contratualista se evidencia pela necessidade de convenção arbitral entre as partes. Já para a “corrente judicialista”, os árbitros se equiparam a juízes, cujas decisões têm a mesma força vinculante das decisões judiciais, equiparando-se a função arbitral ao poder estatal de julgar. Por fim, para a “corrente mista”, a arbitragem tem aspectos tanto contratual como jurisdicional.

Segundo Francisco José Cahali, existem quatro teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem:

A discussão a respeito da natureza jurídica da arbitragem é antiga, e provocou a reflexão atenta de estudiosos de escol. Porém, a nova formação dada a este instituto pela Lei 9.307/1996 resolveu, segundo a maioria expressiva de autores, a polêmica até então existente. São basicamente quatro as teorias a respeito: privatista

---

<sup>54</sup> Embora a arbitragem disponha da chamada *jurisdictio*— poder de dizer o direito — não detém o *imperium*— poder de obrigar o cumprimento. Nesse caso, as decisões que não forem voluntariamente obedecidas deverão ser executadas perante o Poder Judiciário. Outras hipóteses de recorrer ao Poder Judiciário dizem respeito a eventuais nulidades no curso do processo de arbitragem, execução de medidas coercitivas, antecipatórias, cautelares e instrutórias, etc.

<sup>55</sup> ESQUÍVEL, José Luís. Os contratos administrativos e a arbitragem. Coimbra: Almedina, 2004.

(contratual), jurisdicionalista (publicista), intermediária ou mista (contratual-publicista) e a autônoma.<sup>56</sup>

A corrente híbrida ou mista parece, acertadamente, sintetizar as características da arbitragem de ambas as correntes, contratual e jurisdicional, já que o procedimento não é nem totalmente livre às partes nem integralmente jurisdicionado, o que permite determinada margem de decidibilidade pelas partes envolvidas.

Enquanto a vontade das partes é elemento fundamental para sua constituição, não se podendo admitir arbitragem sem o consentimento das partes (viés contratual), figura-se absolutamente irrelevante a concordância da parte no que tange ao quanto decidido pelo árbitro ou tribunal arbitral (viés jurisdicional).

É em razão dessas características que José Cretella Neto<sup>57</sup> propõe que a arbitragem tenha uma natureza *sui generis*, pois o fundamento contratual na sua instituição cede lugar para o fundamento jurisdicional na forma de resolução de conflitos.

Essa teoria também é defendida por Irineu Strenger<sup>58</sup>, José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista<sup>59</sup>.

A natureza jurídica da arbitragem foi objeto de extenso debate acadêmico na primeira metade do século XX. A decisão da Corte de Apelação de Paris no caso Del Drago<sup>60</sup> estimulou a discussão sobre o tema, ao declarar que um laudo estrangeiro equivalia a uma sentença estrangeira, impulsionando, assim, a natureza jurisdicional do laudo.

Hoje a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem tem colorido acadêmico, conforme sustenta Carlos Alberto Carmona<sup>61</sup>. No entanto, o desenvolvimento das teorias jurisdicional, contratual, híbrida (ou mista) e autônoma levaram ao desenvolvimento do princípio da autonomia da convenção de arbitragem e da teoria da deslocalização da convenção

---

<sup>56</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, mediação, resolução CNJ 125/2010. 5ª ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pag. 123/124.

<sup>57</sup> CRETELLA NETO, José. Curso de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>58</sup> STRENGER, Irineu. Arbitragem comercial internacional. São Paulo: LTr., 1996, p.144-148: “A vontade das partes intercede na origem do processo e nas modalidades de seu conteúdo e objeto, inclusive na eleição do direito aplicável ao fundo ou à forma. Contudo, uma vez determinado e estabelecido o processo, os árbitros nomeados atuam como juízes, com independência das partes, das quais não podem considerar-se mandatários, porque estão investidos de função autenticamente jurisdicional, que vai se desenvolver como se fora um processo afeto a um tribunal estatal.” E conclui, “[...] a arbitragem comercial internacional se conforma conceitualmente ao modelo contratualista-jurisdicional [...]”.

<sup>59</sup> MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p.21: “[...] se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios.”

<sup>60</sup> Cour d’appel Paris, 10 de Dezembro de 1901, Del Drago, 29 Clunet 314 (1902); Cour de Cassation, 27 de julho 1937.

<sup>61</sup> CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 46.

e do laudo.<sup>62</sup> Assim, o seu estudo é relevante para se compreender a função e autoridade do árbitro e do Tribunal Arbitral.<sup>63</sup>

Dessa forma, far-se-á um breve apanhado das citadas teorias a fim de entendê-las com mais detalhes.

### 3.1 Teoria contratual

A corrente privatista acredita que a arbitragem tem a natureza contratual, pois existiria, necessariamente, um contrato aperfeiçoado entre as partes para sua instituição. Não obstante, afirma o caráter privado, tendo em vista que o árbitro não faz parte do poder judiciário e, dessa maneira, a sua função não poderia ser pública, tal como um juiz.

Esta natureza puramente contratual na qual as partes, ao firmarem o compromisso, se obrigam a cumprir o acordado com base no princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e no da autonomia privada, não podendo as partes cumprir o acordo, necessitam buscar auxílio estatal, solução para o litígio. Isto ocorre porque os árbitros com base nesta corrente não têm o poder jurisdicional.

A arbitragem, como forma de resolução extrajudicial de conflitos, é uma evolução da própria liberdade contratual. Se o ser humano é capaz de contratar, também é de resolver os conflitos decorrentes de tais contratos de forma privada, sem a necessidade da intervenção estatal, fundamentando-se no princípio da autonomia privada, o consenso, o acordo de vontades, de confiar a um terceiro a resolução do conflito. Assim, tem-se que: “A arbitragem é de natureza convencional, isto é, deve ser estabelecida pela “convenção de arbitragem”, um acordo entre as partes, de feições contratuais.”<sup>64</sup>

A teoria contratual foi formulada pela *Cour de Cassation* no julgamento do caso *Roses*, através do desenvolvimento do seguinte raciocínio: os laudos arbitrais se baseiam na convenção de arbitragem, constituindo uma unidade com a convenção e compartilhando com essa sua natureza contratual. Assim, declarou-se que tendo o laudo origem contratual, sua natureza é, em princípio, contratual.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 71-72.

<sup>63</sup> MARTINS, Pedro B. de. A arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. [www.batistamartins.com/artigos](http://www.batistamartins.com/artigos), p. 2.

<sup>64</sup> ROQUE, José Sebastião. Arbitragem implanta-se enfim no Brasil. *Revista de Direito*. Universidade Ibirapuera. Coordenadoria de Pesquisa e Extensão. V. 1. N.º 1. outubro, 1998. São Paulo, 1998, pg. 197.

<sup>65</sup> LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 77.

O alicerce da teoria contratual é o de que o procedimento arbitral como um todo é baseado em contratos. A origem é contratual, o Estado, via de regra, não tem influência sobre a decisão proferida pelos árbitros, a não ser em casos excepcionais, e se as partes não cumprirem o laudo voluntariamente ele pode ser executado como um outro contrato qualquer.

A liberdade de contratar e a autonomia privada das partes são refletidas na teoria contratual, sendo que o conceito de autonomia na arbitragem foi se desenvolvendo a ponto de destacar a convenção de arbitragem do contrato, possibilitando a aplicação de leis diferentes e o desenvolvimento do princípio da competência-competência. Os defensores desta teoria veem na arbitragem apenas um negócio jurídico; entendendo que a ela representa, na essência, tão somente a extensão do acordo firmado entre as partes.<sup>66</sup> No entanto, não obstante os argumentos trazidos pela corrente privatista, deve-se considerar que o próprio Código de Processo Civil de 2015 ressalta a natureza jurisdicional da arbitragem em seu artigo 3º, parágrafo 1º<sup>67</sup>.

### 3.2 Teoria jurisdicional

De acordo com a teoria jurisdicional, a arbitragem é uma jurisdição, ou seja, uma forma de justiça privada, porque não é mantida pelo Estado, mas por entes privados, executada por eles e destina-se a resolver controvérsias entre os mesmos.

Guilherme Gonçalves Strenger<sup>68</sup> defende a natureza jurisdicional da arbitragem. Para o autor, a arbitragem tem natureza contratual quanto à investidura dos árbitros, mas sua finalidade é jurisdicional. Justifica seu posicionamento com o procedimento arbitral e a necessidade de o árbitro respeitar princípios constitucionais.

Já Francisco José Cahali<sup>69</sup> diz que “(...) o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para resolver conflitos de interesses. Os árbitros, assim, são verdadeiros juízes, pois lhes é atribuída à autoridade para resolver o litígio”.

A teoria jurisdicional se apoia no poder do Estado de controlar e regular as arbitragens sediadas no seu território. As partes só podem recorrer à arbitragem em caso expressa ou implicitamente permitidos pela lei da sede do procedimento. Lew, Mistelise Kröl sustentam que, em função dos efeitos jurídicos conferidos à convenção de arbitragem e ao laudo, essa

---

<sup>66</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 124.

<sup>67</sup> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei

<sup>68</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. Do juízo arbitral. Revista dos Tribunais. São Paulo, v 607 São Paulo: RT, Maio de 1986, p. 32.

<sup>69</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 125.

teoria considera a arbitragem uma atividade delegada do Estado e, ainda, que os árbitros exercem função pública.<sup>70</sup>

Para os que defendam a teoria jurisdicional, a jurisdição não é monopólio do Estado, pois é possível a escolha de um terceiro para compor um conflito de interesses, atuando como se Estado fosse, indubitavelmente há jurisdição.<sup>71</sup>

Mesmo os países que não seguem a teoria jurisdicional não argumentam contra o fato de que o árbitro resolve disputas e o laudo por ele proferido vincula as partes.<sup>72</sup>

No Brasil, fundamenta-se tal corrente nos artigos 18 e 31 da Lei de Arbitragem, que determinam que os árbitros são considerados juízes de fato e de direito, já que suas decisões não precisam ser homologadas pelo Judiciário para produzir efeitos entre as partes. Conforme leciona Humberto Theodoro Jr.<sup>73</sup>:

(...) o novo procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial, já que nem mesmo o compromisso depende necessariamente de intervenção oficial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo. E tal natureza revela-se também na inovação introduzida no art. 584, III, do CPC, que passou a qualificar como título executivo judicial 'a sentença arbitral', independentemente de cláusula de homologação em juízo.

Nelson Nery Jr. assinala que é universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça (escopo político da jurisdição),<sup>74</sup> além de afirmar que, no juízo arbitral, o árbitro exerce verdadeira jurisdição, sendo juiz de fato e de direito.<sup>75</sup>

Joel Dias Figueira Jr.<sup>76</sup> sustenta que não existe impedimento algum a que o Estado atribua aos árbitros o poder de dirimir conflitos em caráter definitivo, salvo nos casos excetuados em lei:

(...) podemos afirmar categoricamente que o juízo arbitral instituído pela Lei nº 9.307/96 apresenta natureza jurisdicional. Está-se, portanto, diante de verdadeira jurisdição de caráter privado. Aliás, o novo micro-sistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão.

<sup>70</sup> LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 74.

<sup>71</sup> TIBURCIO, Carmem. A Lei Aplicável às Arbitragens Internacionais, in MARTINS. Pedro A. B., GARCEZ. José M. R. Reflexões sobre arbitragem *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTR, 2002, p. 95.

<sup>72</sup> LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 66.

<sup>73</sup> TEODORO, Humberto Jr., *Curso de Direito Processual Civil, Forense*, v. III, 27. ed., v. I.

<sup>74</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2. ed., São Paulo, 1992, p. 73-74.

<sup>75</sup> Ada Pellegrini Grinover refere-se, igualmente, a uma acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica, o que incluiria também a arbitragem (A conciliação extrajudicial no quadro participativo). GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 283.

<sup>76</sup> *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, São Paulo, RT, 1999, p. 157.

Podemos, portanto, concluir, com J. E. Carreira Alvim, que o atual sistema de arbitragem brasileiro, “por natureza e por definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da Lei nº 9.307/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes”.<sup>77</sup>

Tal entendimento, aliás, foi corroborado pelo disposto no artigo 3º, parágrafo 1º<sup>78</sup>, do Código de Processo Civil de 2015.

Entre os que defendem a natureza jurisdicional da arbitragem, podemos mencionar Nelson Nery e Rosa Nery<sup>79</sup>, Humberto Theodoro Júnior<sup>80</sup>, Joel Dias Figueira Júnior<sup>81</sup>, Pedro A. Batista Martins<sup>82</sup>, João Roberto Silva<sup>83</sup>, Francisco Cahali<sup>84</sup> e Carlos Alberto Carmona<sup>85</sup>.

<sup>77</sup> Direito Arbitral, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46.

<sup>78</sup> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei

<sup>79</sup> NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p.1.167: “A natureza jurídica da arbitragem é de *jurisdição*. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social”.

<sup>80</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v.3. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.327: “[...] não obstante apoiada no pressuposto de uma autorização contratual, o novo procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial, já que nem mesmo o compromisso depende necessariamente de intervenção judicial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo”; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Seminário internacional sobre direito arbitral. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003, p.224: “Historicamente, portanto, a presença do julgamento dos litígios por árbitros particulares foi o ponto de partida para a institucionalização da própria ideia de jurisdição, pois foram primeiramente os árbitros, e não os magistrados, que se encarregaram de ‘dizer o direito’ para solucionar os litígios entre particulares.”

<sup>81</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, v.4, p.1121-1154, set.2014: “Vê-se, com meridiana clareza, que o legislador aproximou, ou melhor, equiparou a sentença arbitral à sentença proferida pelo Estado-juiz, como ato de autoridade que decide o conflito e vincula as partes litigantes ao cumprimento da declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução exarada pelo juiz ou tribunal privado, gerando todos os efeitos decorrentes da coisa julgada”. “[...] Podemos firmar então, categoricamente, que o juízo arbitral instituído pela Lei nº9.307/96 apresenta natureza jurisdicional. Está-se, portanto, diante de verdadeira jurisdição de caráter privado. Aliás, o novo microsistema que contempla o juízo arbitral não permite, a nosso entender, outra conclusão. Isso porque inexistente qualquer óbice para que o Estado delegue aos juizes privados parcela do poder que detém para dirimir conflitos, ressalvadas as hipóteses vedadas por lei, seja de ordem pública, tendo em consideração a natureza da lide ou a qualidade das pessoas (artigo 1º, Lei nº9.307/96), seja por ausência de vontade e convenção das partes litigantes (artigo 4º, Lei nº9.307/96).”

<sup>82</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria; PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.40: “Note-se que a Lei Marco Maciel, que introduziu sistema arbitral de vanguarda, tornou flagrante o caráter jurisdicional da arbitragem no Brasil como se denota do contorno jurídico conferido a esse instituto (artigo 31), e, bem como, marcou posição de autonomia e independência do juízo arbitral frente à jurisdição estatal, sendo reduzidos os casos de revisão da sentença arbitral pelo Poder Judiciário e, ainda mais restrita essa intervenção, quando se trate de determinações cautelares ou coercitivas, onde o juiz togado é acionado para praticar o ato de império e, assim, impor ao renitente decidido pelo árbitro. O julgador privado, que se equipara ao juiz togado para todos os efeitos – e até como mais responsabilidade funcional – é um dos braços do Estado na administração da justiça, como ocorre, por exemplo, no tribunal do júri.”

<sup>83</sup> SILVA, João Roberto da. Arbitragem: aspectos gerais da Lei nº9.307/96. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2004, p.46-47: “O árbitro aplica o direito ao caso concreto, síntese da jurisdição, exercendo assim, atividade de interesse estatal, sendo expressão de caráter público, o que imprime verdadeiro *mínus publicum* à sua atuação.”

<sup>84</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5.ed. São Paulo: RT, 2015, p.129: “No exato instante em que as partes, na convenção arbitral, cuja origem é contratual, indicam a forma pretendida para a solução do conflito, já se desperta a jurisdição, inerente ao instituto da arbitragem por força da Lei nº9.307/1996, a ser provocada quando da instauração do procedimento. Diante dessas colocações, e pelo muito que já fundamentou expressiva doutrina, acompanhamos a posição que confere à arbitragem a natureza jurisdicional”.

<sup>85</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.26: “O artigo 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, fator de emperramento da arbitragem.”

### 3.3 Teoria mista ou híbrida

A teoria híbrida foi criada em 1952 pelo Professor Sauser-Hall em relatório apresentado ao *Institut Droit International*<sup>86</sup>. Nele, argumentou que o laudo não podia ser considerado independente de todos os direitos nacionais, necessitando de uma lei que dispusesse sobre a validade da convenção de arbitragem e sobre sua execução. De outro lado, reconheceu que a arbitragem tem origem em um contrato e a escolha, pelos árbitros, das regras de procedimento da arbitragem dependerá do que foi acordado entre as partes. Manteve, assim, o caráter contratual e jurisdicional da arbitragem.

Outrossim, afirmou que os árbitros, de fato, exercem atividade jurisdicional ou quase-judicial, sem, contudo, receber o poder jurisdicional do Estado, uma vez que não existe nenhuma delegação de poder do Estado ao árbitro, conforme sustentado na teoria jurisdicional. A função do árbitro é equivalente a do juiz no sentido de que ambos têm o poder jurisdicional, só que de origem diversa.

A origem do poder jurisdicional dos árbitros advém do contrato. Seja quando a arbitragem é contratada por meio da convenção arbitral, seja quando a arbitragem é instituída por meio da nomeação dos árbitros e posteriormente do termo de arbitragem ou da ata de missão.

Nesse sentido, "(...) the hybrid nature of arbitration itself: its source is contractual, but its object is judicial."<sup>87</sup>

Essa teoria, portanto, mescla os conceitos da teoria contratual e jurisdicional já expostos acima. Ou seja, aceita tanto o caráter jurisdicional quanto o contratual da arbitragem, o que parece ser bastante razoável, tendo em vista que a arbitragem tem características tanto jurisdicionais quanto contratuais.

### 3.4 Teoria autônoma

Por fim, a teoria autônoma parte da premissa de que a arbitragem é um regime independente, emancipado<sup>88</sup>. Foi desenvolvida em 1965 por Jacqueline Rubellin-Devichi, que acreditava que a arbitragem deveria ser observada de acordo com seus objetivos e forma. Nesta

---

<sup>86</sup> LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 79.

<sup>87</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.) *Fouchard, Lailard, Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 607.

<sup>88</sup> LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 81.

teoria, a arbitragem não poderia funcionar no contexto das ideologias estabelecidas no direito internacional privado e não precisava se encaixar nas visões nacionalistas ou internacionalistas<sup>89</sup>.

De acordo com a teoria autônoma, a arbitragem pode funcionar à margem dos obstáculos das leis nacionais e do direito positivado e, assim, reforçaria a tese de que a arbitragem internacional deve ser *a-nacional*, deslocalizada e a ela devem ser aplicadas às normas transnacionais de direito.

A teoria, alinhada com o pensamento francês progressista, credita pouco valor à sede da arbitragem. Os poderes do árbitro não derivam da jurisdição estatal e da soberania, mas da autonomia da vontade das partes contratantes. E, nesse contexto, estaria justificado o entendimento de que o processo arbitral está desvinculado do país no qual tramita.

Nos últimos tempos, observa-se, especialmente na França e nos Estados Unidos, uma nítida tendência em prol da teoria autônoma, admitindo-se completa desvinculação do processo arbitral da lei do país de sua realização, sendo as justificativas para tal fato a natureza internacional da teoria e o fato do Tribunal Arbitral não integrar o Judiciário local.<sup>90</sup>

Deste modo, a teoria autônoma pode ser entendida como a versão evoluída da teoria híbrida, desenvolvida para refletir as necessidades do comércio internacional. Possui elementos da teoria jurisdicional (o laudo é final e vinculante) e da teoria contratual (a jurisdição do árbitro decorre da vontade das partes), retirando da sede da arbitragem qualquer tipo de controle que possa exercer sobre o procedimento, desvinculando a arbitragem da sede.<sup>91</sup>

Conclui-se que a arbitragem tem natureza jurídica mista ou híbrida, reconhecendo-se que a origem da arbitragem é contratual, pois decorre da autonomia privada das partes de submeter determinado conflito à arbitragem, assim como sua natureza jurisdicional, na medida em que o árbitro goza de poder jurisdicional para poder solucionar adequadamente o conflito. Ou seja, reconhece-se o caráter jurisdicional e contratual da arbitragem, admitindo que ambos podem conviver harmoniosamente.

Ante as características contratuais e jurisdicionais da arbitragem, entende-se que sua natureza jurídica é híbrida ou mista, na medida em que apesar dela nascer de um instrumento contratual em que é exaltada a autonomia privada para afastar a jurisdição estatal e eleger a jurisdição arbitral, seu fim é a solução de um litígio por meio da decisão do árbitro.

---

<sup>89</sup> LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. Comparative International Commercial Arbitration, The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 81.

<sup>90</sup> TIBURCIO, Carmem. A Lei Aplicável às Arbitragens Internacionais. In: MARTINS, Pedro A. B., GARCEZ, José M. R. (coord.) Reflexões sobre arbitragem: *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo, LTR, 2002, p. 96

<sup>91</sup> LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖL, Stefan M. Comparative International Commercial Arbitration. Netherlands: Kluwer Law International, p. 82

Desta forma, ante o inegável caráter contratual da arbitragem, passa-se a analisar o negócio jurídico, para que se possa estudar determinados vínculos contratuais formados na arbitragem.

#### 4 NEGÓCIO JURÍDICO

Ao longo do presente estudo, verificar-se-á a íntima afinidade entre arbitragem e o direito civil, notadamente os diversos negócios jurídicos que são estabelecidos entre as partes (convenção de arbitragem), entre as partes e os árbitros (termo de arbitragem) entre as partes e o órgão institucional responsável pela administração do procedimento arbitral e etc., enfim, relações obrigacionais que são formadas antes mesmo de instaurado e ao longo do procedimento arbitral ou simplesmente na arbitragem, sendo elementos integrantes da solução do conflito neste Juízo.

Desta forma, o presente trabalho não tem a pretensão de se aprofundar na teoria do negócio jurídico, mas tão somente apresentar sua definição e estrutura para servir de base ao estudo dos negócios jurídicos relacionados à arbitragem.

Etimologicamente, negócio jurídico não significa um ato único, mas um conjunto de atividades, *nec* e *otium*, ou seja, “não-ócio”.<sup>92</sup>

Enquanto o Código Civil de 1916, em seu artigo 81, previa que: “Todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”, o Código Civil atual, em seu artigo 104, abandonou a concepção unitária de ato jurídico e passou a adotar a expressão negócio jurídico, tratando, ainda, de diferenciá-lo de ato jurídico, que a legislação vigente se limitou a subdividir em lícito e ilícito.

Para o negócio jurídico, o ato de vontade produz efeitos que são intencionalmente pretendidos pelo agente. Em virtude da declaração de vontade, pode-se, portanto, constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas.

O negócio jurídico nada mais é do que uma prerrogativa outorgada pelo ordenamento jurídico ao sujeito capaz de, por meio de sua vontade, criar relações às quais o direito confere validade, uma vez que são compatíveis com a ordem social.<sup>93</sup>

Não se pode perder de vista que quem celebra um negócio jurídico objetiva o efeito jurídico. O que o indivíduo pretende com o negócio jurídico nada mais é do que uma regulamentação dos seus próprios interesses nas relações privadas com outros sujeitos, regulamentação que o indivíduo compreende o valor socialmente vinculante, mesmo antes de sobrevir à sanção do direito.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 1, p. 268.

<sup>93</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: parte geral, 34ª ed. 6ª tir. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1, p. 170.

<sup>94</sup> BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Campinas: Servanda, 2008. P.229.

De acordo com José Carlos Moreira Alves<sup>95</sup>, os negócios jurídicos podem ser definidos como manifestação de vontade que visa um fim prático que é tutelado pela ordem jurídica.

Já Gustavo Tepedino<sup>96</sup> entende que negócio jurídico é a declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos voluntariamente perseguidos.

Portanto, pode-se observar que negócio jurídico, com o enfoque contratual que se pretende adotar no presente estudo, é fruto da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados. A sua essência é a autorregulamentação dos interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial<sup>97</sup>.

Como se sabe, o contrato é uma das espécies do gênero negócio jurídico. De acordo com Orlando Gomes<sup>98</sup> “(...) o contrato é uma espécie de *negócio jurídico* que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral*, ou *plurilateral*.”

De acordo com Renan Lotufo<sup>99</sup>:

O negócio jurídico, para nós, é o meio para a realização da autonomia privada, ou seja, a atividade e potestade criadoras, modificadoras ou extintoras de relações jurídicas entre particulares, portanto o pressuposto e causa geradora de relações jurídicas, abstratamente e genericamente admitidas pelas normas do ordenamento.

O negócio jurídico se difere do ato jurídico, apesar de ambos serem manifestações de vontade. No negócio jurídico, a vontade é qualificada, pois tende a produzir um efeito determinado, com finalidade específica.

De acordo com Judith Martins-Costa<sup>100</sup>:

É justamente nesse ponto que se fixa o relevo prático da distinção entre negócios jurídicos e atos não negociais: sob a rubrica ‘negócio jurídico’ estão compreendidos apenas os tipos de atos humanos que, estruturados pelo Ordenamento como suportes fáticos normativos, estão dirigidos *teleologicamente* para a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica *mediante o estabelecimento de uma regulamentação juridicamente vinculativa* aos sujeitos que se qualificam como suas ‘partes’.

---

<sup>95</sup> Direito Romano, vol. I, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 183.

<sup>96</sup> Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Vol I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 210.

<sup>97</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 3. 30ª ed. São Paulo: Saraiva 2014, p. 31/32.

<sup>98</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. revista e atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco P. de Crescencio Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.4.

<sup>99</sup> Código Civil Comentado: parte geral (arts. 1 a 132) v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 271

<sup>100</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In Teoria Geral dos Contratos coordenada por Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

Importante destacar, ainda, que existem duas teorias que se contrapõem na definição do negócio jurídico: a voluntarista e a preceptiva, sendo que a primeira conceitua o negócio jurídico como uma manifestação de vontade destinada à obtenção de determinados efeitos. Ainda no âmbito da teoria voluntarista, aparece a controvérsia sobre quais são os efeitos pretendidos pelo agente, se os concretos (empíricos) ou os efeitos jurídicos.

De acordo com a teoria voluntarista, assim, o negócio jurídico pode ser entendido como uma declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos. A vontade, portanto, assume papel fundamental, firmando-se como elemento estrutural do negócio jurídico.<sup>101</sup>

Por outro lado, de acordo com a teoria preceptiva, o negócio jurídico é visto como um meio concedido pelo ordenamento jurídico, destinado à produção de efeitos jurídicos. É um instrumento da autonomia privada, que possui conteúdo normativo.

Adeptos de tal teoria, Emílio Betti<sup>102</sup> e Antônio Junqueira de Azevedo defendem que o negócio jurídico seria um preceito, uma norma jurídica concreta ou “um comando concreto, ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante”.<sup>103</sup>

Pode-se dizer assim, que a teoria preceptiva entende que o negócio jurídico confere força vinculante à declaração de vontade, dado o caráter dispositivo do negócio. A declaração absorve totalmente a vontade, passando o preceito a ter vida própria, para o futuro, independentemente dessa vontade.

De acordo com Renan Lotufo:

O fato é que muitos dos que investiram contra o negócio jurídico tornaram-no como baseado, ainda, na teoria da vontade, enquanto os que conseguem uma visão evolutiva partem do conceito da autonomia privada, numa concepção que traz ligação direta com o plano constitucional, sem pretensão de ficar no obsoletismo de ideias puramente individualistas<sup>104</sup>.

Para Antônio Junqueira de Azevedo, entretanto, apesar de as teorias acima mencionadas serem aparentemente antagônicas, referem-se a elementos distintos do negócio jurídico, na medida em que, enquanto a teoria voluntarista baseia-se na gênese ou na formação do negócio jurídico, ressaltando a declaração de vontade como elemento de origem do negócio jurídico, a teoria preceptiva baseia-se em sua função, no seu objetivo de produção de efeitos normativos.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4a ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15/22.

<sup>102</sup> Cf. BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo 3. Campinas: LZN, 2003.

<sup>103</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4a ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12.

<sup>104</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: parte geral (arts. 1 a 132) v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 268.

<sup>105</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4a ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

Conclui-se, assim, que se deve buscar “uma concepção estrutural do negócio jurídico, sem repudiar inteiramente as concepções voluntaristas, dela[s] se afasta, porque não se trata mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como declaração de vontade do agente. Deixa-se pois de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente dito jurídico.”<sup>106</sup>

Desta forma, o negócio jurídico, de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, não deve ser encarado como uma simples manifestação de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos, mas como declaração de vontade que, uma vez enquadrada nos limites da autonomia privada, irá gerar efeitos jurídicos vinculando as partes.<sup>107</sup>

Conceituado negócio jurídico, é importante diferenciar os três planos em que ele se verifica, com base na tese desenvolvida por Antônio Junqueira de Azevedo, para que possamos, mais adiante, analisar os diversos negócios jurídicos verificados na arbitragem também sob esta tricotomia.

#### 4.1 Plano da existência

O primeiro plano no qual deve ser analisado o negócio jurídico é o chamado plano da existência.

De acordo com a classificação estabelecida por Antônio Junqueira de Azevedo<sup>108</sup> (i) *elementos gerais* são aqueles comuns a todos os negócios jurídicos; (ii) *elementos categoriais* são aqueles próprios de cada tipo de negócio jurídico; e, por fim, (iii) *elementos particulares* são aqueles que existem em um determinado negócio jurídico.

Os *elementos gerais*, portanto, são aqueles indispensáveis a qualquer negócio jurídico, podendo, ainda, ser classificados como *intrínsecos* (ou constitutivos) e *extrínsecos* (ou pressupostos).

---

<sup>106</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

<sup>107</sup> Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo: “não é o direito posto, o direito estatal, que dá o caráter de negócio jurídico a determinados atos; o direito posto recebe, quase sem refração, o que é considerado negócio jurídico pelo grupo social. O direito posto contenta-se, salvo uma ou outra situação de exceção, com regular a validade e a eficácia dos atos negociais (não a sua existência)” (Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 8.)

<sup>108</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32.

Os elementos gerais intrínsecos (ou constitutivos) são a *forma* que a declaração de vontade toma (escrita, oral, virtual, etc.), o *objeto*, que é o conteúdo do negócio jurídico (por exemplo, o conteúdo das cláusulas contratuais) e as *circunstâncias negociais* que são o resultado da declaração da vontade despida da forma e do objeto.

Por sua vez, os elementos gerais extrínsecos (ou pressupostos) são *tempo*, *lugar* e *agente*. Se o negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico, deve ocorrer em determinado ponto e espaço, ou seja, não há fato jurídico sem data e sem lugar<sup>109</sup>. Da mesma forma, não há negócio jurídico sem ao menos um agente. Assim, sem os aludidos *elementos gerais* qualquer negócio jurídico torna-se inexistente, pois ausentes os requisitos mínimos para sua existência.

Os *elementos categoriais*, descendo na escala de abstração, são aqueles requisitos que decorrem de exigência legal para que determinada categoria de negócio jurídico exista. Esses elementos podem ser subdivididos, ainda, em duas espécies: os *elementos categoriais essenciais* ou *inderrogáveis*, que são aqueles que servem para definir cada categoria de negócio jurídico e que, portanto, caracterizam sua essência e os *elementos categoriais naturais* ou *derrogáveis*, que são aqueles que, apesar de pertencerem à determinada categoria de negócio jurídico, podem ser afastados pela vontade das partes, sem que o negócio mude de categoria.

A título de exemplo, podemos citar a disponibilidade de bens para depois da morte como *elemento categorial essencial* ou *inderrogável* do testamento (categoria de negócio jurídico) ou ainda o consenso sobre preço e coisa na compra e venda. Também podemos citar a responsabilidade pela evicção como *elemento categorial natural* ou *derrogável* na compra e venda.

Por fim, os *elementos particulares* são aqueles dispostos pelas partes em negócios jurídicos concretos, portanto, são sempre voluntários. Podemos citar três deles que são bastante comuns nas diversas categorias de negócios jurídicos, são eles a condição, o termo e o encargo.

A existência, assim, representa algo que ingressou no mundo jurídico, muito embora possa vir a ser inválido e/ou ineficaz. De acordo com Emílio Betti<sup>110</sup>, é possível se falar na verdadeira inexistência de um negócio jurídico, “na medida em que dele só existe uma vaga aparência, que, se pode ter criado, em algum dos interessados, a impressão superficial de tê-lo celebrado ou de a ele ter assistido, não produz, porém, absolutamente nenhum efeito jurídico, nem sequer de caráter negativo ou abrangente.”

---

<sup>109</sup> Isto evidencia-se diante do costume jurídico notório de se datar e colocar o local de celebração em todos os documentos/negócios jurídicos de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo *in* Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

<sup>110</sup> BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo III (Traduzido e anotado por Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: LZN, 2003, p. 11.

## 4.2 Plano da validade

O plano da validade deve ser verificado no momento cronológico subsequente ao da existência, de forma que, para se analisar a validade de um determinado negócio jurídico, este deverá, primeiramente, existir, ou seja, ter ingressado no mundo jurídico.

A validade do negócio jurídico, assim, deve ser entendida, segundo ensina Zeno Veloso<sup>111</sup> como “o conjunto de requisitos que determinam a vigência de um negócio, seus elementos constitutivos em conformidade com o ordenamento legal. O negócio jurídico é válido quando obedeceu a esses requisitos e inválido no caso contrário, acentuando-se que a invalidade comporta graus, conforme a intensidade da infração ou da norma.”

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo<sup>112</sup>, a validade é a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. Válido é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas.

Os requisitos, por sua vez, são aqueles que a lei exige nos elementos do negócio jurídico para que este seja válido. Há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substância (o negócio existe e os elementos são); o segundo é, *grosso modo*, um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as qualidades que os elementos devem ter.<sup>113</sup>

Assim, ultrapassado o plano da existência, no plano da validade serão examinadas as qualidades dos elementos gerais intrínsecos e extrínsecos. Se no plano da existência o negócio jurídico para existir deve conter *forma*, *objeto*, e *circunstâncias negociais* (elementos gerais intrínsecos), além de *tempo*, *lugar* e *agente* (elementos gerais extrínsecos), no campo da validade, tais elementos deverão observar as exigências legais da respectiva categoria de negócio jurídico.

Diante disso, se os elementos gerais intrínsecos são *forma*, *objeto* e *circunstâncias negociais*, e se os requisitos são qualidades dos elementos, temos que: a declaração de vontade deverá ser: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé. O objeto, por sua vez, deverá

---

<sup>111</sup>VELOSO, Zeno. Nulidade do Negócio Jurídico. In: Aspectos controvertidos do Novo Código Civil, sob a coordenação de Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 597.

<sup>112</sup>AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

<sup>113</sup>AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

ser lícito, possível e determinado ou determinável; e a forma será livre ou solene, conforme prescrição legal. Quanto às circunstâncias negociais, não têm requisitos exclusivos, já que se trata de elemento caracterizador do próprio negócio, são aquele *quid* que qualifica uma manifestação, transformando-a em declaração. Quanto aos elementos extrínsecos, o agente deverá ser capaz e, em geral, legitimado para celebrar o negócio jurídico, o tempo, se o ordenamento jurídico impuser, deverá ser útil e o lugar, se houver previsão legal, deverá ser o apropriado.<sup>114</sup>

Quanto aos elementos categoriais, somente os inderrogáveis (*essentialia negotii*) possuem requisitos, ao passo que os derogáveis (*naturalia negotii*), por serem determinados pela própria ordem jurídica, têm seus requisitos implícitos no ordenamento.<sup>115</sup>

Analisadas as qualidades de validade do negócio jurídico, passemos a analisar os requisitos para sua eficácia.

### 4.3 Plano da eficácia

Da validade do negócio jurídico, geralmente, mas não necessariamente, decorre sua eficácia. Assim, o negócio jurídico válido, preenchidos os requisitos legais, possui condições de ser eficaz, passando a gerar efeitos no mundo jurídico.

No entanto, embora muitas vezes a eficácia decorra da validade, não se pode confundir as duas figuras, já que um negócio jurídico válido pode ser ineficaz.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, "nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, de sua *eficácia própria ou típica*, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos."<sup>116</sup>

Da mesma forma, um negócio nulo pode produzir efeitos jurídicos e, portanto, ser eficaz, embora nem sempre esses efeitos sejam os efeitos típicos ou próprios de determinado negócio jurídico. Exemplo é o casamento putativo, que tem eficácia civil.<sup>117</sup>

A eficácia não se confunde com a validade, sobretudo por ocorrerem em momentos distintos. A validade, conforme examinamos acima, ocorre no momento da criação do negócio

---

<sup>114</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

<sup>115</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

<sup>116</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

<sup>117</sup> O casamento putativo é um casamento nulo, porém eficaz. Seus efeitos perdurarão até a desconstituição do registro por meio de averbação de sentença que decretar a nulidade do casamento.

jurídico, já a eficácia ocorre em um momento subsequente, ou seja, após a formação do negócio jurídico, embora tal lapso temporal possa ser mínimo, como ocorre, por exemplo, no ato da assinatura de um determinado contrato, em que o negócio jurídico torna-se válido e eficaz com a assinatura pelas partes contratantes.

Assim, muitos negócios jurídicos para produzirem efeitos precisam de fatores de eficácia. A palavra *fatores* deve ser compreendida como algo externo ao negócio, algo que dele não faz parte, que não o integra, mas contribuí para a obtenção do resultado visado.<sup>118</sup>

Dessa forma, esse lapso temporal pode ser maior em casos em que o negócio jurídico dependa de uma condição suspensiva para tornar-se eficaz ou, em outras palavras, passe a produzir os seus efeitos práticos, como, por exemplo, ocorre com o testamento antes da morte do testador: o negócio jurídico é válido, mas ineficaz, podendo tornar-se eficaz com o implemento da condição suspensiva (morte do testador).

De acordo com Emílio Betti<sup>119</sup>:

Invalidez e Ineficácia, assim caracterizadas, representam, portanto, a solução que o direito é chamado a dar a dois problemas de tratamento essencialmente diferentes. A invalidez é o tratamento que corresponde a uma carência intrínseca do negócio, no seu conteúdo perceptivo; a eficácia, pelo contrário, apresenta-se como a resposta mais adequada a um impedimento do caráter extrínseco, que incida sobre o projetado regulamento de interesses, na sua realização prática.

Antonio Junqueira de Azevedo<sup>120</sup> classifica as espécies de fatores de eficácia da seguinte forma: (i) *fatores de atribuição de eficácia em geral*, que são aqueles sem os quais o ato não produz praticamente qualquer efeito, exemplo é o ato sob condição suspensiva; (ii) *fatores de atribuição de eficácia diretamente visada*, que são aqueles indispensáveis que para um negócio jurídico, que já é de algum modo eficaz para as partes, venha a produzir os efeitos por ela visado; e (iii) *fatores de atribuição de eficácia mais extensa*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo os efeitos desejados, aumente seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiro ou até mesmo *erga omnes*.

Em relação aos *fatores de atribuição de eficácia em geral*, o negócio jurídico não produz praticamente nenhum ou quase nenhum efeito imediato, de modo que, enquanto não ocorrer o

---

<sup>118</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

<sup>119</sup> BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo III (Traduzido e anotado por Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: LZN, 2003, p. 04.

<sup>120</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57/58.

fator de eficácia, o negócio não produzirá os efeitos almejados pelas partes que o celebraram. São os negócios jurídicos a termo, enquanto o tempo não tenha sido alcançado, os negócios jurídicos sujeitos a efeito suspensivo, antes de sua implementação ou ainda o negócio jurídico celebrado por mandatário sem poderes para tanto antes da ratificação pelo mandante.

Em relação aos *fatores de atribuição de eficácia diretamente visada*, o negócio jurídico, apesar de não produzir imediatamente os efeitos almejados pelas partes, passa imediatamente a produzir efeitos substitutivos. A partir de sua eficácia o negócio jurídico passará a gerar os efeitos pretendidos pelas partes. Situam-se nesta categoria as hipóteses de ausência de legitimidade da parte para a prática de determinado negócio jurídico.

Finalmente, em relação aos *fatores de atribuição de eficácia mais extensa*, o negócio jurídico, apesar de já produzir os efeitos pretendidos pelas partes, não é oponível a terceiros. Só com o advento da eficácia é que o negócio jurídico poderá ser oponível a terceiros ou *erga omnes*. É o caso das medidas de publicidade em geral, como a notificação do devedor sobre determinada cessão de crédito.

Pode-se dizer, ainda, que nesses casos, a ineficácia é provisória até o advento de determinado ato que terá o condão de gerar eficácia ao negócio jurídico.

#### **4.4 Análise progressiva do negócio jurídico**

É possível utilizar um método progressivo para a análise de um determinado negócio jurídico, método que será utilizado para análise dos negócios jurídicos formados na arbitragem, por meio da verificação da existência, para depois se apreciar a validade e, por fim, analisar a eficácia.

Para que se possa proceder a essa análise, deve-se classificar as peculiaridades inerentes a cada um dos acontecimentos acima mencionados, para diferenciar, na prática, os planos da existência, validade e eficácia de um determinado negócio jurídico.

Referida classificação, no entanto, não é realizada de forma uniforme pela doutrina, com a utilização de termos pressupostos, requisitos, elementos e circunstâncias.

De acordo com Gustavo Tepedino, os pressupostos são os fatos jurídicos anteriores ao nascimento do negócio jurídico, indispensáveis a sua configuração. Os elementos, por sua vez, são os componentes do negócio jurídico, as diferentes frações que o compõem. E os requisitos, por fim, são as qualidades que se exige dos elementos.<sup>121</sup> Os elementos, por sua vez, dividem-

---

<sup>121</sup> Nesse sentido TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

se em essenciais, naturais e acidentais. Os primeiros referem-se àqueles elementos indispensáveis à existência do ato, ou seja, o objeto, a forma e a declaração de vontade. Os naturais são aqueles inseridos no negócio jurídico por determinação legal e os acidentais, por sua vez, são aqueles que modificam a eficácia no negócio jurídico: condição, termo e encargo (artigos 121<sup>122</sup>, 131<sup>123</sup> e 136<sup>124</sup> do Código Civil).

Segundo Moreira Alves<sup>125</sup>, "para que o negócio jurídico exista, é suficiente a presença do substantivo (parte, manifestação da vontade e objeto); para que seja válido é necessário a ocorrência, também, das qualificações (parte capaz e legitimada; manifestação da vontade isenta de vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável).

Já de acordo com Renan Lotufo<sup>126</sup>, no plano da existência, verificam-se os elementos. No plano da validade, têm-se os chamados requisitos, e, por fim, no plano da eficácia, as circunstâncias, "entendidas estas como as situações, estado ou condições das coisas, ou das pessoas, em um momento determinado."

A classificação de Antônio Junqueira de Azevedo<sup>127</sup>, por sua vez, indica os elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia, sendo que os elementos se dividem em essenciais (estrutura do ato), naturais (consequências que decorrem do ato) e os acidentais (estipulações facultativas que se adicionam ao ato para modificar alguma de suas consequências naturais - condição termo ou encargo).

Se, porém, tivermos em mente que o negócio jurídico deve ser examinado em três planos sucessivos de projeção (existência, validade e eficácia), que elementos, em seu sentido próprio, são, como diz o mesmo Carnelutti, *principia omniarum, ex quibus reliqua omniacomponuntur et in quibus resolvuntur*, portanto, que elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe (pense nos elementos simples, os puros, da química), que por outro lado, requisitos (de *requirere*, requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo que ocorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte, temos que o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de *elementos*, para existir; no plano da validade, de *requisitos*, para ser válido; e, no plano da eficácia, de *fatores de eficácia*, para ser eficaz.<sup>128</sup>

<sup>122</sup> Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

<sup>123</sup> Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

<sup>124</sup> Art. 136. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva.

<sup>125</sup> Direito Romano, vol. I, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 233.

<sup>126</sup> Código Civil Comentado: parte geral (arts. 1 a 132) v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 280

<sup>127</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4a ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p.26/27.

<sup>128</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4a ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 29/30.

Assim, independentemente da nomenclatura que se utilize, o fato é que o negócio jurídico pode ser analisado em três diferentes planos: para sua existência, deverá conter os elementos essenciais (agente, objeto, forma e declaração de vontade), para sua validade, tais elementos deverão ser qualificados, isto é, deverão observar os requisitos legais. Logo, o agente deverá ser capaz, o objeto deverá ser lícito, determinado ou determinável, a forma deverá ser aquela prescrita ou não defesa em lei, e a manifestação de vontade não poderá ser viciada. Por fim, para sua eficácia, ele deverá, primeiramente, ser existente e válido, devendo conter as circunstâncias que possibilitem que referido negócio seja apto a gerar efeitos.

Importante observar que o negócio jurídico também pode ser analisado sob o ângulo negativo, pelo método definido por Antônio Junqueira de Azevedo<sup>129</sup> como *técnica de eliminação progressiva*, que consiste em verificar se o negócio jurídico existe, é válido e eficaz, de acordo com o que analisamos acima, sendo certo que se for inexistente, sequer será examinado sua validade e se for inválido, não será examinada sua eficácia.

Ainda de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo<sup>130</sup>

(...) primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio jurídico (dito "ato inexistente") e, então, essa aparência não passa, como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão válidos ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios jurídicos, existentes e válidos, serão ou eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito).

Importante observar que os negócios jurídicos inválidos podem ser nulos ou anuláveis. Os nulos, ao menos em tese, não deveriam sequer passar para o plano da eficácia, muito embora haja raras exceções que, como o casamento putativo, produzam efeitos relacionados à eficácia. Já com relação aos negócios jurídicos anuláveis, sua noção é muito diferente, pois tais negócios ficarão em uma situação indefinida, sendo certo que após determinado tempo, se tornarão nulos (porque foram anulados) ou se equipararão aos válidos como se nunca tivessem tido qualquer defeito.

É importante destacar que na verificação da (in)existência, (in)validade e (in)eficácia do negócio jurídico, deve-se atentar ao princípio da conservação do negócio jurídico em que

---

<sup>129</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4a ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

<sup>130</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4a ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

"tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer dos três planos - existência, validade e eficácia -, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente."<sup>131</sup>

Concluimos que, apesar de toda a técnica de análise dos negócios jurídicos pelos três planos de existência, validade e eficácia, assim como de sua eliminação progressiva, o fato é que, em observância ao princípio da conservação, deve-se procurar salvar sempre que possível o negócio jurídico, na medida em que se trata de manifestação de vontade qualificada, no âmbito da autonomia privada, que visa criar um autorregramento, produzindo efeitos juridicamente úteis.

Analisado o conceito e as principais características do negócio jurídico, passemos agora a estudar alguns vínculos contratuais na arbitragem, que podem ser analisados sob o enfoque de negócio jurídico.

#### **4.5 Distinções entre autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia negocial**

É de suma importância para o presente estudo definir e diferenciar *autonomia da vontade*, *autonomia privada* e *autonomia negocial*, tendo em vista que são conceitos essenciais para a análise do negócio jurídico e, muitas vezes utilizados de forma imprópria como sinônimo pela doutrina.

O princípio da autonomia da vontade no direito contratual decorre da liberdade de contratar, que nada mais é do que o poder dos indivíduos de buscar, por meio da declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico.<sup>132</sup>

O princípio da autonomia da vontade foi o mais importante do século XIX (época em que se conferia importância relevante à vontade, principal fonte de obrigação) e o conceito de *pacta sunt servanda* (força obrigatória do contrato) era o seu corolário.<sup>133</sup> No entanto, o princípio da força obrigatória dos contratos e, por conseguinte, da autonomia da vontade das partes, perdem espaço, na medida em que sua simples aplicação acaba gerando situações nas quais ocorre desigualdade.

---

<sup>131</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4a ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66.

<sup>132</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. revista e atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco P. de Crescencio Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.25.

<sup>133</sup> ROCHA, Sílvio L. F. da. Princípios contratuais. in NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) Temas relevantes de direito civil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 514.

Assim, surge o conceito de autonomia privada, que envolve, de um lado, o valor da pessoa humana, a afirmação de sua dignidade, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e, de outro, uma faceta econômica relativa ao sistema capitalista fundado na livre iniciativa. Além disso, envolve aspectos jurídicos, pois diz respeito à liberdade das pessoas como direito constitucional.<sup>134</sup>

Assim, pode-se dizer que o princípio da autonomia da vontade sofreu alterações, dando lugar ao princípio da autonomia privada, que, por sua vez, é delimitado pela ordem pública e pelo ordenamento jurídico.

Segundo Menezes Cordeiro, “a autonomia privada é um instituto geral de todo o Direito privado. Ela pode ser apresentada como liberdade ou autonomia contratual ou como liberdade ou autonomia negocial, quando se tenha em vista a celebração de contratos ou de negócios”.<sup>135</sup>

Segundo Rosa Maria de Andrade Nery<sup>136</sup>:

Pode-se afirmar que a ideia da autonomia da vontade liga-se à vontade real ou psicológica dos sujeitos no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou a causa de efeitos jurídicos. Respeita, portanto, a relação entre vontade e declaração e é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, porque destaca a liberdade de agir da pessoa, sujeito de direitos. A autonomia privada é outra coisa. É princípio de direito privado. Situa-se em outro plano, ligada à ideia de poder o sujeito de direito criar normas jurídicas particulares que regerão seus atos (...) A autonomia privada, como fonte normativa, é fenômeno que permite que o sujeito celebre negócios jurídicos (principalmente negócios jurídicos bilaterais, ou seja, contratos), que são extraordinários mecanismos de realização de direito, na medida em que o negócio jurídico é um modo de manifestação de normas jurídicas (ainda que particulares).<sup>43</sup>

Promove-se, desta forma, uma nova dimensão axiológica aos princípios contratuais clássicos. Impõem-se limites e restrições ao brocardo *pacta sunt servanda*, visando garantir equilíbrio entre as vontades dos contratantes e os interesses da coletividade. Busca-se restringir os excessos que a liberdade de convencionar tolera. Busca-se assegurar que terceiros, e a própria coletividade, não sejam injustamente afetados por situações decorrentes de relações intersubjetivas das quais não participam diretamente.<sup>137</sup>

Com isto, a intangibilidade contratual passa a ser interpretada de maneira mais flexível, sem perder, contudo, seu caráter “normativo”.

<sup>134</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função social do contrato de acordo com o novo Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

<sup>135</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. Parte geral. 3. ed. t. I. Coimbra: Almedina, 2005. p. 393.

<sup>136</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 238.

<sup>137</sup> LAINA, Roberto G. A cláusula compromissória e autonomia negocial. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 43/2014, p. 129/153, Out - Dez / 2014

Assinala Pietro Perlingieri<sup>138</sup> que:

A locução autonomia privada pode induzir em erro: qualquer que seja o sentido que se queira dar ao atributo ‘privada’ corre-se o risco de gerar sérios equívocos (...) de modo que a locução mais idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia é aquela de ‘autonomia negocial’, enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial. Querendo, pois, propor um conceito de autonomia (não privada ou contratual, porém) negocial mais aderente à dinâmica das hodiernas relações jurídicas, pode-se descrever o referido conceito como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios.

Desta forma, podemos entender a autonomia negocial como noção substitutiva do conceito de autonomia privada, por melhor traduzir o poder conferido aos particulares para deflagrarem negócios jurídicos.

Eduardo Silva da Silva sustenta que “a autonomia negocial enquanto autonomia para efetuar negócios jurídicos é concebida como derivação e especificação da autonomia privada”.<sup>139</sup>

Para Heloísa Helena Barboza, a autonomia negocial aproveita uma vasta gama de exteriorizações da autonomia, que se refere não só a negócios bi ou plurilaterais de conteúdo suscetível de apreciação econômica, como também, e não menos significativa, de negócios unilaterais de conteúdo não patrimonial.<sup>140</sup>

A *autonomia negocial* não é apenas um princípio jurídico do Direito Privado ou um poder-faculdade; trata-se de uma órbita de autorregulação dos interesses privados, posta ao lado de outras esferas de juridicidade, tais como a órbita pública ou social.<sup>141</sup>

A *autonomia negocial* consiste em uma esfera própria de atribuição de juridicidade às disposições dos particulares, através da categoria geral do negócio jurídico, que tem como escopo a instrumentalização do direito constitucional à livre-iniciativa econômica. Trata-se de uma órbita de regulação própria dos interesses privados, posta ao lado de outras esferas de juridicidade, tais como a órbita pública ou social.<sup>142</sup>

<sup>138</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338.

<sup>139</sup> SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa: Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 74.

<sup>140</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; Fachin, Luiz Edson (coords.). O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 413.

<sup>141</sup> SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa: Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 74-75.

<sup>142</sup> SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa: Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 57-100

Desta forma, fica clara a definição e diferenciação entre autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia negocial, conceitos importantes para o desenvolvimento do presente trabalho e diretamente relacionados à arbitragem, conforme Selma Lemes:

(...) o princípio da autonomia da vontade é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes, desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de solução de conflitos (artigo 1º), até como será desenvolvido o procedimento arbitral, no que pertine à forma de indicação dos árbitros (artigo 13); a lei aplicável à arbitragem, seja material ou formal, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública (artigo 2º, §§1º e 2º); se a decisão será de direito ou por equidade (artigo 2º), eleger a arbitragem institucional (artigo 5º), prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral (artigos 11, III e 23). Enfim, o princípio da autonomia da vontade atinge sua quinta-essência na Lei nº9.307/96.<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> Entende-se que seria mais adequada a utilização da expressão autonomia privada ao invés de autonomia da vontade diante do conceituado neste item da dissertação.

## 5 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

### 5.1 Observações preliminares

A convenção de arbitragem, em sentido amplo, é o instrumento pelo qual as partes escolhem submeter todos os litígios ou parte deles, presentes ou futuros, à decisão de um ou mais árbitros. Nas palavras de Selma Lemes<sup>144</sup>, “A Convenção de Arbitragem é o atestado de nascimento do juízo arbitral”.

No direito brasileiro, assim como em vários outros países que adotaram a Lei Modelo de Arbitragem publicada pela Comissão das Nações Unidas, para a convenção de arbitragem, gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies, há duas principais características: (i) constituir vínculo obrigacional entre as partes signatárias, e (ii) gerar uma relação processual. Desta forma, diz-se que a convenção de arbitragem vincula as partes, afastando a jurisdição estatal e elegendo a jurisdição arbitral ou privada para solução de conflitos.

É por meio da convenção de arbitragem, portanto, que se escolhe a jurisdição a respeito de um litígio em espécie ou a respeito de um potencial litígio que possa vir a ser instaurado entre as partes, a depender se se trata de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Nos termos do artigo 1º da Lei de Arbitragem “as pessoas capazes de contratar” podem se submeter à arbitragem, definindo, portanto, o critério subjetivo da arbitragem.

O ordenamento jurídico brasileiro também abarcou as duas diferentes formas de submissão ao instituto sob o nome de *convenção de arbitragem*, conforme se vê pelo artigo 3º<sup>145</sup> da Lei de Arbitragem.<sup>146</sup>

Acerca da dicotomia (cláusula compromissória e compromisso arbitral) empregada pela legislação brasileira, José Emílio Nunes Pinto<sup>147</sup> leciona:

---

<sup>144</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri07.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri07.pdf). Acesso em: 18 fev. 2015.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> A distinção entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória não é uníssona nas legislações, observando-se certa tendência nas legislações mais modernas em suprimir a diferença entre as duas espécies, conforme ensina Irineu Strenger *in* Arbitragem comercial internacional. São Paulo: LTr, 1996, p. 136. Vale mencionar a Lei Espanhola, que trata os dois institutos como convênio arbitral, em seu artigo 9º, que tem a seguinte redação: Artículo 9 – Forma y contenido del convenio arbitral. 1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula 300 incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

<sup>147</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. Revista de arbitragem e mediação, v.4, p.34, jan.2005, p.5.

Vale aqui uma referência especial ao critério adotado pela nossa lei. É importante que tenhamos em mente que a mesma foi elaborada no início da década de 90 e surgia num cenário legislativo tradicional onde prevalecia a noção de cláusula compromissória e compromisso. Outorgar a execução específica à cláusula compromissória já era uma ousadia. Ousadia essa que veio a ser objeto de discussão quanto à sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Que se pudesse ousar a ponto de adotar um tratamento similar ao da legislação espanhola de 1988 e 2003, isso seria inimaginável, muito embora os autores do projeto tenham sido tentados pela idéia (sic). Optou-se, portanto, por uma posição mais ortodoxa e compatível com o estágio de desenvolvimento, àquela época, do instituto da arbitragem no Brasil.

É possível que as partes incluam desde logo, em um determinado contrato, uma cláusula na qual concordem que qualquer litígio futuro e, portanto, incerto oriundo daquele acordo será submetido à arbitragem: a esse instrumento, portanto, dá-se o nome de cláusula compromissória.

Da mesma forma, é possível que, depois de surgido o conflito, submetido ele à jurisdição estatal ou não, as partes concordem em submetê-lo à jurisdição privada. Neste caso, o litígio já é concreto e atual, podendo constar no próprio instrumento contratual o objeto da arbitragem: denomina-se este termo de compromisso arbitral.

A Lei de Arbitragem define nos artigos 4<sup>o</sup><sup>148</sup> e 9<sup>o</sup><sup>149</sup> esses instrumentos, detalhando, inclusive, o que deve constar em sua formalização.

Note-se que o compromisso arbitral pode ser celebrado tanto antes de se iniciar uma disputa judicial, afastando-se a jurisdição estatal e optando-se pela jurisdição privada, quanto no curso de uma ação judicial, ocasião em que a ação será extinta sem apreciação do mérito e as partes levarão o caso para ser decidido na esfera arbitral. Trata-se do compromisso arbitral extrajudicial e judicial, respectivamente.

De acordo com Francisco José Cahali<sup>150</sup>, a Corte Especial do STJ já decidiu que a diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras que possam surgir no decorrer da execução do contrato<sup>151</sup>.

Como qualquer outro negócio jurídico, a cláusula compromissória também se submete aos princípios do Direito Privado, como autonomia privada e boa-fé objetiva e seus deveres

---

<sup>148</sup>Art. 4<sup>o</sup>. 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.

<sup>149</sup>Art. 9<sup>o</sup>. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

<sup>150</sup>CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 154.

<sup>151</sup>STJ, Corte Especial, SEC. 1.210/GB, j. 20.06.2007, Min. Fernando Gonçalves, DJ 06.08.2007.

laterais, tanto no momento de sua elaboração quanto de sua execução, ou seja, na oportunidade da instauração do procedimento arbitral<sup>152</sup>. Isso sem mencionar que, ao longo de todo o procedimento arbitral, ela também deve ser observada.

Como corolário da boa-fé objetiva, as partes devem colaborar tanto na elaboração da convenção arbitral quanto na sua execução, ou seja, não se pode se opor de forma maliciosa à instauração do procedimento arbitral, ainda que a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral tenham alguma deficiência<sup>153</sup>, em consonância com o disposto no artigo 422<sup>154</sup> do Código Civil.

Da mesma forma, a elaboração e a execução da convenção de arbitragem deve estar baseada em lealdade e confiança. Tais predicados devem estar presentes também ao longo de todo o procedimento arbitral, nos relacionamentos entre árbitros, partes, instituição que administrará o procedimento arbitral, em caso de arbitragem institucional, e todos os demais auxiliares envolvidos no procedimento.

Nesse sentido, cumpre observar que a própria Lei de Arbitragem, no artigo 27<sup>155</sup> faz menção à punição de conduta que vai contra o princípio da boa-fé processual.

Feitos esses breves comentários sobre a convenção arbitral, assim como sobre suas espécies (cláusula compromissória e compromisso arbitral), faz-se necessário o estudo sobre sua natureza jurídica.

## 5.2 Natureza jurídica da convenção arbitral

A definição prevista nos artigos 3º e 4º da Lei de Arbitragem permite-nos concluir que a convenção arbitral é um pacto, um contrato, uma fonte de obrigações<sup>156</sup>.

Desta forma, pode-se afirmar que a origem da arbitragem tem cunho contratual. Cuida-se na realidade de “modalidade peculiar de contrato que foge à tradicional normatividade a que se sujeitam os contratos em geral”.<sup>157</sup>

---

<sup>152</sup> PINTO, José Emilio Nunes. A Cláusula compromissória à luz do Código Civil. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, jan/mar 2005, p. 40.

<sup>153</sup> PINTO, José Emilio Nunes. A Cláusula compromissória à luz do Código Civil. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, jan/mar 2005, p. 42.

<sup>154</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>155</sup> Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

<sup>156</sup> Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 202.

<sup>157</sup> MARTINS, Pedro Batista. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62.

Há corrente doutrinária<sup>158</sup>, ainda, que defenda ser a convenção de arbitragem um negócio jurídico processual, ou seja, que se trata de um negócio jurídico realizado entre as partes, extrajudicialmente ou judicialmente, com o fim de produzir efeitos processuais específicos.

Por outro lado, também deve-se reconhecer que é por meio da convenção de arbitragem que as partes abrem mão da jurisdição estatal e elegem a jurisdição privada ou arbitral como forma de solução de conflitos. Da mesma forma, conferem jurisdição ao árbitro para solucionar eventual litígio, cuja decisão será equiparada à sentença judicial por força de lei.<sup>159</sup>

Desta forma, observa-se que a convenção de arbitragem tem natureza jurídica mista ou heterogênea, contendo elementos de direito material, na medida em que é um negócio jurídico, como veremos em detalhes, adiante, apta a dar origem à arbitragem. Por outro lado, é por meio dela que se confere jurisdição aos árbitros, assim como se estabelece diversas normas procedimentais, como número e forma de nomeação de árbitros, prazos, etc.

Carlos Alberto Carmona<sup>160</sup>, Pedro A. Batista Martins<sup>161</sup>, Luis Fernando Guerrero<sup>162</sup> e Ricardo de Carvalho Aprigliano<sup>163</sup> reconhecem o caráter privatista, porém ressaltam a natureza jurisdicional do instituto.

---

<sup>158</sup>GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2009. p.11/12 e CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário a Lei 9.307/96 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 102

<sup>159</sup> De acordo com o disposto no artigo 31 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96): 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.

<sup>160</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.79: “a convenção de arbitragem tem duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros”; p.102: “Pode-se hoje dizer, com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros).”

<sup>161</sup> MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.211: “Por estabelecer os contornos jurídico-processuais da jurisdição privada e, também, por investir o árbitro de poderes para solucionar a pendência, [...], cuja decisão vincula as partes, é que a melhor doutrina tem entendido ser o compromisso, e a cláusula compromissória ‘cheia’, negócio jurídico processual”.

<sup>162</sup> GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo, Atlas, 2009, p.12: “Não há como negar que a convenção de arbitragem tem a natureza de negócio jurídico processual, pois é nítido que o fim celebrado entre as partes é a solução do litígio, do modo estabelecido na convenção de arbitragem”.

<sup>163</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. Revista do Advogado nº116, ano XXXII, jul.2012, p.176: “[...] que à sua natureza contratual é preciso adicionar outras características, tais como a autonomia da cláusula compromissória e a sua elevada força vinculante, para então se concluir que esta modalidade de convenção arbitral é, efetivamente, um negócio jurídico processual”.

Por outro lado, Giovanni Ettore Nanni<sup>164</sup>, Eduardo Silva da Silva<sup>165</sup>, Silvio de Salvo Venosa<sup>166</sup>, Leonardo de Faria Beraldo<sup>167</sup>, Antônio Pereira Gaio Júnior<sup>168</sup>, César Fiuza<sup>169</sup> e José Emílio Nunes Pinto<sup>170</sup> ressaltam o caráter privatista da convenção de arbitragem, ao reconhecerem que não se trata de um “ato do processo”, mas um “ato para o processo”.

Especificamente sobre a cláusula compromissória, Giovanni Ettore Nanni<sup>171</sup>, entende que se trata de um negócio jurídico de direito material, em que sua vertente processual surge somente em momento posterior, no âmbito de sua eficácia, se e quando deflagrado um conflito. *A contrario sensu*, portanto, se não surgir uma controvérsia, o efeito processual sequer é implementado.

De acordo com tal posicionamento, a cláusula compromissória deve observar os requisitos do negócio jurídico de direito material, vindo a produzir efeitos processuais apenas e tão somente se e quando implementada condição suspensiva, consubstanciada na deflagração de uma controvérsia, que deverá ser solucionada por meio da arbitragem.

Sobre a natureza contratual da cláusula compromissória assim se posiciona Cândido Rangel Dinamarco<sup>172</sup>:

A convenção de arbitragem é o negócio jurídico celebrado entre dois ou mais sujeitos logo ao realizarem um contrato destinado a reger suas relações (*cláusula compromissória* – LA, art. 4º) ou depois de já instaurada uma litigiosidade entre eles (*compromisso arbitral* – LA, art. 9º). Como todo negócio jurídico, a convenção de arbitragem está sujeita segundo o art. 104 do Código Civil, ao tríplice requisito (a) da

<sup>164</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014, p.15: “É assim que se considera a cláusula compromissória um negócio jurídico, derivado de uma declaração de vontade vinculante com o propósito de outorgar aos árbitros a atribuição de julgar as controvérsias. Esse é o seu núcleo central ou obrigação principal.”

<sup>165</sup> SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p.72: “Como atos de autonomia negocial qualificam-se a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, reunidos em 1996 na convenção de arbitragem.”

<sup>166</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.1.017-1.018: “Parte da doutrina nega o caráter meramente contratual do compromisso, vendo em sua estrutura apenas uma forma de dirimir questões e não um meio de criar, modificar ou extinguir direitos. No entanto, parece-nos evidente o caráter contratual do compromisso como defendido por parte substancial da doutrina. Ademais, o próprio legislador coloca o compromisso arbitral ao lado da transação, cuja natureza contratual não se nega, dados os inúmeros pontos de contato entre ambos os negócios jurídicos”.

<sup>167</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p.158: “A sua natureza jurídica é de contrato, podendo de ser bilateral ou multilateral”.

<sup>168</sup> GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. Teoria da arbitragem. São Paulo: Rideel, 2012, p.38: “Dada a natureza contratual, a validade da convenção de arbitragem dependerá do correto preenchimento dos requisitos essenciais do contrato [...]”.

<sup>169</sup> FIUZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.90. “Da definição acima pode-se determinar, sem maiores atropelos, a natureza jurídica do compromisso arbitral. Não há dúvidas de que seja negócio jurídico”, p.107 “É, como o compromisso arbitral, negócio jurídico, por ser fruto de emissão lícita de vontade, dirigida a certo fim, desejado pelos agentes, cujos efeitos dependem mais da vontade do que da Lei, que apenas garante sua eficácia.”

<sup>170</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. Revista de arbitragem e mediação, v.4, p.34, jan.2005, p.8: “Somos da opinião que, sendo a cláusula compromissória de natureza contratual, o artigo 422 do CC/2002 se aplica integralmente”.

<sup>171</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

<sup>172</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Arbitragem na Teoria Geral do Processo. 1ª Ed. Editora Malheiros, 2013, p. 73.

capacidade dos sujeitos, não sendo válida a convenção celebrada entre incapazes em geral (LA, art. 1º), (b) da licitude e possibilidade do objeto, não valendo a convenção quando versar sobre direitos indisponíveis (LA, art. 1º), e (c) da ‘forma prescrita ou não defesa em lei.’

Ademais, o entendimento de que a cláusula compromissória se trata simplesmente de negócio jurídico processual, a exemplo do disposto no artigo 190 do Código de Processo Civil, pode trazer o risco de “processualização” da arbitragem, algo que tanto se critica, na medida em que há verdadeira renúncia ao poder estatal.

Importante notar que os requisitos para prática do ato jurídico processual, em geral, são diferentes dos requisitos para prática dos atos de direito material. Enquanto no primeiro, por exemplo, há necessidade de poder postulatório, no segundo, há apenas necessidade de capacidade civil.

No entanto, reconhece-se a possibilidade do negócio jurídico processual antes de iniciado o processo, cuja forma deverá observar a do negócio jurídico de direito material, mas o conteúdo será eminentemente processual, cujo exemplo clássico é a cláusula de eleição de foro.

Todavia, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, amplia-se tal possibilidade, aventando-se às partes o direito de estabelecerem a respeito de ônus da prova, inversão cronológica de atos processuais, poderes, faculdades e deveres.

Sob essa vertente, pode-se dizer que a convenção de arbitragem tem natureza jurídica mista, na medida em que se trata de negócio jurídico, devendo atender aos seus requisitos de direito material já destacados de forma geral acima e que serão analisados de forma específica abaixo. Seu conteúdo é jurisdicional, pois atribui-se poder jurisdicional ao árbitro, e contratual, tendo em vista que é fonte de deveres e obrigações para ambas as partes.

Analisada a natureza jurídica da convenção de arbitragem, passemos ao estudo mais detido de suas duas espécies: *cláusula compromissória* e *compromisso arbitral*.

### **5.3 Cláusula compromissória**

De acordo com o artigo 4º da Lei de Arbitragem, 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 ajustada no momento de conclusão do negócio jurídico subtrai desde logo a apreciação de eventuais litígios pelo Poder Judiciário, atribuindo jurisdição ao árbitro.

Pode-se definir cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) como a convenção contemplada entre duas ou mais pessoas, por meio da qual se comprometem a levar futuras controvérsias decorrentes de determinado negócio jurídico para serem solucionadas por arbitragem.<sup>173</sup> No contexto internacional, Fouchard, Gaillard e Goldman a definem como “an agreement by which the parties to a contract undertake to submit to arbitration the dispute which may arise in relation to that contract”.<sup>174</sup>

Sílvio de Salvo Venosa<sup>175</sup> assinala que:

Por essas cláusulas ou pacto compromissório (termo que deriva de *compromissum* do direito romano, conhecido na língua inglesa como *submission agreement*), as partes comprometem-se a submeter-se a um futuro julgamento arbitral. Não se trata ainda de estabelecer compromisso; cuida-se de contratação preliminar, promessa de contratar. A relação contratual que se sujeita à arbitragem pode ser denominada contrato-base.

Para validade da cláusula compromissória, não é necessária a observância de todos os elementos formais do compromisso arbitral previstos nos incisos do artigo 10º da Lei de Arbitragem<sup>176</sup>, bastando sua forma escrita, conforme estipula o artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem<sup>177</sup>: “A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”

A cláusula compromissória deve direcionar validamente e de forma eficaz as partes à arbitragem, tornando-a obrigatória e deve ser completa a ponto de determinar a instauração do procedimento arbitral, sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário.

Em uma análise superficial, poder-se-ia concluir pelo vínculo acessório da cláusula compromissória, na medida em que sua existência está subordinada a outra relação jurídica, de

<sup>173</sup> LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na administração pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quatier Latin, 2007. p. 60

<sup>174</sup>FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. Fouchard, Gaillard and Goldman on international commercial arbitration. Edited by GAILLARD, Emmanuel and SAVAGE, John. Kluwer Law International: Netherlands, 1999. p. 193.

<sup>175</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. vol. 2. São Paulo: Atlas, 2003, p. 318.

<sup>176</sup> 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 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.

<sup>177</sup> Entendendo que devem ser observados os requisitos mínimos do artigo 10 da Lei nº 9.307/96, posicionamento com o qual não concordamos, confira-se: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem. 4.ed. São Paulo: RT, 2010, p.77-78: “A cláusula arbitral cheia é aquela que contém os requisitos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral (as condições mínimas que o artigo 10 da Lei de Arbitragem impõe para o compromisso arbitral), como por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local, etc., tornando prescindível o compromisso arbitral.”

modo que se a relação contratual principal, a qual a cláusula compromissória é vinculada, se for extinta, a cláusula compromissória também será.

Todavia, é importante observar que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que está inserida, não sendo, portanto, subordinada a ele. A nulidade do contrato não leva necessariamente à nulidade da cláusula compromissória, conforme estatui o artigo 8º<sup>178</sup> da Lei de Arbitragem, podendo o árbitro, inclusive, decretar a nulidade do contrato, sem, contudo, afetar a validade da cláusula compromissória. Trata-se, na realidade, de um contrato autônomo inserido dentro de outro contrato, tendo um plena autonomia em relação ao outro.

Deve-se reconhecer, portanto, que a cláusula compromissória guarda certa relação de causalidade com o contrato em que está inserida, pois, sem sua existência ela também não existiria, mas sua autonomia é inquestionável, pois decorre de lei, conforme dispõe o artigo 8º da Lei de Arbitragem.

Desta forma, deve ficar claro que não há relação de dependência entre a cláusula compromissória e o contrato em que ela está inserida, de modo que qualquer análise sobre nulidade ou anulabilidade de contrato deva passar primeiramente pelo crivo do árbitro, ou seja, ele irá decidir sobre a nulidade ou anulabilidade da cláusula compromissória. Se ela for hígida, poderá analisar também o mérito da controvérsia.<sup>179</sup> A doutrina<sup>180</sup>, aliás, considera que tal situação se dá em várias hipóteses extintivas do contrato principal, no qual a cláusula compromissória encontra-se inserida, inclusive, na rescisão.

Para que não parem dúvidas sobre a questão, é característica da cláusula compromissória, advinda de disposição legal, sua autonomia em relação ao contrato em que está inserida.

A cláusula compromissória configura-se, portanto, negócio jurídico autônomo e independente em relação ao contrato em que está inserida, podendo, inclusive, ser regida por lei diferente da que governa o contrato em que está inserida<sup>181</sup>.

Para Carlos Alberto Carmona<sup>182</sup>:

---

<sup>178</sup> Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

<sup>179</sup> GERRERO, Luiz Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

<sup>180</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 125/126; NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19.

<sup>181</sup> VISCONTE, Debora. A jurisdição dos árbitros e seus efeitos. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 48/50.

<sup>182</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 174.

(...) a causa do contrato principal é diversa daquela que leva as partes a estipularem a solução arbitral para futuras controvérsias”. Segundo leciona Emmanuel Gaillard<sup>183</sup>, “a autonomia da cláusula compromissória impede que esta seja contagiada por vícios que afetam o contrato no qual está inserta, bem como permite ao árbitro declarar a nulidade de tal contrato, sem reflexos na própria competência”. Nas palavras de Bertrand Ancel<sup>184</sup>, “é a autonomia da cláusula compromissória que isola a questão do poder do árbitro de apreciar sua própria competência.

A doutrina considera ainda a cláusula compromissória como um negócio jurídico plurilateral, ou seja, todos os direitos e obrigações são voltados para um único e comum objetivo: solucionar eventual litígio por meio da arbitragem<sup>185</sup>. É exemplo de negócio jurídico plurilateral o contrato de sociedade.

Outra característica da cláusula compromissória é o fato de sua eficácia ficar suspensa, condicionada a um fato futuro e incerto ou a uma condição suspensiva<sup>186</sup>, qual seja a ocorrência de um litígio, ocasião em que a cláusula compromissória terá plena eficácia.

Todavia, é plenamente possível que a cláusula compromissória não tenha eficácia, o que ocorre em qualquer relação contratual em que não seja deflagrada uma controvérsia durante sua execução e/ou sua extinção. Nesse caso a condição suspensiva, que se observada fará com que a cláusula compromissória passe a ser eficaz, nunca será implementada.

Trataremos, a seguir, das especificidades da cláusula compromissória.

### 5.3.1 Cláusula compromissória cheia

Cláusula compromissória cheia é aquela que contém os requisitos mínimos para que seja possível a instauração do procedimento arbitral sem a intervenção judicial.

De acordo com Francisco Cahali, “faz-se necessário o detalhamento dos mecanismos para a nomeação do árbitro, pois, sem esta previsão, e diante do desacordo entre as partes, não se formará a relação e, pois, não se terá a jurisdição arbitral imediata (e assim se considerará vazia a cláusula). Regulamentada a indicação do árbitro, ou colegiado, este estará investido nas suas atribuições jurisdicionais tão logo manifestada a aceitação do encargo (art. 19 da Lei 9.307/1996).”<sup>187</sup>

<sup>183</sup> GAILLARD, Emmanuel. O efeito negativo da competência-competência. RBar n° 24, out-dez. 2009, p.220/233, p. 221.

<sup>184</sup> ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. Tradução de Maria Cláudia de Assis Procopiak. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, IOB Thompson, n.6, p.52-64, abr.-jun., 2005, p. 53.

<sup>185</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20.

<sup>186</sup> De acordo com o artigo 121 do Código Civil, “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

<sup>187</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.116/117.

Diante de cláusula cheia, o procedimento arbitral pode ser instaurado diretamente sem a intervenção do Poder Judiciário, de acordo com as regras criadas pelas partes na cláusula compromissória em caso de arbitragem *ad hoc*, assim como com as regras da instituição indicada para administração da arbitragem, em caso de arbitragem institucional.

Formalizada a cláusula compromissória completa, assim entendida aquela que contenha ao menos a forma de indicação do árbitro ou árbitros, a instauração do procedimento arbitral será direta e imediata, de acordo com a forma ajustada pelas partes, prescindido do compromisso arbitral e de qualquer intervenção judicial para sua instauração.

### 5.3.2 Cláusula compromissória vazia ou incompleta

As cláusulas compromissórias incompletas, vazias ou em branco, por sua vez, são aquelas que “se limitam a afirmar que qualquer litígio decorrente de um determinado negócio jurídico será solucionado através da arbitragem.”<sup>188</sup> Portanto, a cláusula compromissória vazia é aquela que não reúne as condições mínimas para instauração do procedimento arbitral sem a intervenção do poder judiciário<sup>189</sup>.

Importante notar que algumas vezes o simples fato das partes indicarem uma instituição arbitral para administrar o procedimento arbitral e, automaticamente, aderirem às regras previstas em seus respectivos regulamentos, já é suficiente para a instauração do procedimento arbitral, na medida em que em muitos casos os próprios regulamentos preveem regras para a instauração do procedimento arbitral sem a necessidade da intervenção de terceiros, notadamente, do Poder Judiciário.

De acordo com a Lei de Arbitragem, mesmo quando se está diante de cláusula compromissória vazia ou incompleta, esta será válida e eficaz, admitindo execução específica. Ou seja, produzirá efeitos mesmo que uma das partes manifeste oposição à instituição do juízo arbitral, pois desde sua pactuação, já houve renúncia à jurisdição estatal e opção pela jurisdição privada como forma de solução da controvérsia.

A celebração do compromisso, visando sanar o vício da cláusula compromissória vazia, ou simplesmente completá-la, deve ser buscada inicialmente pela parte interessada por meio de comunicação à outra parte, demonstrando sua intenção de iniciar o procedimento arbitral, por

---

<sup>188</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.36.

<sup>189</sup> FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. Temas de arbitragem: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.12.

qualquer meio de comunicação (telegrama, correspondência eletrônica, etc.) que demonstre o recebimento. Não há formalidade especial para a prática de tal ato.<sup>190</sup>

Por outro lado, se a outra parte comparece, mas não se chega a um consenso, acerca dos termos do compromisso arbitral ou ao menos a forma de indicação do árbitro, ou ainda, no caso da parte convocada manter-se omissa, restará à parte interessada promover a ação judicial, disposta no artigo 7º<sup>191</sup> da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), que estabelece o procedimento e os requisitos específicos a serem observados.

Nessa hipótese, compete ao juiz suprir a lacuna quanto à forma de nomeação de árbitros, podendo nomear árbitro único ou designar instituição arbitral para administrar o procedimento. É vedada, portanto, a apreciação do mérito da controvérsia pelo juízo estatal.

Ressalta-se, todavia, que a intervenção judicial aparece como um instrumento excepcional para conferir eficácia à cláusula compromissória vazia<sup>192</sup>. Não havia outro caminho a trilhar, pois, nascido o conflito, em muitas oportunidades se mostra improvável o entendimento das partes acerca de um compromisso arbitral que estabeleça a forma de nomeação do árbitro ou árbitros.

---

<sup>190</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, 172 173 p.143-144: “Quanto ao meio de comunicação, não estão descartados o fac-símile (que comporta demonstração – embora ainda não completamente segura – de envio e recepção) e o telegrama com aviso de recebimento. Não determinando a Lei que a comunicação seja escrita, pode-se cogitar da utilização de via eletrônica (e-mail), preocupando-se, porém, o interessado de munir-se de prova do recebimento da mensagem pelo destinatário, já que, na hipótese de fracassar a tentativa e ser necessário o recurso à via judicial, caberá ao interessado (no caso, o autor da demanda de que trata o artigo 7º) demonstrar que procurou validamente instaurar a arbitragem através do mecanismo previsto no artigo em questão, sob pena de ver decretada a carência da ação por falta de interesse de agir.”

<sup>191</sup> Artigo 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.

<sup>192</sup> Nesse sentido, PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. Revista de arbitragem e mediação, v.4, p.34, jan.2005, p.8: “A regra do artigo 6º da Lei nº9.307/1996 é uma oportunidade que a lei propicia às partes para que estas venham a sanar as irregularidades perpetradas na elaboração da cláusula compromissória e que, surgida a controvérsia, impedem a sua instituição. Por essa razão, entendemos que o contencioso previsto no artigo 7º da Lei nº9.307/1996 tem efetivamente, na estrutura da lei, natureza de excepcionalidade. Esse contencioso não foi criado para ser utilizado como a regra geral. Esta, sem dúvida, é a esperada colaboração das partes em suprir as deficiências constatadas fundada na confiança mútua, removendo-se os obstáculos que impeçam a instauração da arbitragem.”

### 5.3.3 Cláusula patológica

A doutrina denomina cláusula patológica<sup>193</sup> aquela defeituosa, imperfeita, contraditória, ambígua ou incompleta, que, pela ausência de elementos mínimos, suscita dificuldade ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem.

Desta forma, cláusula patológica diferencia-se da vazia, na medida em que não se permite extrair dela a certeza de terem as partes eleito a arbitragem para solucionar possível controvérsia, enquanto na vazia ou incompleta a declaração das partes é inequívoca, apenas há alguma omissão que impede o início imediato do procedimento arbitral. Todavia, tal diferenciação não é pacífica na doutrina.<sup>194</sup>

O que se espera quando as partes celebram cláusula compromissória é que tal estipulação tenha a função de afastar a jurisdição estatal sem a intervenção do poder judiciário e que, portanto, forneça as condições mínimas necessárias para que se inicie o regular procedimento arbitral, assim que deflagrada a controvérsia.

Todavia, a experiência mostra que em diversas ocasiões as cláusulas compromissórias são redigidas de forma incompletas e defeituosas (patológica), porque as partes em geral deixam para discuti-la por último<sup>195</sup>, sem a atenção e o emprego de técnica necessária. Nesses casos, será imperativo interpretar a cláusula compromissória de modo a encontrar a real intenção das partes.

A doutrina<sup>196</sup> costuma classificar as cláusulas defeituosas (patológicas) em três espécies: a) cláusulas inexistentes; b) cláusulas inválidas ou nulas; e c) cláusulas suscetíveis de validade.

Para solução de casos em que estão presentes cláusulas patológicas, deve-se buscar a real intenção das partes, em verdadeiro exercício de hermenêutica, a fim de desvendar se realmente pretenderam eleger arbitragem como meio para solução de controvérsias. Tal tarefa,

---

<sup>193</sup> Definição de Frederic Eisemann de 1974.

<sup>194</sup> No sentido de que cláusula patológica se confunde com cláusula vazia vide GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo, Atlas, 2009, p.118: “Ainda como convenção patológica são encontradas as cláusulas brancas ou vazias, assim denominadas, pois, como já dito, não precisam a forma de indicação dos árbitros, fundamental para que estes possam exercer sua jurisdição e solucionar o litígio ou formas impraticáveis de desenvolvimento do procedimento arbitral. É espécie das convenções patológicas. Não se apresentam um erro material ou imprecisão, mas simplesmente omitem a forma de indicação dos árbitros e de instituição de arbitragem.”; CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 112: “São patológicas, assim, as cláusulas arbitrais vazias (ou seja, aquelas que não disciplinam o modo de indicar o árbitro), as cláusulas arbitrais que indicam órgão arbitral inexistente, ou ainda, as cláusulas arbitrais que apontam um mecanismo inoperante para a indicação do árbitro.”

<sup>195</sup> Também chamada de *midnight clause*, por ser deixada para o último momento.

<sup>196</sup> Nesse sentido, confira-se, com certa variação terminológica: LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. El convenio arbitral en el derecho peruano. Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo, IOB Thompson, n. 4, p. 85-99, out.-dez. 2004; LEMES, Selma Maria Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri32.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf).

via de regra, competirá ao Poder Judiciário ou ao árbitro caso seja possível instaurar o procedimento arbitral.

Na maioria dos casos, os defeitos das cláusulas compromissórias poderão ser sanados pela via interpretativa. Todavia, em alguns casos não será possível sanar os vícios ou desvendar a vontade das partes, o que culminará na solução do litígio perante o Poder Judiciário, a quem caberá investigar a real intenção das partes de renunciar à jurisdição estatal.

Por fim, de acordo com Francisco José Cahali<sup>197</sup>, em situações como estas, os esforços devem se concentrar para salvar a arbitragem, quando assim for possível, e desde que a dúvida não recaia sobre a vontade das partes em afastar a jurisdição estatal. Fala-se do princípio da salvação da convenção arbitral, da preservação da arbitragem, do favor arbitral.

#### 5.3.4 Cláusula compromissória escalonada

Para Fernanda Levy<sup>198</sup>, cláusulas escalonadas “são estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios”. Assim, pode ocorrer a previsão de mediação e, caso não se obtenha êxito através dessa forma autocompositiva (negociação, conciliação ou mediação), passa-se para a resolução adjudicada por meio da arbitragem.

Importante notar, conforme explica Selma Lemes<sup>199</sup>, que a não se trata de cláusula escalonada a intenção genérica das partes de preservarem a relação comercial que as une, que se eventualmente surgir controvérsia, “envidarão esforços para solucionar a controvérsia de forma amigável”. Fernanda Levy<sup>200</sup>, por sua vez, denomina cláusula de cortesia a estipulação contratual de empreender conversações amigáveis, visando resolver conflitos relacionados ao contrato.

---

<sup>197</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 168.

<sup>198</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173.

<sup>199</sup> LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. Disponível em: [www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\_juri07.pdf].: “Mas, note-se, por outro lado que algumas situações não se tratam de cláusulas escalonadas ou combinadas. Assim se verifica quando as partes estabelecem que surgida a controvérsia envidarão seus melhores esforços para solucionar a controvérsia amigavelmente e, não sendo possível, instituirão procedimento arbitral, regulando, em seguida, a arbitragem. A proposição de solução amigável, tal como acima mencionada, mesmo quando fixa prazo para que as partes tentem uma solução amigável, representa um procedimento informal e de condução de uma simples negociação, considerando-se verificada, sem maiores formalidades, com o início de trocas de correspondências, com atas de reuniões entabuladas para esse fim, inclusive envolvendo altos escalões da empresa, com o objetivo de alcançar solução para o dissenso.”

<sup>200</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: 185 Saraiva, 2013, p.168: “Considera-se cláusula de cortesia a previsão pela qual as partes estipulam que empreenderão conversações amigáveis antes de buscarem outros meios disponíveis de solução de controvérsias, para resolverem conflitos que venham a surgir atinentes à relação contratual existente entre elas”.

Nesse contexto, na elaboração de cláusula escalonada que preveja a negociação, conciliação ou mediação antes do início do procedimento arbitral deve-se fixar os parâmetros necessários para o seu adequado desenvolvimento, tais como a forma de início do procedimento, as obrigações das partes, o prazo de duração, a responsabilidade pelas despesas, e tudo o quanto necessário à espécie autocompositiva escolhida.

Por fim, cada vez mais comum nos contratos de longa duração e complexidade, tais como contratos de infraestrutura, *turn-key*, contratos na área de energia, gás e petróleo, em que o inadimplemento repercute em cadeia nas demais contratações e subcontratações, é a cláusula escalonada que conjuga o *dispute board* e arbitragem. A título de exemplo, tal modalidade de solução alternativa de conflito foi utilizada na construção da Linha 4 do Metrô de São Paulo<sup>201</sup>.

*Dispute board* consiste em modalidade de solução alternativa de conflito, por meio da qual forma-se um comitê de especialistas independentes, que pode acompanhar toda a execução do contrato ou apenas ser convocado quando surgir determinada controvérsia, com a finalidade de resolver conflitos e evitar que se transformem em litígios.<sup>202</sup>

#### 5.4 Compromisso arbitral

Conforme expusemos, a Lei de Arbitragem prevê a cláusula compromissória e o compromisso arbitral como gêneros da convenção de arbitragem.

O compromisso arbitral pode ser firmado extrajudicial ou judicialmente, nos termos do artigo 9º<sup>203</sup> da Lei de Arbitragem. Na forma judicial, será celebrado mediante termo nos autos onde tramitar a demanda, de acordo com o §1º<sup>204</sup> do artigo 9º. Se for celebrado na forma extrajudicial, será formalizado por escrito, mediante documento particular firmado por duas testemunhas ou por meio de escritura pública, nos termos do artigo 9º, §2º<sup>205</sup>, da Lei de Arbitragem.

A Lei de Arbitragem estabeleceu requisitos indispensáveis e facultativos do compromisso arbitral. Os indispensáveis são a qualificação das partes, a qualificação dos árbitros ou da entidade a que as partes delegaram a indicação de árbitros, a matéria que será

---

<sup>201</sup> LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem in FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.163/178.

<sup>202</sup> CAHALI, Cláudia Elizabete Schwerz. O gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional. Editora Gazeta jurídica. Brasília: 2013. p. 82.

<sup>203</sup> Artigo 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou 236 mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

<sup>204</sup> §1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

<sup>205</sup> §2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

objeto da arbitragem e o local em que a decisão arbitral será proferida, de acordo com o disposto no artigo 10<sup>206</sup>.

Por seu turno, os facultativos são o local da arbitragem, a autorização para que os árbitros julguem por equidade, o prazo para prolação da sentença arbitral, a indicação da lei ou regras aplicáveis ao procedimento arbitral, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios e das despesas com a arbitragem e fixação dos honorários do árbitro ou árbitros, de acordo com o artigo 11<sup>207</sup> da Lei de Arbitragem.

### 5.5 Efeitos da convenção arbitral

O principal efeito da convenção arbitral é o deslocamento da jurisdição estatal para a jurisdição privada, em decorrência da vontade das partes. Nas palavras de Francisco Cahali<sup>208</sup>: “São os efeitos positivo e negativo da convenção arbitral, como dois lados da mesma moeda”. Negativo é o efeito produzido sobre a jurisdição do Estado, que fica afastada em prol da chamada “justiça privada”<sup>209</sup>.

De acordo com Emmanuel Gaillard<sup>210</sup>:

Em seu efeito negativo, o princípio da competência-competência se dirige às jurisdições estatais. Ele prolonga o efeito negativo da convenção de arbitragem, proibindo as jurisdições estatais acionadas por uma das partes em um litígio – a despeito da existência, ao menos *prima facie*, de uma convenção de arbitragem – de decidirem questões relativas à existência ou à validade da convenção, até que os próprios árbitros o façam.

<sup>206</sup> Artigo 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.

<sup>207</sup> Artigo 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.

<sup>208</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 186.

<sup>209</sup> Nas palavras de CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5.ed. São Paulo: RT, 2015, p.187: “Por sua vez, o efeito negativo é dirigido ao Estado, pois impede o juiz estatal de analisar o mérito da controvérsia submetida à arbitragem; refere-se, pois, ao afastamento da jurisdição do Estado para apreciar a matéria objeto da convenção”.

<sup>210</sup> GAILLARD, Emmanuel. O efeito negativo da competência-competência. RBArn<sup>o</sup>24, out-dez. 2009, p. 222.

Diversos são os precedentes de nossos tribunais<sup>211</sup> que extinguem ações por levar à apreciação do Poder Judiciário conflitos decorrentes de contratos em que se encontra inclusa cláusula compromissória.

Logo, evidencia-se que, uma vez celebrada a convenção arbitral, o conflito não poderá ser levado à apreciação do Poder Judiciário, não aceitando arrependimento a declinação da competência exercida<sup>212</sup>.

Da mesma forma, após prolatada a sentença arbitral, não compete ao poder judicial reexaminar questões de mérito decididas na esfera arbitral, conforme pondera Clávio Valença Filho<sup>213</sup>:

De resto, não cabe ao juiz estatal reexaminar o mérito das decisões arbitrais, razão pela qual concluímos que o efeito negativo da convenção de arbitragem, por subtrair os poderes jurisdicionais do juiz estatal, subtrai, igualmente, lesão ou ameaça a direito à apreciação do Judiciário.

Por sua vez, em relação ao efeito positivo, é correto afirmar que a convenção de arbitragem obriga as partes a submeterem seus litígios aos árbitros e atribui jurisdição a eles<sup>214</sup>.

Assim, o primeiro efeito positivo resulta na obrigatoriedade das partes se submeterem ao juízo arbitral para solucionar suas divergências em razão da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Esta vinculação obrigatória à cláusula compromissória, como visto, foi introduzida pela Lei nº 9.307/96, e prestigiando este efeito positivo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a exclusão da jurisdição estatal neste caso se faz até mesmo quando a cláusula compromissória foi celebrada anteriormente à vigência da Lei de Arbitragem, prevalecendo, para este aspecto, a instauração do litígio, inclusive pacificando o entendimento através da edição da Súmula 485 do STJ<sup>215</sup>.

Com relação ao outro efeito, que consiste na atribuição de jurisdição aos árbitros, é permitido a eles que decidam sobre sua própria jurisdição, a partir do momento em que ela é contestada por uma das partes.

---

<sup>211</sup> STJ. AREsp 406813. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Data da publicação: 17/05/2016; STJ. AREsp 339840. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data da publicação: 18/04/2016; STJ. AREsp 755599. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. Data da publicação: 01/04/2016.

<sup>212</sup> Importante notar que a Lei de Arbitragem é aplicada até mesmo nos contratos celebrados antes de sua edição, conforme Súmula 485 do STJ: A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição.

<sup>213</sup> FILHO, Clávio Valença. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v.15, p.361, jan.2002.

<sup>214</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial e internacional. São Paulo: Lex, 2011, p.134.

<sup>215</sup> Assim: “A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”.

O poder atribuído aos árbitros tem a extensão e limites determinados na própria convenção de arbitragem, competindo aos próprios árbitros interpretá-la para verificar se estão investidos de poder para conhecer toda ou parte da controvérsia instaurada entre as partes, em razão do princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*<sup>216</sup>).

Pedro A. Batista Martins<sup>217</sup> explica a incidência de ambos os efeitos que produzem a convenção de arbitragem:

A convenção de arbitragem produz o efeito de desprezar a jurisdição ordinária em prol da jurisdição convencional ou privada. É a chamada eficácia negativa da convenção que ainda irradia, no que toca à cláusula compromissória (de forma inovadora no direito positivo brasileiro), a consagrada eficácia positiva, pois confere à parte de exigir o cumprimento compulsório da obrigação de instituir a arbitragem.

Desta forma, é inegável que a celebração da convenção arbitral, seja na forma de compromisso arbitral, seja na forma de cláusula compromissória, obriga as partes a submeter o conflito existente ou potencial à esfera privada, abrindo mão da jurisdição estatal.

---

<sup>216</sup> Conforme Pedro A. Batista Martins in MARTINS, Pedro A. Batista. Autonomia da cláusula compromissória. Disponível em: [www.batistamartins.com]: “A Kompetenz-Kompetenz complementa o pressuposto da autonomia e com ele convive, como siameses, pois a eficácia da autonomia alia-se à adoção do princípio da competência-competência. Este, ao operacionalizar o preceito da autonomia, lhe assegura efeito práticos, conferindo-lhe atuação concreta no mundo jurídico”.

<sup>217</sup> A convenção de arbitragem. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 208

## 6 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM COMO NEGÓCIO JURÍDICO

Como relatado acima, a origem da arbitragem é diretamente relacionada ao Direito Civil, na medida em que é por meio da convenção de arbitragem que as partes decidem renunciar à jurisdição estatal e optam pela jurisdição privada para solução de controvérsias.<sup>218</sup>

Assim, é indiscutível o fato da convenção de arbitragem, em suas espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral, ser contrato inserido no bojo da arbitragem, submetido, portanto, às normas atinentes aos negócios jurídicos em geral.

Desta forma, pode-se dizer que é negócio jurídico em que as partes convencionam que eventual litígio, geralmente decorrente de relação contratual, seja resolvido por meio da jurisdição arbitral.

É por meio da convenção de arbitragem, portanto, que nasce a arbitragem. No entanto, no caso da cláusula compromissória, pode ser que nunca surja um conflito capaz de deflagrar um procedimento arbitral.

Tal pacto, que deve ser visto como negócio jurídico, por certo depende do consenso das partes, mediante sua declaração de vontade para sua implementação e se tornar fonte de obrigação. Assim, deve estar revestido de todos os elementos atinentes ao negócio jurídico, previstos no artigo 104<sup>219</sup> do Código Civil para ser válido.

De acordo com Pontes de Miranda<sup>220</sup>, o compromisso e a convenção de arbitragem são negócios jurídicos bilaterais, regidos pelo direito material e seus efeitos geram obrigações, a pretensão ao juízo arbitral.

A cláusula compromissória, o compromisso arbitral e a convenção arbitral encontram-se previstos nos artigos 4º<sup>221</sup>, 9º<sup>222</sup> e 3º<sup>223</sup> da Lei de Arbitragem, assim como no artigo 853<sup>224</sup> e 851<sup>225</sup> do Código Civil, respectivamente.

<sup>218</sup> SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 101/102.

<sup>219</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>220</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 26, p.330

<sup>221</sup> 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.

<sup>222</sup> Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

<sup>223</sup> 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.

<sup>224</sup> Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

<sup>225</sup> Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

De acordo com Pedro Batista Martins <sup>226</sup>, a obrigação resultante da cláusula compromissória é a de instituir arbitragem em caso do surgimento de um conflito entre as partes em determinada relação contratual, sem a necessidade da intervenção judicial ou de outro ajuste entre as partes<sup>227</sup>. O mesmo vale para o compromisso arbitral, com a diferença de que, nesse caso, o conflito já é existente.

Como vimos acima, não há divergência sobre o fato de a convenção arbitral ser um negócio jurídico, ainda que alguns entendam que ela tem natureza jurisdicional ou mesmo de negócio jurídico processual.

Isso não poderia ser de forma diversa, na medida em que a convenção de arbitragem é fruto da livre manifestação de vontade declarada das partes, vinculando-as a solucionar, por meio de arbitragem, eventual conflito que seja deflagrado em determinada relação contratual ou controvérsia já existente.

A convenção arbitral é assentada no princípio fundamental da autonomia privada, de modo que o ordenamento jurídico oferece e assegura aos particulares a possibilidade de regular suas relações mútuas dentro de determinados limites, por meio de negócios jurídicos.<sup>228</sup>

Assim, pode-se considerar a convenção de arbitragem um negócio jurídico derivado da declaração de vontade vinculante, com base na autonomia privada das partes, que gera a obrigação de solução de controvérsias por meio de arbitragem, outorgando ao árbitro jurisdição e a atribuição de julgar as controvérsias nos limites estabelecidos pelas partes.

Desta forma, como partimos do pressuposto de que a convenção de arbitragem é negócio jurídico de direito material, passaremos agora a analisá-la de acordo com os três planos: existência, validade e eficácia.

## **6.1 Plano da existência**

No plano da existência iremos analisar os elementos da convenção de arbitragem, a fim de verificar sua existência como negócio jurídico. Para isso, utilizaremos as classificações definidas no item 4.1. acima.

---

<sup>226</sup> Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: [comentários à lei 9.307/96] Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.76.

<sup>227</sup> Esse caso trata de cláusula compromissória cheia, na medida em que no caso de cláusula compromissória vazia pode haver necessidade de intervenção judicial para instauração do procedimento arbitral.

<sup>228</sup> SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003, p. 102.

Inicialmente, deve-se observar que para existir a convenção de arbitragem deverá conter os *elementos gerais intrínsecos* (ou constitutivos), quais sejam, *forma, objeto e circunstâncias negociais* e *extrínsecos* (ou pressupostos), quais sejam, *agente, lugar e tempo* do negócio.

Deve-se destacar a importância do ajuste negocial na convenção de arbitragem, pois é o reflexo da manifestação de vontade das partes, sendo certo que sua ausência pode comprometer a existência do negócio jurídico.

A ausência de declaração de vontade apta a formar a convenção de arbitragem equivale a uma anomalia extrema, digno exemplo teratológico, que, por sua vez, não deve gerar a válida constituição de um procedimento arbitral. Não se refere aqui a uma declaração negocial viciada, mas, sim, a uma completa ausência de consenso na formação da convenção de arbitragem.<sup>229</sup> Exemplo disso é um contrato falsificado, em que não é possível verificar se houve manifestação de vontade de uma das partes na celebração da convenção de arbitragem.

Nesse caso, estaríamos diante de um típico caso de ausência de um dos *elementos gerais intrínsecos* dos negócios jurídicos, qual seja, o ajuste ou *circunstância negocial*, que torna inexistente a convenção de arbitragem, em qualquer uma de suas espécies (cláusula compromissória ou compromisso arbitral). Não havendo motivo, portanto, para analisar o plano da validade, pois inexistente o negócio jurídico.

Isto posto, a convenção de arbitragem não teria sequer o condão de atribuir jurisdição aos árbitros para decidir a controvérsia instaurada, pois uma vez inexistente não produziria qualquer efeito, seja negativo ou positivo. Ou seja, inexistente a convenção de arbitragem, a jurisdição estatal continuaria sendo a única hábil a resolver a controvérsia instaurada pelas partes.

Por sua vez, pode-se dizer que é *elemento categorial essencial* a deliberação das partes de submeter determinado conflito à arbitragem. Já o número de árbitros para resolver a controvérsia ou se será uma arbitragem *ad hoc* ou institucional são elementos *categoriais naturais*.<sup>230</sup>

Não faz sentido analisarmos no presente trabalho os *elementos particulares* da convenção de arbitragem, tendo em vista que estes dizem respeito à convenção de arbitragem concreta, tendo diversas variáveis que não interessam ao presente estudo. Importante, observar, também, que do artigo 8º<sup>231</sup> da Lei de Arbitragem extrai-se o princípio da autonomia da cláusula

---

<sup>229</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20.

<sup>230</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014. p. 25.

<sup>231</sup> Art. 8º 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.

compromissória, na medida em que a nulidade ou anulabilidade do contrato ou negócio jurídico em que a cláusula compromissória está inserida não afeta necessariamente a cláusula compromissória.

Diante disso, os requisitos de ambos os negócios jurídicos (cláusula compromissória e contrato no qual ela está inserida) são analisados de forma separada e independente, a fim de preservar a cláusula compromissória.

Ademais, de acordo com o parágrafo único<sup>232</sup> do artigo 8º da Lei de Arbitragem, como vimos, é o árbitro quem analisará eventual defeito da convenção de arbitragem<sup>233</sup>.

Tal preceito decorre do princípio *kompetenz-kompetenz* (competência-competência<sup>234</sup>) que atribui ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, analisar, preliminarmente, a viabilidade do litígio ser por ele resolvido, pela inexistência de defeito na convenção de arbitragem ou no contrato em que a cláusula compromissória está inserida.<sup>235</sup>

Note, no entanto, que, caso não haja declaração de vontade (*circunstância negocial*) na celebração da convenção de arbitragem, um dos *elementos gerais intrínsecos* e, portanto, essenciais à existência do negócio jurídico, ela será inexistente.

Nesse caso específico, entende-se que nem mesmo o disposto no parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem seria aplicável, pois inexistente a convenção de arbitragem, ela não geraria qualquer efeito, nem mesmo o de atribuir jurisdição ao árbitro para analisar a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem. Nesse caso, por consequência, entende-se que a jurisdição estatal deveria apreciar eventual conflito.

Nesse sentido, de acordo com Francisco José Cahali:<sup>236</sup>

---

<sup>232</sup> Parágrafo único. 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.

<sup>233</sup> A jurisprudência acolhe tal entendimento. Cite-se o REsp1302900/MG, de relatoria do Min. Sidnei Beneti, TERCEIRA TURMA, j. 09/10/2012 (RSTJ vol. 229 p. 370), ementado da seguinte forma: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. ACORDO OPTANDO PELA ARBITRAGEM HOMOLOGADO EM JUÍZO. PRETENSÃO ANULATÓRIA. COMPETENCIADO JUÍZO ARBITRAL. INADMISSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO PREMATURA. 1.- Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo. 2.- Mesmo no caso de o acordo de vontades no qual estabelecida a cláusula arbitral no caso de haver sido homologado judicialmente, não se admite prematura ação anulatória diretamente perante o Poder Judiciário, devendo ser preservada a solução arbitral, sob pena de se abrir caminho para a frustração do instrumento alternativo de solução da controvérsia.

<sup>234</sup> O princípio da competência-competência deveria ser da jurisdição-jurisdição, pois o árbitro tem competência para avaliar se o conflito deve ser submetido à sua jurisdição ou não. Nesse sentido CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, mediação, resolução CNJ 125/2010. 5ª ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pag. 143/144.

<sup>235</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Autonomia da cláusula compromissória. Disponível em: [www.batistamartins.com].

<sup>236</sup> in Curso de arbitragem, mediação, resolução CNJ 125/2010. 5ª ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pag. 141.

Verificada, *prima facie*, gritante vício na cláusula ou no próprio contrato, objetivamente apurado, tem sido admitido o seu reconhecimento judicial nesta oportunidade. Como exceção à regra, a análise é circunstancial, ou seja, dependerá do quanto apresentado na hipótese submetida a exame. O relevante é saber que, diante de uma anomalia evidente, detectada *primo ictu oculi*, há que se admitir a avaliação prévia (ou concomitante) do vício pelo Judiciário, permitindo-se-lhe, se o caso, seguir à apreciação do mérito do conflito, se reconhecer incidentalmente a invalidade da previsão.

Ressalte-se que estamos a tratar de anomalia extrema, patologia que compromete a declaração de vontade para formação da convenção de arbitragem. É o que a doutrina denomina como vício identificável *prima facie* da convenção de arbitragem, que é previsto no art. 6º, 4<sup>237</sup>, do Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI). No mesmo sentido, é disposto no item 4.5.<sup>238</sup> do regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).

Nessa mesma linha, entende-se que, nesse caso específico de inexistência de convenção de arbitragem por ausência de declaração de vontade das partes, ou ao menos de uma delas, o árbitro não terá jurisdição para apreciar sequer sua existência, validade ou eficácia, ainda que se considere o princípio *favor arbitral*, segundo o qual procura-se favorecer a validade da convenção de arbitragem.

Situação diversa, no entanto, ocorre quando há vício de consentimento na declaração de vontade, em que não é tão evidente a anomalia da convenção de arbitragem, ocasião em que os árbitros terão jurisdição para examinar e decidir se o conflito deverá ser resolvido por arbitragem ou não. No entanto, tal hipótese diz respeito ao plano de validade, e será abordada no tópico a seguir.

Da mesma forma que verificamos os elementos de existência da convenção de arbitragem, poderíamos analisá-la de acordo com a *técnica de eliminação progressiva*<sup>239</sup>. No entanto, o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem dispõe 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."

<sup>237</sup> "Em todos os casos submetidos à Corte, de acordo com o artigo 6º(3), esta deverá decidir se, e em que medida, a arbitragem deverá prosseguir. A arbitragem deverá prosseguir se, e na medida em que, a Corte esteja *prima facie* convencida da possível existência de uma convenção de arbitragem de acordo com o Regulamento."

<sup>238</sup> 4.5. Antes de constituído o Tribunal Arbitral, o Presidente do CAM/CCBC examinará objeções sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem que possam ser resolvidas de pronto, independentemente de produção de provas, assim como examinará pedidos relacionados à conexão de demandas, nos termos do artigo 4.20. Em ambos os casos, o Tribunal Arbitral, após constituído, decidirá sobre sua jurisdição, confirmando ou modificando a decisão anteriormente prolatada.

<sup>239</sup> Conforme item 3.4 acima.

Logo, pode-se verificar que tal disposição legal incorporou os princípios da conservação do ato jurídico e do favor arbitral, ao atribuir ao árbitro jurisdição para decidir questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.

Nesse sentido é a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça<sup>240</sup>, em que se concluiu o seguinte:

Por todo o exposto, era mesmo prematuro o ajuizamento da ação cautelar no Tribunal de Justiça local antes que o Juízo arbitral instituído previamente, ao menos em primazia, examinasse e se pronunciasse sobre a existência, validade e eficácia do compromisso arbitral, tendo em conta os termos dos arts. 8º, parágrafo único e 20 da Lei de Arbitragem.

Por fim, deve-se reconhecer que, na prática, são escassos os casos em que a convenção de arbitragem é inexistente em função de vício extremo que macule a declaração de vontade de modo a afastar a jurisdição arbitral para analisar a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Na maioria dos casos, o defeito encontra-se no plano da validade, como veremos a seguir.

## 6.2 Plano da validade

Analisada a convenção de arbitragem no plano da existência, passemos a verificar as características de seus elementos, de acordo com o ordenamento jurídico, para que ela seja válida e passe a produzir efeitos no mundo jurídico.

Conforme vimos acima, os *elementos gerais intrínsecos* (ou constitutivos) de qualquer negócio jurídico são *forma, objeto e circunstâncias negociais* e os *extrínsecos* (ou pressupostos) são *agente, lugar e tempo* do negócio<sup>241</sup>.

Como validade é a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”), passemos a verificar quais características cada um dos elementos acima mencionados (intrínsecos e extrínsecos) deve ter no caso específico da convenção de arbitragem (espécie de negócio jurídico) para ter validade.

Note que em alguns casos trataremos, separadamente, os elementos de validade da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, pois as características de cada um de seus elementos (intrínsecos e extrínsecos) podem ser distintas, tendo em vista que se tratam de

---

<sup>240</sup> Resp. 1.602.696 – PI, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, j. 09.08.16, publicado em 16/08/16.

<sup>241</sup> Conforme item 3.2 acima.

negócios jurídicos distintos, apesar de produzirem efeitos semelhantes, qual seja, afastar a jurisdição estatal e conferir jurisdição aos árbitros para resolução de determinada controvérsia.

Em relação aos *elementos gerais intrínsecos*, a convenção de arbitragem deve ser decorrente da livre declaração de vontade das partes sem qualquer vício, dentre eles o consentimento, ou seja, deve corresponder a real vontade do agente.

Conforme preceitua Caio Mário da Silva Pereira<sup>242</sup>, vício de consentimento é um desequilíbrio entre a vontade e sua declaração ou entre manifestação de vontade e as exigências da Ordem Legal. Desta forma, a manifestação de vontade pode não refletir a intenção do agente, materializando-se em algo diverso de sua vontade.

Antes de prosseguir com a análise dos demais *elementos gerais intrínsecos*, faremos uma pausa para analisarmos os vícios que podem comprometer a declaração de vontade (*circunstância negocial*) do agente, afetando, portanto, um dos *elementos gerais intrínsecos* essenciais para a validade do negócio jurídico.

O primeiro vício a ser analisado é o *erro*, que representa um desconhecimento ou falso conhecimento de circunstância do negócio jurídico. Portanto, nesse caso o agente atuará de forma diversa da sua vontade. Em razão de sua subjetividade, o erro deve ser substancial<sup>243</sup> e afetar frontalmente a declaração de vontade do agente para, viciando-a, causar a invalidade do negócio jurídico, nos termos do artigo 138<sup>244</sup> do Código Civil.

Em relação à convenção de arbitragem, o erro poderá ser alegado em face da própria escolha do método de solução de controvérsia. Caberá à parte que utilizar esse argumento, o ônus de provar seu completo desconhecimento de ter optado pela arbitragem como método de solução de litígios e suas consequências. Parece claro que profissionais do comércio ou aqueles que tenham sido auxiliados por advogados ou departamentos jurídicos na opção pela arbitragem não possam se valer do erro como argumento para invalidade do negócio jurídico.<sup>245</sup>

O *dolo*, por sua vez, é o conjunto de práticas ou manobras maliciosamente praticadas por uma parte para obter, da outra, declaração de vontade que lhe traga proveito próprio ou a terceiro. Sua prática se dá por ação ou omissão, como o silêncio acerca de fato ou qualidade que a outra parte ignorava. O dolo está previsto no artigo 149<sup>246</sup> do Código Civil.

---

<sup>242</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de direito civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 326.

<sup>243</sup> *Substancial* é o erro que diz respeito à natureza do negócio jurídico e *acidental* aquele que recai sobre motivos ou qualidade secundárias do objeto ou da pessoa e, portanto, não vicia o negócio jurídico.

<sup>244</sup> Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

<sup>245</sup> GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2009. p.11/12 e CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário a Lei 9.307/96 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

<sup>246</sup> Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

Há diferença entre o dolo acidental e o dolo incidente, sendo que o primeiro pode viciar a declaração de vontade essencial à existência do negócio jurídico, enquanto o segundo pode ser resolvido por perdas e danos, pois não atinge a essência do negócio. Nesse sentido, exemplificativamente, pode ocorrer dolo quando uma das partes induz maliciosamente a outra a celebrar convenção de arbitragem, sem que ela saiba exatamente as consequências que isso pode acarretar.

A *coação* é a utilização de violência física ou moral para forçar uma determinada declaração de vontade, podendo ser dirigida direta ou indiretamente ao emissor da vontade. Representando uma ameaça, deve ser séria e injusta. Pode impor temor de dano em relação ao próprio coagido, à sua família ou aos seus bens.

A coação está prevista no artigo 151<sup>247</sup> do Código Civil. Como resultado, ocorre a exteriorização de negócio diverso da vontade do agente. Na arbitragem, a coação pode ocorrer quando uma das partes for coagida a firmar convenção de arbitragem contra sua vontade, gerando, em decorrência da coação, sua invalidade.

Esses são os principais vícios de consentimento que podem viciar a declaração de vontade na celebração da convenção de arbitragem. Como vimos acima, não se tratando de vício extremo e evidente que compromete a declaração de vontade, tornando inexistente o negócio jurídico, os vícios de consentimento serão analisados primeiramente pelos próprios árbitros, tendo em vista o princípio da competência-competência, e só posteriormente, em sede de execução de sentença arbitral ou demanda de anulação de sentença, pelo juiz togado, caso o árbitro entenda pela existência e validade da convenção de arbitragem.<sup>248</sup>

Em relação ao *objeto* da convenção de arbitragem, ele deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, conforme disposto no artigo 104, II, do Código Civil.

Como lícito, devemos entender que o *objeto* não deve encontrar resistência no ordenamento jurídico para validade do negócio jurídico, além de ser idôneo, em consonância com a moral, os bons costumes e a ordem pública. Assim, a convenção de arbitragem de uma forma geral atende aos requisitos de licitude do objeto, uma vez que prevista tanto no Código Civil quanto na Lei de Arbitragem.

Neste trabalho consideraremos *objeto*<sup>249</sup> como o conteúdo do negócio jurídico, aquilo que os sujeitos estabelecem, o conjunto de direitos e obrigações fixados.

---

<sup>247</sup>Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

<sup>248</sup> GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2009. p.11/12 e CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário a Lei 9.307/96 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 36.

<sup>249</sup> Diz-se isso em decorrência da divergência doutrinária que há acerca do objeto do negócio jurídico e seu conteúdo, sendo que alguns entendem como sinônimos e outros fazem diferenciação entre o objeto mediato e imediato.

A convenção de arbitragem tem seu objeto limitado pelo artigo 1º<sup>250</sup> da Lei de Arbitragem, ou seja, a direitos patrimoniais disponíveis ou passíveis de disposição, o que é chamado pela doutrina de *arbitrabilidade objetiva*.

O direito é patrimonial quando possuir expressão monetária ou quando puder fazer parte da universalidade de bens e direitos de um indivíduo. Por sua vez, será disponível quando puder ser exercido livremente por seu titular. Portanto, a arbitrabilidade objetiva diz respeito a tudo aquilo que é passível de contratação e transação. Ficando excluídas, portanto, questões de personalidade (direito à vida, à honra, à imagem, ao nome), do estado da pessoa, de direito de família (modificação da capacidade da pessoa, interdição, dissolução de casamento, guarda e regulamentação de visita) e outros que não tenham o caráter eminentemente patrimonial e que aceitem transação, nos termos do artigo 841<sup>251</sup> do Código Civil.<sup>252</sup>

Contudo, os reflexos patrimoniais de algumas questões de personalidade, como alguns casos de danos morais e violação a direitos autorais são arbitráveis, em que se trate de direito patrimonial disponível<sup>253</sup>.

Em relação à cláusula compromissória, deve-se considerar que, via de regra, a indicação da utilização da jurisdição privada para solução de controvérsias é genérica, na medida em que não é possível precisar com exatidão quais conflitos surgirão de um contrato no momento em que ele foi celebrado, diferentemente do que ocorre no compromisso arbitral, em que o objeto da controvérsia é definido, pois o conflito já existe, enquanto no primeiro caso (cláusula compromissória) é apenas potencial.

Em decorrência da autonomia privada das partes, nada impede também que após instaurada a arbitragem, as partes aditem a convenção de arbitragem com eventuais adequações que o árbitro entenda necessárias, conforme faculta o disposto no § 1º do artigo 19<sup>254</sup> da Lei de Arbitragem.

Conforme veremos adiante, em tópico específico, nada impede também que o objeto da convenção de arbitragem seja alterado ou adequado quando as partes e o árbitro celebram o termo de arbitragem.

---

<sup>250</sup>Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>251</sup>Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

<sup>252</sup>CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº9.307/96. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

<sup>253</sup>ROSA, Marília Bittencourt e SILVA, Vinícius Pavan. Arbitrabilidade dos Direitos Autorais – A Questão dos Direitos Morais. Revista Brasileira de Arbitragem. Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. Edição Especial – Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual. p. 93/109.

<sup>254</sup>Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

§ 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Assim, o objetivo precípua da convenção de arbitragem é afastar a jurisdição estatal e eleger a jurisdição privada ou arbitral para solução de conflitos. No entanto, é bastante comum e recomendável que a convenção de arbitragem disponha sobre outros temas em seu conteúdo, pelo menos os elementos mínimos para se tornar automática a instauração do procedimento arbitral sem a necessidade da intervenção judicial.

No entanto, o conteúdo da convenção de arbitragem também pode prever o número de árbitros que resolverá o conflito, como será sua escolha, a instituição que o administrará, o procedimento arbitral em caso de arbitragem institucional ou se a arbitragem será *ad hoc*, a lei aplicável, idioma em que as peças procedimentais serão redigidas, dentre outros elementos de natureza procedimental.

Em relação à determinabilidade, explica Giovanni Ettore Nanni<sup>255</sup> que o:

"objeto negocial deve estar individualmente concretizado no momento do negócio ou por vir a ser individualmente determinado, segundo um critério estabelecido no contrato ou na lei. Pois bem, a cláusula compromissória igualmente comporta tal situação, sendo lícito um cerne mais ou menos amplo. (...) O seu objeto, portanto, é determinado na hipótese da chamada *cláusula cheia* (...), contudo, em se tratando de *cláusula vazia* (...) em regra é determinável."

Ou seja, caso haja necessidade de socorrer-se do Poder Judiciário para instaurar a arbitragem, nos termos do art. 7º<sup>256</sup> da Lei de Arbitragem, quando na cláusula não houver os elementos mínimos para o início da arbitragem sem intervenção do juiz togado (cláusula vazia), o *objeto* será determinável.

Por sua vez, em relação ao compromisso arbitral, é importante lembrar que a própria Lei de Arbitragem, em seu artigo 10, arrola os elementos que obrigatoriamente devem integrá-lo, assim como em seu artigo 11 os elementos facultativos que podem integrá-lo.

Quanto à *forma*, outro *elemento essencial intrínseco* do negócio jurídico, a lei diz que ela deve ser "prescrita ou não defesa em lei"<sup>257</sup>, de onde se extrai o princípio da liberdade da forma ou da forma livre, pelo qual a declaração de vontade pode ser expressada de qualquer forma (escrita, falada, telefone, eletrônica, etc.), desde que não vedada por lei ou a não ser quando a lei determinar forma específica, nos termos do art. 107<sup>258</sup> do Código Civil.

<sup>255</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014. p. 37. No mesmo sentido PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil, 4ª ed. Coimbra Editora, 2012 p. 548.

<sup>256</sup> 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.

<sup>257</sup> Conforme artigo 104, III, do Código Civil.

<sup>258</sup> Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

De acordo com Orlando Gomes, *forma* pode ser a espécie de documentação do ato, requisito essencial para a validade do negócio jurídico. Neste caso, pode-se dizer que existem formas vinculadas e necessárias que são exigidas para resguardar a declaração de vontade das partes e, no caso de ausência desta forma vinculada, o negócio jurídico é inválido. Assim, forma pode ter dois sentidos, "no primeiro é a própria extensão do ato; no segundo, a veste externa da declaração da vontade."<sup>259</sup>

Quanto à *forma*, portanto, o negócio jurídico é solene (ou formal), se a manifestação de vontade precisar ser feita de uma forma especial, em virtude de exigência legal. É o caso da compra e venda de imóvel, em que a lei exige a escritura pública para validade do negócio jurídico, conforme determina o art. 108<sup>260</sup> do Código Civil.

No caso da cláusula compromissória, ela deve ser escrita, podendo estar inserta em um contrato determinado ou em documento apartado<sup>261</sup>.

Segundo Francisco José Cahali<sup>262</sup>:

Permitida a sua previsão em documentos distintos, não necessariamente no mesmo contrato, verifica-se a possibilidade da chamada 'cláusula *pluridocumental*, fruto da *ruptura* da unidade do ato.' Uma vez escrita a cláusula, sua aceitação pode ser verbal, tácita ou presumida, em situações peculiares, pois, mantendo as características contratuais, sua conformação, em regra, será igualmente expressa, e rotineiramente no próprio instrumento representativo do negócio jurídico realizado. Admite-se cláusula por troca de correspondência, entre as partes ou fac-símile, e, acolhendo os avanços da informática, também deverá ser aceita a contratação por meio eletrônico, embora ainda se tenha certa dificuldade para estabelecer os efeitos jurídicos das relações daí originadas, principalmente com relação à segurança quanto à autenticidade da manifestação de vontade expressa nestas comunicações.<sup>263</sup>

No entanto, é fato que o comércio vem se desenvolvendo e os negócios, cada vez mais, vêm sendo celebrados por meio eletrônico. Nesse sentido, alguns mecanismos estão sendo criados justamente para conferir maior segurança nesse ambiente, como é o caso das

<sup>259</sup> GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 379.

<sup>260</sup> Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

<sup>261</sup> De acordo com o artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), que assim dispõe: Art. 4ª 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.

<sup>262</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, mediação, resolução CNJ 125/2010. 5ª ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pag. 155.

<sup>263</sup> Nesse mesmo, sentido quanto à insegurança gerada pela contratação eletrônica, se manifesta Carlos Alberto Carmona *in* Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105.

certificações eletrônicas, a fim de se ter certeza de que o contratante declarado é realmente aquele que realizou o negócio<sup>264</sup>.

Quanto à forma da cláusula compromissória, importante abordar o famoso Caso Jirau<sup>265</sup>, em que o julgamento dizia respeito a vultoso contrato de seguro e resseguro, relativo à complexa obra de engenharia, envolvendo empresas nacionais e estrangeiras. Em caso de controvérsia, havia cláusula compromissória elegendo Londres como sede, e devendo o procedimento arbitral ser conduzido de acordo com as regras da The Insurance and Reinsurance Arbitration Society - ARIAS/UK.<sup>266</sup>

Quando a controvérsia surgiu, as construtoras-seguradas insurgiram-se contra a cláusula compromissória, alegando, entre outros argumentos, que ela violava a Lei de Arbitragem brasileira, mais especificamente o §2º do artigo 4º, na medida em que se trataria de contrato de adesão e que a cláusula não estaria em negrito, com assinatura ou visto especialmente para ela.

Ao analisar a questão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJ/SP<sup>267</sup>, por maioria de votos, deu provimento ao recurso interposto pelas construtoras-seguradas, afastando a obrigatoriedade da cláusula compromissória, sob o fundamento, entre outros, de que ela efetivamente violaria o disposto, o §2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem brasileira.

Afora as especificidades do caso concreto, fato é que esse dispositivo da Lei de Arbitragem vem suscitando conflito acerca da validade da cláusula compromissória, mesmo em contratos complexos e celebrados entre grandes empresas.<sup>268</sup>

Já no caso do compromisso arbitral, o artigo 9º<sup>269</sup> da Lei de Arbitragem prevê formas distintas para o compromisso judicial e extrajudicial, devendo o primeiro ser celebrado por termo nos autos do processo em que é celebrado, de acordo com o § 1º<sup>270</sup> do artigo 9º, e o segundo, por escrito particular assinado por duas testemunhas ou instrumento público, conforme determina seu § 2º<sup>271</sup> do artigo 9º.

De acordo com Carlos Alberto Carmona<sup>272</sup>:

---

<sup>264</sup> GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2009. p.11/12 e CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário a Lei 9.307/96 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 58.

<sup>265</sup> Caso envolvendo de um lado Energia Sustentável do Brasil S.A. (Sociedade de Propósito Específico) e de outro um grupo de seguradoras composto por Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A., Mapfre Seguros S.A., Allianz Seguros S.A., Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A. e Zurich Brasil Seguros S.A.

<sup>266</sup> Mais informações no sítio: [www.arias.org.uk](http://www.arias.org.uk)

<sup>267</sup> TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0604979-49.2011.8.26.0000, rel. Des. Paulo Alcides Amaral Sales, m.v., j. 19.04.2012.

<sup>268</sup> SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Cláusula arbitral nos contratos de adesão, São Paulo: Almedina, 2016, p. 22/24.

<sup>269</sup> Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

<sup>270</sup> § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

<sup>271</sup> § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

<sup>272</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.191.

“Significa isso que não se admite o compromisso arbitral epistolar, sendo da essência do ato a forma prevista em lei, tudo acerca de cuidados extremos a decisão das partes de outorgar a árbitros a decisão de determinada controvérsia”.

Portanto, em decorrência de previsão legal expressa, pode-se dizer que quanto à forma, a convenção de arbitragem é um negócio jurídico solene.

Já em relação aos *elementos gerais extrínsecos*, a convenção de arbitragem deve ser estipulada de forma bilateral ou plurilateral (*agente*), deverá constar o local (*lugar*) e a data (*tempo*) em que foi celebrada.

Em relação ao *agente*, sua capacidade é requisito para a validade da convenção de arbitragem, assim como de qualquer outro negócio jurídico, conforme dispõe o artigo 104, I<sup>273</sup>, do Código Civil. A capacidade do agente, também chamada pela doutrina de *arbitrabilidade subjetiva*, é a aptidão da pessoa para ser titular de direito, conforme o disposto no artigo 1<sup>o</sup><sup>274</sup> do Código Civil. Mas a titularidade do direito difere de seu exercício. Para o exercício dos direitos, a lei estabelece restrições em razão da idade, da falta de discernimento por problemas mentais ou vícios. Nestas hipóteses, de incapacidade relativa ou absoluta, o exercício do direito está condicionado à assistência ou representação, conforme o caso.<sup>275</sup>

A Lei de Arbitragem, por sua vez, também prevê a necessidade da capacidade do agente em seu artigo 1<sup>o</sup> ao dispor que "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

Com relação à pessoa jurídica, sua capacidade dependerá do cumprimento dos requisitos previstos na regra geral das pessoas jurídicas e seu tipo societário estipulados nos artigos 40 a 69 e 966 a 1.195 do Código Civil e na legislação específica, como na Lei das Sociedades Anônimas, por exemplo.

Os entes despersonalizados, que necessitam de permissão para dispor de direitos, também podem firmar a cláusula compromissória, como é o caso do condomínio, autorizado pelo seu síndico, ou a massa falida, autorizada por seu representante.<sup>276</sup>

Na arbitragem, a capacidade do agente verifica-se na medida em que este, de acordo com a legislação aplicável à arbitragem, pode comprometer-se por si, ou em casos específicos,

---

<sup>273</sup>Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

<sup>274</sup>Art. 1<sup>o</sup> Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

<sup>275</sup>GARCEZ, J. M. Rossani. Arbitragem: Nacional e Internacional, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 46/47

<sup>276</sup>CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, mediação, resolução CNJ 125/2010. 5<sup>a</sup> ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pag. 133.

nas hipóteses em que possa se comprometer por terceiros, como nos mandatos, nas representações comerciais, etc. Logo, a análise da arbitrabilidade subjetiva deve partir da verificação da existência de permissão ou vedação à realização da arbitragem por determinada parte.<sup>277</sup>

Por fim, em relação ao *elemento categorial inderrogável*<sup>278</sup>, importante destacar a inequívoca declaração negocial das partes de renunciar à jurisdição estatal e outorgar poder de julgar as controvérsias decorrentes do contrato ao árbitro. Ainda no plano da validade, a convenção de arbitragem não pode ser separada de seus requisitos básicos, decorrentes da ordem pública, como observação ao contraditório, à igualdade das partes, à independência e imparcialidade do árbitro, assim como seu livre convencimento motivado. Ainda que relacionados ao procedimento, são princípios indissociáveis da via negocial.<sup>279</sup>

Desta forma, procurou-se explorar os requisitos de validade da convenção de arbitragem, sem os quais o negócio jurídico em estudo é inválido.

Reconhecida a invalidade da convenção de arbitragem de ofício pelo árbitro ou a requerimento de qualquer das partes, o procedimento arbitral deve ser extinto, direcionando as partes a resolverem o litígio perante o Poder Judiciário.

Foi justamente o que ocorreu em polêmico julgamento em que o Superior Tribunal de Justiça<sup>280</sup> declarou a nulidade de cláusula compromissória inserida em contrato de franquia, por entender que estavam ausentes os elementos de validade, fundamentando a decisão, entre outros argumentos, na inobservância do artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.

Passemos, agora, a analisar o plano da eficácia da convenção de arbitragem.

### 6.3 Plano da eficácia

Em relação ao plano da eficácia, temos que diferenciar a análise das espécies de convenção de arbitragem, tendo em vista que, enquanto a cláusula compromissória é celebrada, considerando um litígio potencial, portanto, futuro e incerto, que pode ocorrer ou não, o compromisso arbitral parte de um litígio concreto, portanto, existente.

---

<sup>277</sup> GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2009. p.11/12 e CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário a Lei 9.307/96 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 50/51.

<sup>278</sup> Conforme item 3.2 acima.

<sup>279</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014. p. 55/56.

<sup>280</sup> Recurso Especial 1.602.076 - SP (2016/0134010-1), Rel. Min. Nancy Andrighi.

Assim, pode-se considerar a cláusula compromissória como uma espécie de negócio jurídico existente, válido e ineficaz, tendo em vista que estará sob condição suspensiva até que seja deflagrada uma controvérsia. Assim, o *fator de atribuição de eficácia (em geral)* da cláusula compromissória é, justamente, a ocorrência de um litígio.

Desta forma, é possível e comum termos cláusulas compromissórias existentes e válidas que nunca se tornem eficazes se não houver conflito em relação ao contrato no qual ela estiver inserida, ou seja, se a condição suspensiva a ela vinculada nunca for implementada.

Conforme explica Giovanni Ettore Nanni<sup>281</sup>, a cláusula compromissória projeta-se para o futuro, pois o conflito é meramente potencial. Ela trata de conflitos futuros e incertos. Isso se percebe pelo teor do artigo 4º, *caput*, da Lei de Arbitragem, ao dispor que as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. A declaração está feita e, se regular, poderá produzir seus efeitos - o negócio existe e é válido -, mas a eficácia depende da concretização da condução de eficácia.

A condição suspensiva presente na cláusula compromissória é aquela prevista no artigo 121 do Código Civil<sup>282</sup>, de forma que o negócio jurídico somente será eficaz após a implementação de condição (ocorrência de litígio) futura e incerta.

Importante observar, também, que a própria Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) em seu artigo 4º, parágrafo 2º<sup>283</sup>, prevê que será ineficaz a cláusula compromissória nos contratos de adesão se o aderente instituir o procedimento arbitral ou concordar expressamente com sua instituição por escrito, em documento anexo ou em negrito, com assinatura especial para essa cláusula.

Enfim, na cláusula compromissória sua eficácia apenas se verifica diante do implemento da condição. Uma vez deflagrado o litígio, a eficácia se materializa e obriga as partes a instaurar procedimento arbitral para solucioná-lo, uma vez que abdicaram da jurisdição pública.

Já em relação ao compromisso arbitral existente e válido, sua eficácia é automática, na medida em que sua celebração já pressupõe um litígio que, de acordo com a vontade das partes, será submetido à jurisdição arbitral para ser resolvido.

---

<sup>281</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57.

<sup>282</sup> Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

<sup>283</sup> § 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.

## 7 TERMO DE ARBITRAGEM

### 7.1 Noções Gerais

Usualmente, nos procedimentos arbitrais, os regulamentos de alguns órgãos institucionais, preveem que, no início da arbitragem propriamente dita, as partes e o árbitro devem assinar um documento denominado "termo de arbitragem"<sup>284</sup> ou "termos de referência" ou, ainda, "ata de missão"<sup>285</sup>.

O termo de arbitragem tem importante função de organizar a arbitragem. Por meio dele, as partes podem fazer as adaptações que entenderem necessárias em algumas regras previstas no regulamento da instituição de arbitragem, eleita para administrar o procedimento, podendo alterar, ainda, qualquer disposição da própria convenção de arbitragem que entenderem oportuna.

O termo de arbitragem, de acordo com Selma Lemes<sup>286</sup>, é um instrumento arbitral previsto em regulamentos de diversas instituições arbitrais no Brasil, tendo importante função ordenadora da arbitragem. Por meio dele, as partes podem efetuar as adaptações nas regras do regulamento que julgarem necessárias às suas especificidades e que sejam possíveis (sem violar normas cogentes, tais como, os princípios da igualdade de tratamento das partes e do contraditório). Como exemplo mais patente, pode-se citar a questão referente aos prazos, pois, muitas vezes, os 15 (quinze) dias previstos em alguns regulamentos de instituições de arbitragem para as partes apresentarem suas alegações iniciais e finais, em face da complexidade da matéria, são exíguos. Ele também tem a finalidade de delimitar a controvérsia e estabilizar a demanda.

Observa-se que cada regulamento específico tem uma lista de pontos, normalmente de caráter procedimental, que devem constar no "termo de arbitragem". Explica João Bosco Lee<sup>287</sup> que tal tipo de documento foi originalmente adotado pela CCI, tendo, posteriormente, sido utilizado por outras instituições arbitrais. No Brasil é muito comum os órgãos institucionais preverem a sua formalização em seus regulamentos.

---

<sup>284</sup> Essa denominação é usada, entre outros regulamentos no: Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem da CIESP; Câmara de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e Regulamento da Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Americana - Amcham.

<sup>285</sup> Essa denominação é usada, entre outros regulamentos, no artigo 23º do Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

<sup>286</sup> LEMES, Selma Ferreira. Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções. Disponível em: [www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\_juri07.pdf].

<sup>287</sup> Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul 1.ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p.100 e GAILLARD, Emmanuel; FOUCHARD, Phillippe; GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. Haia: Kluwer, 1999, n.1228 ss, p.665 ss.

Quando o termo de arbitragem é assinado, o árbitro, geralmente, já foi escolhido, no entanto, não assinou um documento formal, que também podemos chamar de contrato, em conjunto com as partes, aceitando os seus encargos e sua missão. Assim, o árbitro também participa da elaboração do termo de arbitragem em conjunto com as partes. O órgão institucional arbitral também participa desse ato, auxiliando as partes e os árbitros a preparar tal documento. Aliás, existem regulamentos que preveem que o termo de arbitragem seja elaborado pelos árbitros em conjunto com a secretaria do órgão institucional, para posteriormente ser discutido com as partes<sup>288</sup> ou ainda pelos árbitros e pelas partes<sup>289</sup>.

Os principais objetivos do termo de arbitragem, e aqui já começamos a delimitar seu objeto, são: (i) marcar o início da arbitragem propriamente dita; (ii) fixar o objeto da arbitragem; (iii) organizar o procedimento arbitral; e (iv) proteger a arbitragem.

Quanto ao primeiro motivo, o artigo 19<sup>290</sup> da Lei de Arbitragem estabelece que a arbitragem se considera instituída com a aceitação, pelo árbitro, de seu encargo. Assim, pode-se considerar que esse ato marca o início da arbitragem propriamente dita. Ora, se o árbitro ainda não assinou nenhum documento, aceitando o seu encargo, a celebração do termo de arbitragem constituirá ato de aceitação formal de sua missão, formando-se, então, um vínculo jurídico entre os signatários de tal documento.

Por outro lado, ainda que o árbitro já tenha assinado algum documento, como o termo de compromisso, por exemplo, ainda que a arbitragem já esteja em andamento formal, estando o árbitro apto, portanto, para apreciar e decidir medidas de urgência, é com o termo de arbitragem que a arbitragem se inicia na prática.

Como veremos no tópico seguinte, não há uma forma específica para a instrumentalização do termo de arbitragem, apesar de o mais comum ser por escrito, na medida em que a grande maioria dos regulamentos<sup>291</sup> das instituições que administram procedimentos arbitrais estabeleçam que o termo de arbitragem deve ser assinado pelas partes, pelo árbitro e

---

<sup>288</sup> Regulamento Amcham SP 11.1: Caberá ao Tribunal Arbitral, junto com a Secretaria do Centro, elaborar o Termo de Arbitragem antes da discussão final de seus termos com as Partes.

<sup>289</sup> Regulamento do CAM CCBC 4.17: As partes firmarão o Termo de Arbitragem juntamente com os árbitros, representante do CAM/CCBC e duas testemunhas.

<sup>290</sup> Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

<sup>291</sup> Regulamento Amcham 11.3: Dentro de 3 (três) meses depois da transmissão dos autos, conforme o Artigo 10.1 deste Regulamento, o Termo de Arbitragem deverá ser assinado pelas Partes e pelo Tribunal Arbitral, bem como por duas testemunhas. O prazo poderá ser prorrogado pelo Tribunal Arbitral por motivos excepcionais. A ausência de assinatura de qualquer uma das Partes no Termo de Arbitragem não impedirá o regular processamento da arbitragem. Regulamento CAM-CCBC 4.17: As partes firmarão o Termo de Arbitragem juntamente com os árbitros, representante do CAM/CCBC e duas testemunhas. Regulamento CCI artigo 23.2: A Ata de Missão deverá ser assinada pelas partes e pelo tribunal arbitral. Dentro de dois meses após os autos lhe terem sido transmitidos, o tribunal arbitral deverá transmitir à Corte a Ata de Missão assinada pelos árbitros e pelas partes. A Corte poderá prorrogar este prazo a pedido fundamentado do tribunal arbitral, ou por sua própria iniciativa, se entender que tal medida é necessária.

por testemunhas. Com a assinatura do termo de arbitragem, todas as partes signatárias vinculam-se aos seus termos, devendo observá-los ao longo do procedimento arbitral, pois esse será um importante instrumento que levará à resolução do conflito.

Em relação ao segundo motivo, diversos regulamentos arbitrais preveem que, entre os pontos que devem estar regulados no termo de arbitragem, está a fixação do objeto da arbitragem, ou seja, quais são as pretensões das partes<sup>292</sup>. Isso é importante, pois o árbitro somente poderá resolver questões que forem objeto da arbitragem.

É por meio do termo de arbitragem que as partes definem e limitam a competência do árbitro sobre a matéria que ele poderá decidir, sendo certo, portanto, a *contrario sensu*, que o árbitro não terá competência para resolver qualquer questão que não esteja inserida expressamente no termo, a não ser que as partes e o árbitro, de forma consensual, venham a aditar o termo de arbitragem em um momento posterior, o que se entende ser plenamente possível.

Importante destacar, ainda, que será no termo de arbitragem que o árbitro deverá esclarecer dúvidas ou sanar irregularidades e falhas constantes dos pedidos e/ou fundamentos apresentados pelas partes até então (convenção de arbitragem, pedido de instauração, etc.), conforme determina o artigo 19, § 1º, da Lei de Arbitragem.<sup>293</sup>

O terceiro motivo é organizar a arbitragem, já que pode existir a necessidade de serem definidas regras procedimentais próprias, adaptando o procedimento arbitral estabelecido por determinada instituição ao caso prático que será julgado. Após a escolha do árbitro, a melhor forma de se definir o procedimento a ser seguido (organização do procedimento) é por meio de decisão conjunta das partes e dos árbitros, que são os maiores interessados que o procedimento arbitral seja o mais eficaz possível.<sup>294</sup> Assim, o regulamento de cada instituição de arbitragem costuma elencar quais são os requisitos do termo de arbitragem e seu conteúdo mínimo.

---

<sup>292</sup> Regulamento da CAM-CCBC: 4.18: O Termo de Arbitragem conterá: (h) os pedidos de cada uma das partes; Regulamento CCI: Artigo 23: 1. Tão logo receba os autos da Secretaria, o tribunal arbitral elaborará, fundamentado em documentos ou na presença das partes e à luz das suas mais recentes alegações, documento que define a sua missão. Este documento deverá conter os seguintes elementos: (c) resumo das demandas das partes e dos seus pedidos, incluídos os valores de qualquer demanda que esteja quantificada e, se possível, uma estimativa do valor monetário das demais demandas; Regulamento Amcham 11.2: O Termo de Arbitragem conterá, dentre outras disposições: (d) descrição sucinta da controvérsia, das pretensões das Partes, de seus pedidos e das quantias pleiteadas;

<sup>293</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, mediação, resolução CNJ 125/2010. 5ª ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pag. 253.

<sup>294</sup> Muito se tem discutido se o termo de arbitragem seria uma espécie de negócio jurídico processual que ganhou relevância com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), notadamente com o disposto no artigo 190, que prevê: "Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade."

Importante notar que, invariavelmente, quando se trata de arbitragem institucional, é por meio do termo de arbitragem que as partes e os árbitros aderem expressamente ao regulamento de arbitragem da respectiva instituição e se comprometem a pagar os custos de administração do procedimento, despesas, honorários de peritos e dos árbitros à medida em que forem solicitados pelo órgão institucional<sup>295</sup>.

Diz-se expressamente, pois ao nomear determinado órgão institucional as partes já estão vinculadas aos seus respectivos regulamentos automaticamente. No entanto, é com a assinatura do termo de arbitragem que essa "contratação" se efetiva formalmente.

Além disso, costuma constar nos termos de arbitragem (i) sede da arbitragem e o local em que a sentença arbitral será proferida; (ii) um calendário provisório com os prazos iniciais que as partes deverão observar, como apresentação das alegações iniciais, resposta, réplica e tréplica; (iii) o idioma da arbitragem; (iv) o prazo em que a sentença arbitral será proferida; (v) os endereços para os quais deverão ser enviadas as comunicações processuais; (vi) lei aplicável; (vii) os pedidos/preensões das partes; etc. Como um dos maiores benefícios da arbitragem é a flexibilidade do procedimento arbitral, não se almeja criar uma estrutura engessada para o termo de arbitragem. A ideia é justamente que as partes tenham liberdade para moldar o procedimento arbitral de modo a resolver o caso concreto da forma mais eficiente possível.

Não há diferença em relação à arbitragem *ad hoc*. Nesse caso, após o árbitro ser nomeado, ele poderá convocar as partes para discutirem e celebrarem o termo de arbitragem. A grande diferença é que não haverá um regulamento institucional a ser seguido, razão pela qual o árbitro deverá indicar todas as regras procedimentais e administrativas nesse documento, conforme o disposto no artigo 21, §1º<sup>296</sup>, da Lei de Arbitragem, razão pela qual é de se supor que o termo de arbitragem em arbitragem *ad hoc*, tende a ser um documento mais importante e mais completo do que em arbitragem institucional.

O quarto e último motivo é o de proteger a arbitragem. Há regulamentos de instituições arbitrais brasileiras que estabelecem, como conteúdo do termo de arbitragem, o disposto no artigo 10 da Lei de Arbitragem, que dispõe os elementos que deverão constar obrigatoriamente no compromisso arbitral. Alguns desses regulamentos exigem ainda que sejam estabelecidos, no termo de arbitragem, outros tipos de regras. Não há dúvida de que tal documento é, no fundo,

---

<sup>295</sup> Exemplo disso é o Regulamento da CAM CCBC 4.18 (j), que dispõe que "a expressa aceitação da responsabilidade pelo pagamento dos custos de administração do procedimento, despesas, honorários de peritos e dos árbitros à medida em que forem solicitados pelo CAM/CCBC".

<sup>296</sup> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

muito similar à convenção de arbitragem, apesar de ambos terem finalidades distintas. Na realidade, o termo de arbitragem ajuda a evitar eventuais alegações de nulidade da arbitragem em casos em que a convenção de arbitragem seja omissa em determinado ponto.

Pode-se dizer, portanto, que também é objetivo do termo de arbitragem a proteção do procedimento arbitral, que muitas vezes reproduz o que já foi estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem e no pedido de instauração da arbitragem.

Questão importante a ser enfrentada é a da recusa ou omissão de uma das partes a assinar o termo de arbitragem. Inicialmente, como se trata de documento facultativo, não vislumbramos maiores prejuízos ao curso do procedimento arbitral se uma das partes deixar de firmar tal documento, seja por sua recusa expressa, seja por não comparecer à audiência para assinatura do termo, conforme preveem alguns regulamentos<sup>297</sup>.

Ademais, importante observar que, como nessa etapa do procedimento o árbitro já goza de jurisdição, boa parte do conteúdo do termo de arbitragem, como, por exemplo, o calendário provisório e a forma de cumprimento de prazos poderão ser objeto de deliberação do próprio árbitro. A diferença será que, em vez de tais deliberações serem consensuais, serão definidas pelo árbitro.

Outra parte do conteúdo que seria objeto do termo de arbitragem provavelmente já foi disposto na convenção de arbitragem e/ou no pedido de instauração da arbitragem, como qualificação das partes, síntese da controvérsia e pedidos. No entanto, caso uma das partes não assine o termo de arbitragem, isso não poderá ser alterado, pois prescinde de participação das partes e dos árbitros, conforme determina o artigo 19, § 1º<sup>298</sup>, da Lei de Arbitragem<sup>299</sup>.

Ou seja, caso haja algum ponto obscuro no pedido ou na síntese da controvérsia, o que em situação normal poderia ser esclarecido e retificado no termo de arbitragem, caso uma das partes não assine tal documento, o árbitro não poderá sanar esse vício no termo de arbitragem e terá que enfrentá-lo em decisão ao longo do procedimento ou na própria sentença.

---

<sup>297</sup> O regulamento da CAM-CCBC prevê que 4.19: A ausência de qualquer das partes regularmente convocadas para a reunião inicial ou sua recusa em firmar o Termo de Arbitragem não impedirão o normal seguimento da arbitragem; o regulamento da FIESP dispõe que 5.2 – As partes firmarão o Termo de Arbitragem juntamente com os árbitros e o representante da Câmara. O Termo de Arbitragem permanecerá arquivado na Câmara. A ausência de assinatura de qualquer das partes não impedirá o regular processamento da arbitragem (5.2.);

<sup>298</sup> § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

<sup>299</sup> Esse também é o entendimento de Carlos Alberto Carmona *in* Arbitragem e Processo: um comentário a Lei 9.307/96 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 281, ao dizer que: "Para que haja qualquer acerto válido (que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem, como explicitamente menciona o parágrafo único do artigo em foco) torna-se necessária a participação das partes e dos árbitros.

No entanto, ressalta-se que o árbitro tem competência e autoridade, no limite de sua jurisdição, para decidir sobre dúvidas, lacunas e omissões da convenção de arbitragem, a fim de sanar eventual irregularidade para o prosseguimento regular do procedimento arbitral.

Observa-se que há autores que criticam a necessidade de ser assinado, no curso do procedimento arbitral, um documento como o termo de arbitragem. A crítica que se faz é que esse documento, que tem que ser negociado entre as partes e o árbitro, muitas vezes, com a participação do órgão institucional que administrará o procedimento, torna o procedimento arbitral mais complicado sem vantagens específicas.<sup>300</sup>

Contudo, de acordo com a prática doméstica, o termo de arbitragem é utilizado na vasta maioria dos procedimentos arbitrais. Seja pela nossa cultura de recorrer das decisões quando elas nos são desfavoráveis ou ainda pela importância dada pela doutrina a tal documento.

Importante observar, contudo, que, apesar do termo de arbitragem não ser obrigatório para a instalação do procedimento arbitral, uma vez firmado pelas partes e pelos árbitros, vincula-o ao conteúdo de suas disposições.

A recente alteração da Lei de Arbitragem, implementada pela Lei 13.129 de 2015, introduziu o § 1º ao artigo 19, com a seguinte redação: "Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem."

Pode-se entender que esse *adendo* seja o termo de arbitragem que estamos analisando, pois, dentre as diversas funções do termo de arbitragem já destacadas, certamente está a de organizar o procedimento arbitral.<sup>301</sup>

Por fim, observa-se que o conteúdo do termo de arbitragem tem natureza jurisdicional e contratual, na medida em que define prazos do procedimento e sua forma de cumprimento, assim como o pagamento do árbitro e das custas do procedimento arbitral. Por essa razão, quando firmado por advogado, além dos poderes *ad judicium*, a procuração também deve conter poderes específicos para firmar o termo de arbitragem.

---

<sup>300</sup> GOULENE, Alain; RACINE, Jean Baptiste. As flutuações processuais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo LTr, 1997, p. 125.

<sup>301</sup> Esse também é o entendimento de Ricardo Ranzolin, *in* Reforma da Lei de Arbitragem. Comentário ao texto completo, edição eletrônica, p. 50, ao explicar que "É bastante comum que a primeira medida do árbitro ou do tribunal arbitral seja a convocação das partes, a fim de que seja assinado por todos o 'termo de arbitragem', referido pelo dispositivo legal como 'adendo' à convenção de arbitragem. Tal poderá ser feito, inclusive, a qualquer tempo durante o trâmite do procedimento arbitral, desde que com aceitação de todas as partes."

Tendo em vista sua relevância e recorrência na arbitragem e não havendo dúvidas de que se trata de um negócio jurídico que tem por finalidade os aspectos acima elencados, passemos a analisá-lo sob a perspectiva do direito civil.

## 7.2 Termo de Arbitragem como negócio jurídico

Como vimos, o termo de arbitragem, apesar de não ser um contrato obrigatório, é um negócio jurídico celebrado entre as partes e o árbitro, com regramento de direito e obrigações, também sinalagmático.

Não há razão para que haja procura frenética de alguma norma legal que possa ser tomada por empréstimo para regular o termo de arbitragem. É que a ausência de lei específica abre espaço para que as partes autorregulem seus interesses (liberdade contratual) e para dar maior flexibilidade ao negócio jurídico. É exatamente por isso que o sistema jurídico admite a existência dos contratos atípicos, ou *sui generis*. O Código Civil vigente, ao contrário do anterior, foi explícito ao admiti-los, prevendo no artigo 425 ser “lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Como ensina Álvaro Villaça de Azevedo<sup>302</sup>, os contratos atípicos “carecem de disciplina particular, não podendo a regulamentação dos interesses dos contratantes contrariar a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito”

De acordo com Arnoldo Wald<sup>303</sup>:

(...) liberdade contratual permite a criação de contratos atípicos, ou seja, não especificamente regulamentados pelo direito vigente, importando na possibilidade para as partes contratantes de derrogar as normas supletivas ou dispositivas, dando um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento lavrado.

É exatamente o que ocorre com o termo de arbitragem: inexistindo lei própria, as partes e o árbitro podem definir regras específicas para determinado procedimento arbitral. Tais regras, no entanto, conforme o disposto no artigo 425 do Código Civil, deverão observar as normas gerais e princípios do Código Civil, ou seja, as partes envolvidas poderão, observada a autonomia privada, deliberar acerca do conteúdo do termo de arbitragem. E, como se sabe, essa flexibilidade é uma característica marcante e uma das grandes vantagens da arbitragem. Determinado procedimento arbitral pode ser moldado pelas partes e pelo árbitro ao caso

---

<sup>302</sup> AZEVEDO, Alvares Villaça de. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Atlas, 2002. p. 132.

<sup>303</sup> WALD, Arnoldo. Obrigações e Contratos. 16ª ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 190.

concreto, tornando-o o mais eficiente possível para a resolução de determinado conflito, não tendo que ficar adstrito a normas estanques ou estáticas como muitas vezes ocorre no processo judicial.

Ante seu conteúdo misto (jurisdicional e contratual), também podemos analisar o termo de arbitragem como um negócio jurídico processual. Os negócios jurídicos processuais representam um interessante diálogo entre o direito privado e o direito processual, em que há possibilidade das partes criarem certos regramentos processuais sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e sempre dentro dos limites admitidos pela autonomia privada.<sup>304</sup>

Diz-se que o negócio jurídico processual, agora expressamente positivado no artigo 190<sup>305</sup> do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), teve inspiração no termo de arbitragem. Evidentemente que, por se tratar de jurisdição pública, o negócio jurídico processual encontra restrições não constatadas pelo termo de arbitragem. De qualquer modo, não há dúvidas que para sua existência, validade e eficácia o termo de arbitragem deve observar os preceitos do negócio jurídico, determinado pelo Código Civil.

Feitos esses primeiros comentários sobre o termo de arbitragem como espécie de negócio jurídico, cumpre agora analisá-lo sob a ótica da tricotomia do negócio jurídico.

Assim, como na convenção arbitral, deve-se destacar a importância do ajuste negocial na celebração do termo de arbitragem, pois é o reflexo da manifestação de vontade das partes e do árbitro. Sua ausência pode comprometer todo o procedimento arbitral. Por isso, caso uma das partes não assine o termo de arbitragem, o árbitro não está autorizado a alterar a convenção de arbitragem consensualmente celebrada pelas partes, ainda que haja algum ponto que necessite ajuste, sob pena de comprometer todo o procedimento arbitral.

Qualquer tipo de vício na declaração de vontade de qualquer das partes pode comprometer a própria existência do termo de arbitragem e, por conseguinte, macular o procedimento arbitral que seguirá baseado nas premissas fixadas no termo de arbitragem. Nessa situação, estaríamos diante de um típico caso de ausência de um dos *elementos gerais intrínsecos* dos negócios jurídicos, qual seja, o ajuste ou *circunstância negocial*.

Muito embora a atribuição de jurisdição ao árbitro ocorra na convenção de arbitragem, eventual vício no termo de arbitragem poderia, da mesma forma viciar tal ato (atribuição de

---

<sup>304</sup> RODOVALHO, Thiago. CPC perdeu chance de colocar Brasil na vanguarda em processos com arbitragem, publicado no sítio Consultor Jurídico [http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira]

<sup>305</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

jurisdição ao árbitro), pois, como visto acima, o termo de arbitragem pode alterar (como se aditamento fosse) a convenção arbitral, assim como definir a missão do árbitro durante o procedimento arbitral e limitar sua jurisdição aos pedidos formulados pelas partes, o que comumente é parte integrante do termo de arbitragem.

Ademais, para que seja válido, o termo de arbitragem deve ser decorrente de declaração de vontade das partes sem qualquer vício e corresponder à real vontade do agente. Ou seja, constatada a presença de qualquer vício de consentimento na celebração do termo de arbitragem, sua validade estará comprometida.

Como partimos do pressuposto de que *objeto* é o conteúdo do negócio jurídico, aquilo que os sujeitos estabelecem, o conjunto de direitos e obrigações fixados, no caso do termo de arbitragem, o objeto consistirá em todas as normas de organização do procedimento arbitral, de natureza processual, assim como normas de natureza contratual, como estabelecer vínculo entre as partes, o árbitro e a instituição que administrará a arbitragem, fixar os honorários que as partes pagarão ao árbitro, a taxa pela administração do procedimento arbitral ao órgão institucional e etc.

Assim, apesar de o termo de arbitragem não ter seu objeto fixado em lei, como ocorre com a convenção de arbitragem, deve observar os preceitos genéricos fixados pelo artigo 104, II, do Código Civil, ou seja, o *objeto* do termo de arbitragem, assim como em qualquer negócio jurídico, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Quanto à *forma*, o negócio jurídico é solene (ou formal) se a manifestação de vontade precisar ser realizada de uma forma especial e formal, em virtude de exigência legal.

No caso do termo de arbitragem, considerando o disposto no artigo 19, §1º<sup>306</sup>, da Lei de Arbitragem, ele deve ser celebrado por escrito, ante a orientação legal de que deve ser firmado pelas partes e pelo árbitro, concluindo-se que se trata de um negócio jurídico solene.

Os regulamentos das instituições de arbitragem também preveem que o termo de arbitragem seja celebrado por escrito e assinado pelas partes, pelo árbitro e, em algumas oportunidades, por duas testemunhas, a fim de conferir executoriedade a tal documento, caso seja necessária a cobrança judicial dos honorários dos árbitros e/ou das despesas administrativas incorridas órgão institucional que administrará o procedimento arbitral<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> Art. 19. § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

<sup>307</sup> De acordo com o item 11.3 do regulamento do centro de arbitragem e mediação da Amcham: "(...) o Termo de Arbitragem deverá ser assinado pelas Partes e pelo Tribunal Arbitral, bem como por duas testemunhas." Já o regulamento do centro de mediação e arbitragem da CCBC, no item 4.17, prevê que: "As partes firmarão o Termo de Arbitragem juntamente com os árbitros, representante do CAM/CCBC e duas testemunhas."

Já em relação aos *elementos gerais extrínsecos*, o termo de arbitragem deve ser estipulado de forma plurilateral (*agente*), por se tratar de contrato, e deverá constar o local (*lugar*) e a data (*tempo*) em que foi celebrada.

Em relação ao *agente*, o termo de arbitragem deverá ser firmado pelas partes, pelo árbitro ou tribunal arbitral e, muitas vezes, por um representante da instituição de arbitragem<sup>308</sup>, quando a arbitragem for institucional.

Por fim, em relação ao plano da eficácia, podemos considerar que o termo de arbitragem tem eficácia automática e imediata, tendo em vista que passa a produzir efeitos após sua assinatura. Muitas vezes, a partir de sua formalização já passa a correr o prazo para as partes apresentarem suas alegações iniciais, efetuarem os pagamentos das custas iniciais à instituição de arbitragem que estiver administrando o procedimento arbitral, assim como os honorários iniciais do árbitro.

Desta forma, cumpridos os requisitos ora analisados o termo de arbitragem será um negócio jurídico existente, válido e eficaz.

---

<sup>308</sup> De acordo com o item 5.2 do regulamento de arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP: "As partes firmarão o Termo de Arbitragem juntamente com os árbitros e o representante da Câmara. O Termo de Arbitragem permanecerá arquivado na Câmara. A ausência de assinatura de qualquer das partes não impedirá o regular processamento da arbitragem."

## 8 CONTRATO COM ÁRBITRO

### 8.1 Noções gerais

A relação entre as partes e o árbitro é outra relação contratual formada no curso da arbitragem, a qual passaremos a analisar.

A mera indicação do árbitro não é suficiente para formação do vínculo obrigacional. Há necessidade de sua aceitação para que seja investido de poderes jurisdicionais e passe a existir a obrigação, por parte do árbitro, de decidir o litígio, nos limites estabelecidos pelas partes na convenção de arbitragem.

Como define Selma Maria Ferreira Lemes<sup>309</sup>, descrevendo a natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo árbitro:

É importante verificar, como corolário, qual a origem e como se classifica o ato que inicia o relacionamento entre o árbitro e as partes. Com efeito, analisando a natureza jurídica do negócio firmado com o árbitro e as partes, verifica-se que a relação entabulada é contratual. Todavia, em razão das especificidades que envolvem o tipo de negócio havido entre os árbitros e as partes (o objeto do contrato), há dificuldade de enquadrá-lo nas formas usuais de contratação. A doutrina e a jurisprudência comparadas enfrentam esta questão tentando, por analogia, conceituá-lo como contrato de mandato ou agência e locação de serviços, como a seguir verificaremos. Todavia, ao final, concluímos ser um tipo de contrato especial, que não pode ser classificado de acordo com as formas preestabelecidas.

De acordo com Fouchard<sup>310</sup> a relação entre o árbitro e as partes é contratual na origem e judicial no objeto e forma de execução. Assim, o contrato não poderia se limitar a uma forma restrita.

Pode-se dizer que o negócio jurídico estabelecido entre as partes e o árbitro tem natureza jurídica híbrida ou mista, na medida em que tem origem contratual, mas seu objeto é jurisdicional (investidura):

The contractual relationship between the arbitrators and the parties cannot be reduced to a familiar category found in civil law systems. It shares the hybrid nature of arbitration itself: its source is contractual, but its object is judicial, and authors

<sup>309</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado*. Jurisprudência (Lei n. 9.307/96). São Paulo: LTr, 2001, p 48.

<sup>310</sup> P. FOUCARD. Relationships between the Arbitrator and the parties and the Arbitral Institution in The Status of the Arbitrator, Special Supplement, The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Paris ICC Publication, n. 564, 1995, p. 16. No mesmo sentido GAILLARD, Emmanuel; FOUCARD, Phillippe; GOLDMAN, Berthold. *International commercial arbitration*. Haia: Kluwer, 1999, p. 623.

worldwide are now virtually unanimous on that point. Its judicial object must not be confused with the purely contractual consequences to which it gives rise.<sup>311</sup>

Assim, ante a singularidade de tal negócio jurídico, não é possível equipara-lo a qualquer contrato típico previsto em nosso ordenamento jurídico.

De acordo com Pontes de Miranda<sup>312</sup> "a aceitação da função pelos árbitros gera o contrato *sui generis*, de direito material, parecido com o contrato de serviços, entre figurantes e o árbitro."

Pode-se dizer que o negócio jurídico celebrado entre o árbitro e as partes é atípico ou, como definido por Pontes de Miranda, *sui generis*, pois envolve a atribuição jurisdicional conferida ao árbitro, fato que decorre de lei<sup>313</sup>.

De acordo com Selma Lemes<sup>314</sup>:

A exteriorização do contrato de investidura pode ocorrer de diversas maneiras. Tanto pode ser firmado um contrato em apartado entre as partes e os árbitros, como pode estar representado na aceitação e assunção da responsabilidade de cumprir o seu mister, estabelecido no compromisso arbitral firmado pelas partes e árbitros na forma prevista no art. 10 da Lei de Arbitragem n. 9.307/96. Também pode estar representado no Termo de Arbitragem, instrumento muito utilizado nas instituições arbitrais nacionais e internacionais (...).

Ou seja, não há um regramento específico para formalização do vínculo contratual entre partes e árbitro, podendo ocorrer de forma variada, apesar da jurisprudência francesa demonstrar uma certa preferência pela noção de contrato de investidura:

Procedendo da vontade comum das partes de recorrer à arbitragem, os árbitros são, a partir da aceitação de sua missão, juízes designados em execução da convenção e não os mandatários das partes. A partir da constituição do tribunal arbitral, eles estão investidos de uma missão jurisdicional (...) no cumprimento de sua missão, deduzida deste contrato de investidura (...).<sup>315</sup>

Como leciona Giovanni Ettore Nanni:<sup>316</sup>

<sup>311</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). FOUCHARD, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 607.

<sup>312</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 26, p. 331

<sup>313</sup> Nesse sentido defende GUERRERO, Luis Fernando. Reflexão sobre a relação entre árbitros e partes: natureza jurídica e necessário afastamento de propostas de regulação no direito brasileiro. Revista Brasileira de Arbitragem v. 15. Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, v. 15, p. 47, jul/set. 2007.

<sup>314</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado. Jurisprudência (Lei n. 9.307/96). São Paulo: LTr, 2001, p 51.

<sup>315</sup> TGI Paris, 13 de junho de 1990, citada no artigo: Do Contrato do Árbitro: O árbitro, um prestador de serviços, de Marc Henry, publicado na Revista Brasileira de Arbitragem, nº 6, ano II, Abr-Jun de 2005, p. 67

<sup>316</sup> O Direito Civil da Arbitragem e na Arbitragem, publicado na Revista Direito ao Ponto. São Paulo: Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo CIESP/FIESP v. 7 p.18/20, 2011

Uma vez formado o negócio jurídico arbitral, nasce, ainda que com suas particularidades, um contrato sinalagmático, pois as partes têm, por essência, a obrigação de pagar os honorários dos árbitros e de reembolsar as suas despesas, os quais, por sua vez, assumem uma obrigação de resultado, oriunda do dever de decidir, que é proferir a sentença arbitral no prazo estipulado, além de outras igualmente importantes para obtenção de tal fim, como a imparcialidade, a independência, a competência, a diligência, a discricção, a neutralidade, a confidencialidade e o dever de revelação.

É essencial que as relações contratuais vinculem o árbitro às partes do litígio. A situação é mais complexa quando a arbitragem é institucional. Todavia, a intervenção do órgão institucional não modifica em nada a relação contratual que vincula o árbitro às partes. Em sua missão jurisdicional, as partes se tornam co-contratantes do árbitro. Ao celebrar esse contrato, o árbitro subscreve um certo número de compromissos.<sup>317</sup>

Nos procedimentos arbitrais domésticos e internacionais é muito comum a constituição de tribunais arbitrais compostos por 3 (três) árbitros, notadamente para casos complexos e envolvendo disputas de alta monta. Esclarece-se que, geralmente, o número de árbitros já é definido na convenção de arbitragem.

Também pode ocorrer de as partes na convenção de arbitragem atribuírem qualidades aos árbitros que desejam que julguem eventual litígio, como por exemplo, o tribunal arbitral deverá ser formado por engenheiros mecânico ou civil, dependendo do objeto do contrato principal, no qual se encontra inserida a cláusula compromissória, o que deve ser observado no momento da nomeação dos árbitros, sob pena de nulidade do procedimento arbitral.

De acordo com o artigo 13, § 3º, da Lei de Arbitragem as partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, o que é bastante comum quando se trata de arbitragem institucional.

Assim, via de regra, os centros de arbitragem em seus respectivos regulamentos<sup>318</sup> preveem um procedimento específico para que cada parte, ou grupo de partes, em caso de

---

<sup>317</sup> HENRY, Marc. Do Contrato do Árbitro: O árbitro, um prestador de serviços *in* Revista Brasileira de Arbitragem, nº 6, ano II, Abr-Jun de 2005, p. 67.

<sup>318</sup> Exemplificativamente, o item 4.4. do regulamento de arbitragem da CAM-CCBC estabelece que: "A Secretaria do CAM/CCBC enviará para ambas as partes cópia deste Regulamento e a relação dos nomes que integram o Corpo de Árbitros, convidando-as para que, no prazo de 15 (quinze) dias, indiquem cada qual 1 (um) árbitro titular e, facultativamente, suplente para a composição do Tribunal Arbitral." Já o item 4.4.1. estabelece o seguinte "As partes poderão indicar livremente os árbitros que comporão o Tribunal Arbitral. Contudo, caso a indicação seja de profissional que não integre o Corpo de Árbitros, deverá ela ser acompanhada do respectivo currículo, que será submetido à aprovação do Presidente do CAM/CCBC."

arbitragem multipartes<sup>319</sup>, indique um árbitro e aqueles indicados pelas partes em conjunto indiquem o terceiro árbitro, que terá a função de presidente do tribunal arbitral.<sup>320</sup>

Alguns centros de arbitragem, no entanto, exigem que o presidente do tribunal integre a sua lista restritiva de árbitros, que é previamente aprovada<sup>321</sup>. Tal medida limita, de certa forma, a autonomia privada das partes. No entanto, não se vê qualquer irregularidade, na medida em que foram as partes, de forma livre e consensual, que escolheram eleger determinado centro de arbitragem, vinculando-se ao seu regulamento e, conseqüentemente, à lista de árbitros daquele centro de arbitragem.

Nesse sentido, de acordo com a redação do artigo 13, § 4.<sup>o</sup><sup>322</sup>, da Lei de Arbitragem as partes de comum acordo têm o direito de afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pela instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

Isso revela a faculdade que as partes possuem em escolher outros árbitros além daqueles credenciados pelo órgão arbitral institucional ou entidade especializada, privilegiando a autonomia das partes.

No caso de árbitro único, normalmente as partes podem escolhê-lo em comum acordo ou o próprio centro de arbitragem escolherá o árbitro caso não haja consenso entre as partes.<sup>323</sup>

Por fim, em caso de arbitragem *ad hoc*, as partes na convenção de arbitragem deverão definir, além do número de árbitros, o procedimento de indicação.

---

<sup>319</sup> MAGALHÃES, José Carlos de.; VISCONTE, Debora. A nomeação de árbitros em arbitragens com mais de uma parte no mesmo polo processual. *in* LEMES, Selma Ferreira; Balbino, Inez (coord.). Arbitragem: temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 283/296.

<sup>320</sup> Exemplificativamente, vide item 4.9 do regulamento de arbitragem do CAM/CCBC, que dispõe o seguinte: "Decorrido os prazos dos artigos 4.7 e 4.8, a Secretaria do CAM/CCBC notificará aos árbitros indicados pelas partes que deverão, no prazo de 15 (quinze) dias, escolher o terceiro árbitro dentre os membros integrantes do Corpo de Árbitros, o qual presidirá o Tribunal Arbitral."

<sup>321</sup> Exemplificativamente, o regulamento de arbitragem da CMA da FIESP/CIESP estabelece no item 2.4 que "O presidente do Tribunal Arbitral será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas partes, preferencialmente dentre os membros do Quadro de Árbitros da Câmara. Os nomes indicados serão submetidos à aprovação do Presidente da Câmara." Já o regulamento de arbitragem da CCI prevê no Artigo 12.5 o seguinte: "Quando o litígio tiver de ser solucionado por três árbitros, o terceiro árbitro, que atuará na qualidade de presidente do tribunal arbitral, será nomeado pela Corte, a menos que as partes tenham decidido por outro procedimento para a sua designação, caso em que esta ficará sujeita a confirmação nos termos do artigo 13."

<sup>322</sup> § 4.<sup>o</sup> As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

<sup>323</sup> Exemplificativamente, o regulamento de arbitragem da CAM-CCBC estabelece no item 4.13: "Caso a convenção de arbitragem estabeleça a condução do procedimento por árbitro único, este deverá ser indicado de comum acordo pelas partes, no prazo de 15 (quinze) dias contados da notificação da Secretaria. Decorrido este prazo, não havendo as partes indicado o árbitro único, ou concordado a respeito da indicação, este será nomeado pelo Presidente do CAM/CCBC, observado o artigo 4.12."

Qualquer que seja a composição do tribunal arbitral ou a nomeação de árbitro único, o árbitro ou árbitros, após serem indicados pelas partes ou nomeados pelo centro de arbitragem, devem revelar eventuais conflitos e/ou impedimentos que tenham para atuar como árbitro naquele caso específico, conforme determina o §1º<sup>324</sup> do artigo 14 da Lei de Arbitragem.

Em face de tal revelação, é facultado às partes impugnar os árbitros em decorrência de fatos que digam respeito a sua imparcialidade, independência ou qualquer matéria relevante referente ao árbitro, conforme prevê o artigo 15<sup>325</sup> da Lei de Arbitragem. Em caso de impugnação, após manifestação do árbitro, geralmente o centro de arbitragem<sup>326</sup> decide sobre a pertinência ou não da impugnação.

Note que o artigo 14<sup>327</sup> da Lei de Arbitragem equipara as hipóteses de impedimento do árbitro às mesmas situações que caracterizam impedimento e suspeição dos juízes estatais, definidas nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil.

Importante consignar que após o árbitro revelar eventuais fatos que o tornem suspeito ou impedido para atuar no caso e esgotado o prazo para impugnação das partes, ele assina um termo<sup>328</sup> declarando sua aceitação ao encargo de atuar como árbitro, momento em que se considera constituída a arbitragem, conforme prevê o artigo 19 da Lei de Arbitragem.

Podemos considerar, portanto, que com a aceitação do árbitro do encargo de julgar a controvérsia está formada a relação contratual entre partes e árbitro, surgindo uma série de direitos e obrigações de parte a parte.

Em relação às obrigações decorrentes do contrato de investidura dos árbitros, destacam-se as seguintes obrigações do árbitro:

- (i) cumprir a missão (obrigação de resultado<sup>329</sup>) de resolver o litígio a que lhe é submetido. Estão vinculados a essa obrigação o dever de ser imparcial e de

---

<sup>324</sup>§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

<sup>325</sup>Art. 15. A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

<sup>326</sup>Exemplificativamente, vide item 5.4 do regulamento de arbitragem do CAM/CCBC, que dispõe o seguinte: "As partes poderão impugnar os árbitros por falta de independência, imparcialidade, ou por motivo justificado no prazo de 15 (quinze) dias do conhecimento do fato, sendo a impugnação julgada por Comitê Especial constituído por 3 (três) membros do Corpo de Árbitros nomeados pelo Presidente do CAM/CCBC."

<sup>327</sup>Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

<sup>328</sup>Exemplificativamente, o regulamento de arbitragem da CAM-CCBC, item 4.14., dispõe que: "A Secretaria comunicará aos árbitros para que, no prazo de 10 (dez) dias, firmem o Termo de Independência, que demonstra a aceitação formal do encargo, para todos os efeitos, intimando-se as partes para elaboração do Termo de Arbitragem."

<sup>329</sup>PINTO, José Emilio Nunes. Artigo V *in* Wald, Arnoldo; Lemes, Selma Ferreira (coord.). Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221-222.

independência, obrigações que não serão tratadas em profundidade no presente trabalho, tendo em vista que, além de legais<sup>330</sup>, são obrigações de cunho ético;

(ii) respeitar as disposições particulares que as partes estipularem na convenção de arbitragem e no termo de arbitragem, tal como prazo para proferir a sentença arbitral, possuir especialização sobre determinada matéria e etc.;

(iii) estar disponível, trata-se de uma aptidão do árbitro não expressamente prevista pelas partes, mas tacitamente exigida do árbitro quando aceita a missão de julgar a controvérsia<sup>331</sup>;

(iv) conduzir o procedimento arbitral com diligência, competência<sup>332</sup>, seriedade, confidencialidade e neutralidade até o seu fim, salvo se invocar motivo justo que torne materialmente impossível sua participação na arbitragem<sup>333</sup>;

(v) dever de revelação, consistente em obrigação de revelar às partes todo e qualquer fato que possa comprometer qualquer das qualidades acima citadas, declarando-se impedido para desempenhar sua missão quando o fato revelado foi incompatível com as qualidades que se espera do árbitro<sup>334</sup>; e

(vi) aplicação dos princípios da igualdade e do contraditório durante todo o procedimento arbitral, tratando as partes com absoluta isonomia e conceder a ambas o direito de serem ouvidas e de se manifestar durante todo o procedimento arbitral.<sup>335</sup>

---

<sup>330</sup> De acordo com o artigo 13, § 6º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) "No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição."

<sup>331</sup> CLAY, Thomas. *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 605.

<sup>332</sup> De acordo com Carlos Alberto Carmona, o árbitro deve ser competente, isto é, ter preparo, ser apto e habilitado para solucionar a controvérsia que lhe será apresentada, sendo que tais qualidades compreendem, de acordo com o litígio, o conhecimento não só da matéria do litígio bem como o conhecimento de idiomas nos quais a arbitragem seja conduzida. *in* CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 209-210.

<sup>333</sup> HENRY, Marc. Do Contrato do Árbitro: O árbitro, um prestador de serviços *in* Revista Brasileira de Arbitragem, nº 6, ano II, Abr-Jun de 2005, p. 69.

<sup>334</sup> Tal obrigação é prevista no item 5.3 do regulamento da Câmara de arbitragem e mediação da CCBC, nos seguintes termos: Compete ao Árbitro declarar, a qualquer momento, seu eventual impedimento e recusar sua nomeação, ou apresentar renúncia. O regulamento da Câmara de Arbitragem da CCI em seu artigo 11.3 estipula que: "O árbitro deverá revelar, imediatamente e por escrito, à Secretaria e às partes quaisquer fatos ou circunstâncias de natureza semelhante àquelas previstas no artigo 11(2) relativas à sua imparcialidade ou independência que possam surgir durante a arbitragem."

<sup>335</sup> MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 264.

Essas seriam as principais obrigações dos árbitros no contrato com as partes. No entanto, caso essas obrigações não sejam cumpridas, como sanção em situações extraordinárias, as partes de comum acordo, podem substituir os árbitros, desde que tal fato ocorra de forma motivada, conforme autoriza a doutrina: "Arbitrators can be removed if they become unable or refuse to pursue their functions, and especially where it is established that they have acted negligently or are guilty of misconduct"<sup>336</sup>

Em arbitragens institucionais, algum órgão específico da instituição poderá ficar responsável pela análise e decisão acerca do afastamento do árbitro:<sup>337</sup>

Desta forma, apenas em casos extraordinários e com justa causa (não cumprimento de suas obrigações) pode ocorrer o afastamento do árbitro, não sendo cabível, portanto, seu afastamento imotivado, ainda que ambas as partes estejam de acordo.

Nesse sentido, Giovanni Ettore Nanni entende que:

(...) a rescisão imotivada é incabível no negócio jurídico arbitral. Em outras palavras, uma vez investido na atribuição de julgar o caso concreto, o árbitro não pode ser dispensado como se a parte manejasse um mero direito potestativo. Isso porque exerce uma função jurisdicional, durante a qual 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 (art. 18 da Lei 9.307/1996).<sup>338</sup>

Em contrapartida às obrigações do árbitro, seriam obrigações das partes:

(i) comportar-se de forma legal e cooperativa, de acordo com os deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva; e

(ii) remunerar os árbitros adequadamente, por meio do pagamento dos seus honorários, seja em caso de arbitragem institucional ou *ad hoc*, assim como ser reembolsado das despesas que incorrerem nas atividades diretamente relacionadas ao procedimento arbitral. Em caso de não pagamento dos honorários contratados, o árbitro poderá

<sup>336</sup> Gaillard, Emmanuel; Savage, John (Ed.). Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 617-618.

<sup>337</sup> De acordo com o item 5.4 e 5.5 do regulamento da Câmara de arbitragem e mediação da CCBC "As partes poderão impugnar os árbitros por falta de independência, imparcialidade, ou por motivo justificado no prazo de 15 (quinze) dias do conhecimento do fato, sendo a impugnação julgada por Comitê Especial constituído por 3 (três) membros do Corpo de Árbitros nomeados pelo Presidente do CAM/CCBC. " e "Se, no curso do procedimento sobrevier alguma das causas de impedimento, ocorrer morte ou incapacidade de qualquer dos árbitros, será ele substituído por outro, indicado pela mesma parte. Caso o impedimento recaia sobre o Presidente do Tribunal Arbitral, será ele substituído por nova indicação dos demais árbitros. Em ambos os casos, na omissão destes, a indicação será realizada pelo Presidente do CAM/CCBC." O regulamento da Câmara de Arbitragem da CCI em seu artigo 15.1 estipula que: "Um árbitro será substituído se vier a falecer, se a Corte aceitar a sua renúncia ou impugnação, ou se a Corte aceitar um pedido de todas as partes."

<sup>338</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49/2016, p. 263 - 284, Abr - Jun / 2016

utilizar-se da exceção da inexecução e suspender suas atividades enquanto aguarda o pagamento de seus honorários.

O árbitro também é responsável por indenizar as partes de eventual prejuízo causado no desempenho de sua missão, notadamente por descumprir suas obrigações contratuais. Seria típico caso de responsabilidade civil. Importante consignar, entretanto, que em sua função de julgar, o árbitro deve ser protegido como qualquer juiz estatal. Assim, o mau julgamento deve, em princípio, escapar da responsabilidade civil do árbitro. Todavia, essa imunidade não alcança erros grosseiros, fraude e atos dolosos ou de má-fé aptos a gerar prejuízos às partes ou a apenas uma das partes.

Muito embora alguns regulamentos de algumas instituições de arbitragem domésticas e internacionais excluam a responsabilidade civil do árbitro<sup>339</sup>, como é o caso da Câmara de Arbitragem da CCI<sup>340</sup>, entende-se que tal previsão não tem validade se comprovada a intenção deliberada dele (dolo) de causar prejuízo às partes ou a apenas uma delas.

Importante observar, também, que uma característica fundamental desse contrato é que o árbitro não está obrigado à parte que o indicou, pois seu dever de independência e imparcialidade se sobrepõe a essa relação inicial. Não há qualquer representação pelo árbitro. O árbitro resolve, atua, em nome próprio; inclusive, pode decidir inteiramente contra quem o designou.<sup>341</sup> Assim, pode-se dizer que a obrigação do árbitro é julgar com liberdade e independência e não julgar em benefício da parte que lhe indicou.

É levando em consideração todo o acima exposto que Thomas Clay<sup>342</sup> caracteriza o contrato para arbitrar como um contrato de colaboração, pois partes e árbitro devem realizar seus melhores esforços para que seja produzida a sentença arbitral mais adequada possível no prazo compatível com a expectativa das partes.

Analisadas algumas peculiaridades do contrato com o árbitro, passa-se a estudar os seus requisitos à luz do direito privado, mais especificamente às regras atinentes aos negócios jurídicos.

---

<sup>339</sup> Vide item 10.7 do regulamento da Câmara de arbitragem e mediação da CCBC.

<sup>340</sup> De acordo com o artigo 40 do regulamento da Câmara de Arbitragem da CCI: Os árbitros, qualquer pessoa nomeada pelo tribunal arbitral, o árbitro de emergência, a Corte e os seus membros, a CCI e os seus funcionários e os Comitês Nacionais e Grupos da CCI e seus funcionários e representantes, não serão responsáveis perante qualquer pessoa por quaisquer atos ou omissões relacionados a uma arbitragem, salvo na medida em que tal limitação de responsabilidade seja proibida pela lei aplicável.

<sup>341</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49/2016, p. 263 - 284, Abr - Jun / 2016

<sup>342</sup> CLAY, Thomas. L'arbitre, Dalloz, 2001, p. 793.

## 8.2 Contrato com árbitro como negócio jurídico

Da mesma forma que o termo de arbitragem, o vínculo contratual entre as partes e o árbitro ou tribunal arbitral são um negócio jurídico com regramento de direitos e obrigações, também sinalagmático.

Como vimos acima, a ausência de lei específica abre espaço para que as partes autorregulem seus interesses à luz da autonomia privada. Trata-se, portanto, de contrato atípico, ou *sui generis*, nas palavras de Pontes de Miranda<sup>343</sup>. Apesar de ter alguma semelhança a outros contratos tipificados (mandato, prestação de serviços, agência), não é possível equipara-lo a nenhum deles.

Assim, como ocorre com o termo de arbitragem, inexistindo lei própria, as partes e o árbitro podem celebrar contrato atípico, que deve observar as normas gerais e princípios do Código Civil, conforme estabelece o artigo 425 do Código Civil.

De acordo com Luiz Fernando Guerrero<sup>344</sup>, a atipicidade do contrato investidura arbitral decorre da natureza mista da arbitragem – contratual na origem e jurisdicional no objeto –, em outras palavras, trata-se de um contrato que define uma forma de investidura para a solução de um conflito com a proibição de atuação no interesse dos contratantes. Isto não significa dizer que o seu conteúdo jurídico é indeterminado, apenas não se enquadra nos limites de conteúdos jurídicos dos contratos típicos.

É assente nesse contrato a liberdade da parte em nomear o árbitro, em caso de painel composto por três árbitros, observados os regramentos estipulados na convenção de arbitragem e no regulamento do centro de arbitragem em caso de arbitragem institucional.

No entanto, tal "liberdade de escolha dos árbitros não é ilimitada, eis que a autonomia privada das partes é circunscrita. Há restrições, tanto legais como convencionais. Por exemplo, o indivíduo A não pode eleger como árbitro seu irmão B, na disputa que trava com C, com o qual não mantém nenhum vínculo de parentesco. É um óbice legal, que restringe a autonomia privada, afetando o poder de selecionar um árbitro a fim de assegurar a imparcialidade e a independência do julgador."<sup>345</sup>

Ante a relevância da figura do árbitro ou do painel arbitral no procedimento arbitral, pode-se dizer que se trata de contrato *intuitu personae*, na medida em que apenas e tão somente aquele árbitro ou conjunto de árbitros escolhidos pelas partes é que deverão desempenhar a

---

<sup>343</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 26, p. 331

<sup>344</sup> GUERRERO, Luiz Fernando. Revista Brasileira de Arbitragem nº 15 - Jul-Set/2007, p. 47.

<sup>345</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49/2016, p. 263 - 284, Abr - Jun/2016.

missão atribuída de decidir a controvérsia, pois são somente esses que gozam da confiança depositada pelas partes.

De qualquer modo, não há dúvidas que para sua existência, validade e eficácia, o contrato com o árbitro deve observar os preceitos do negócio jurídico determinados pelo Código Civil.

Como já demonstrado acima, o ajuste negocial exerce função de suma importância na contratação com o árbitro, na medida em que são as partes que escolhem o árbitro ou os árbitros que resolverão determinada controvérsia, sendo certo que sua ausência pode viciar todo o procedimento arbitral.

Isso porque qualquer tipo de vício na declaração de vontade de qualquer das partes para nomeação do árbitro ou dos árbitros pode comprometer o vínculo contratual estabelecido entre as partes e o árbitro e, por conseguinte, macular o procedimento arbitral, ocasião em que estaria ausente a *circunstância negocial*, um dos *elementos gerais intrínsecos* do negócio jurídico.

Desta forma, para que o negócio jurídico estabelecido entre partes e árbitro seja existente, o principal elemento que deve estar evidente é a *circunstância negocial* que envolve todo o processo de escolha e indicação do árbitro que apreciará e julgará a controvérsia pelas partes.

Ademais, para que seja válido, o contrato com o árbitro deve ser decorrente de declaração de vontade das partes sem qualquer vício e corresponder à real vontade do agente. Ou seja, constatada a presença de qualquer vício de consentimento na celebração do contrato com o árbitro, sua validade estará comprometida.

Portanto, em uma arbitragem multiparte, por exemplo, é importante que todas as partes com compõem determinado polo (requerente ou requerido) no procedimento arbitral participem da indicação e nomeação do árbitro.

Em caso de árbitro único, se as partes não chegarem a um consenso, como vimos acima, o centro de arbitragem poderá nomear o árbitro para julgar a controvérsia. Nesse caso, é evidente que há limitação à autonomia privada das partes, no entanto não há qualquer vício que afete a validade do negócio jurídico, na medida em que as partes acordaram com tal forma de nomeação na convenção de arbitragem ou concordaram com tal procedimento ao aderirem a determinado regulamento de um centro de arbitragem que preveja tal forma de nomeação de árbitro único.

Apesar do contrato com o árbitro não ter seu objeto fixado em lei, deve observar os preceitos genéricos fixados pelo artigo 104, II, do Código Civil, ou seja, o *objeto* do contrato

com o árbitro, assim como em qualquer negócio jurídico, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Como já abordado, o principal elemento do *objeto* do contrato com árbitro é a investidura de jurisdição para julgar o conflito apresentado pelas partes. As obrigações e direitos decorrentes de tal vínculo contratual foram identificados acima.

Quanto à *forma*, não há qualquer regramento que determine que o ato de nomeação e a aceitação do árbitro seja solene<sup>346</sup>, em outras palavras não há qualquer *forma* específica para a formalização do negócio jurídico. No entanto, a prática e a maior parte dos regulamentos dos centros de arbitragem preveem que tanto o ato de nomeação quanto a aceitação sejam realizados por meio de manifestação escrita no procedimento arbitral. Em alguns casos, é no termo de arbitragem que árbitro e partes ao firmarem o documento, formalizam a relação contratual ora analisada.

Quanto à forma deste contrato, Selma Maria Ferreira Lemes<sup>347</sup> expõe que tal acordo deve ser escrito e pode ser expresso na convenção de arbitragem ou no denominado “Termo de Arbitragem” ou “Termo de Compromisso”, muito comum nas instituições arbitrais que circunscrevem a controvérsia a ser dirimida e as condições e formas de atuação dos árbitros, das partes e de seus procuradores.

Em relação aos *elementos gerais extrínsecos*, o termo de arbitragem deve ser estipulado de forma bilateral (*agente*), por se tratar de contrato, e deverá constar o local (*lugar*) e a data (*tempo*) em que foi celebrada.

Em relação ao *agente*, de acordo com Giovanni Ettore Nanni<sup>348</sup>:

"não se trata de uma relação a três, mas de um contrato bilateral, no sentido de que detêm dois centros de interesse: os compromitentes de um lado e o árbitro ou os árbitros do outro. Ao menos um dos pólos, porém, é necessariamente plurissubjetivo, pois compreende todas as partes da cláusula compromissória; na maior parte dos casos é também plurissubjetivo no outro, quando os árbitros são mais de um."

Por fim, em relação ao plano da eficácia, podemos considerar que o contrato com o árbitro tem eficácia imediata, na medida em que, conforme dispõe o artigo 19 da Lei de Arbitragem, "considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro", ou

---

<sup>346</sup> Exceção feita a nomeação de árbitro em compromisso arbitral, que deve observar o disposto no artigo 10, II, da Lei de Arbitragem, que assim dispõe: Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: (...)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;

<sup>347</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado. Jurisprudência (Lei n. 9.307/96)*. São Paulo: LTr, 2001, p 51.

<sup>348</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada* Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49/2016, p. 263 - 284, Abr - Jun/2016.

seja, após estabelecido o vínculo contratual entre as partes e o árbitro, este já tem competência para conduzir o procedimento arbitral, inclusive, decidindo questões de urgência requerida pelas partes. Desta forma, cumpridos os requisitos ora analisados o contrato entre as partes e o árbitro será um negócio jurídico existente, válido e eficaz.

## 9 CONTRATO COM INSTITUIÇÃO ARBITRAL

### 9.1 Noções gerais

De acordo com o artigo 5º<sup>349</sup> da Lei de Arbitragem, a arbitragem poderá ser institucional ou *ad hoc*, também chamada de avulsa.

A essência da arbitragem não muda em qualquer das duas formas, assim como a atribuição e a missão do árbitro de resolver a controvérsia instaurada. A diferença reside no fato das partes optarem por uma instituição para administrar o procedimento arbitral, com um regulamento com regramento preestabelecido, ou deixar tal tarefa nas mãos do árbitro e das próprias partes.

A prática tem nos mostrado que a grande maioria dos procedimentos arbitrais é administrada por um órgão institucional em vez de deixar tal tarefa nas mãos do árbitro e das partes, o que ocorre na arbitragem *ad hoc*. Desta forma e considerando que neste item analisaremos a relação contratual estabelecida entre órgão institucional, partes e árbitros, trataremos exclusivamente da arbitragem institucional, reconhecendo, entretanto, a validade e legalidade da arbitragem *ad hoc* ou avulsa.

Portanto, na arbitragem institucional, o centro de arbitragem escolhido pelas partes é contratado para administrar o procedimento arbitral. Não se vislumbra vulnerabilidade das partes a ponto de suscitar o surgimento de uma relação de consumo que inexistente na espécie.<sup>350</sup>

Importante consignar que o centro de arbitragem não tem competência para intervir de qualquer forma no mérito do litígio ou de sua resolução<sup>351</sup>. Isso é tarefa exclusiva do árbitro, muito embora o centro de arbitragem possa decidir alguns pontos importantes do procedimento arbitral, como por exemplo, questões relativas à instauração da arbitragem, quando não houver consenso das partes em relação a isso, referente à nomeação de árbitro único, quando não houver acordo das partes sobre um nome e sobre o afastamento de árbitro em alguns casos.

---

<sup>349</sup> Art. 5º 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 convencionada para a instituição da arbitragem.

<sup>350</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49/2016, p. 263 - 284, Abr - Jun / 2016

<sup>351</sup> Nesse sentido é o artigo 1º (2) do regulamento de arbitragem da CCI: "A Corte não soluciona ela própria os litígios. Compete-lhe administrar a resolução de litígios por tribunais arbitrais, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da CCI (o "Regulamento")." e o item 1.1.do regulamento de arbitragem da CAMARB ao dispor que: "A CAMARB - CÂMARA DE ARBITRAGEM EMPRESARIAL - BRASIL, doravante designada abreviadamente CAMARB, tem por objeto a administração de procedimentos arbitrais e outras formas extrajudiciais de solução de controvérsias. Sua atuação institucional não envolve qualquer ato jurisdicional, cuja competência é exclusiva do(s) árbitro(s) nomeado(s) nos termos deste Regulamento." Também nesse sentido BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010. p. 92.

Na arbitragem institucional, refere-se ao órgão institucional responsável pela gestão do procedimento arbitral como câmara, centro e em alguns casos o órgão institucional é vinculado a alguma câmara de comércio, como é o caso do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara Americana de Comércio, Centro de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio, entre outros.

É por meio da vontade das partes que se opta pela arbitragem institucional em vez da arbitragem *ad hoc*. Geralmente, tal convergência de vontades vem expressa na convenção de arbitragem. Assim, é comum que as partes, desde a elaboração do contrato, já façam previsão de qual centro administrará o procedimento arbitral na cláusula compromissória, caso haja necessidade de resolução de algum conflito, da mesma forma que façam tal previsão no compromisso arbitral judicial ou extrajudicial.

De igual forma, quando as partes forem elaborar a convenção de arbitragem em que constará a indicação do órgão institucional para administrar o procedimento arbitral, devem tomar o cuidado para harmonizar o teor da cláusula compromissória ou compromisso arbitral ao regulamento de centro de arbitragem escolhido, para evitar que possa haver algum conflito de regramento que possa prejudicar a instauração ou o próprio procedimento arbitral.

Por tal razão, é de suma importância conhecer o regulamento do centro de arbitragem que se pretende indicar. Além disso, os valores cobrados para administração do procedimento arbitral podem variar sensivelmente de centro de arbitragem para centro de arbitragem, razão pela qual é importante indicar aquele mais adequado ao contrato, em caso de cláusula compromissória, ou à controvérsia, em caso de compromisso arbitral.

Importante destacar também que as partes que indicarem, na convenção de arbitragem, determinado centro de arbitragem para administrar o procedimento arbitral já estão, automaticamente, vinculadas ao seu regulamento.<sup>352</sup> Desta forma, a opção pela arbitragem institucional, se por um lado confere maior segurança e praticidade, por outro lado restringirá a autonomia privada das partes sem decorrência de regramentos impostos pelos regulamentos preestabelecidos pelo centro de arbitragem escolhido.

---

<sup>352</sup> Exemplificativamente, veja-se o disposto no item 1.1. do regulamento de arbitragem da CAM-CCBC: "As partes que resolverem submeter qualquer controvérsia ao Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, abreviadamente denominado da CAM/CCBC, ficam vinculadas ao presente Regulamento." Por sua vez, o item 1.1. do regulamento da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP dispõe que: "As partes que avençarem, mediante convenção de arbitragem, submeter qualquer controvérsia à Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, doravante denominada Câmara, aceitam e ficam vinculadas ao presente Regulamento e ao Regimento Interno da Câmara." Por fim, o item 1.2. do regulamento de arbitragem da CAMARB dispõe que: "O Regulamento de Arbitragem da CAMARB, abreviadamente designado "Regulamento", aplicar-se-á sempre que a convenção de arbitragem estipular a adoção das regras de arbitragem da CAMARB ou da Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, anterior denominação da CAMARB."

Logo, o vínculo contratual entre as partes e o centro de arbitragem surge no momento em que o centro de arbitragem é indicado na convenção de arbitragem, na medida em que as partes aderem ao seu regulamento, ainda que sem o seu consentimento específico, pelo fato de concordarem que aquele centro de arbitragem administrará o procedimento arbitral.

Pertinente destacar também que há um vínculo contratual entre o árbitro e o centro de arbitragem:

The institution appoints or confirms the appointment of the arbitrators after verifying their suitability; it agrees to treat them as arbitrators in the exercise of its own organizational, administrative and supervisory role; it undertakes to reimburse their expenses and to pay their fees (which it receives from the parties). As for the arbitrators, by accepting their brief they agree to perform it under the auspices and in accordance with the rules of the institution. They agree that the institution shall exercise its functions under those rules, such as its powers to challenge or remove an arbitrator, to grant extensions of time, to monitor the proceedings, to examine a draft version of the award before it is rendered, and to determine the arbitrators' fees. This is a contract where each party independently promises and performs services for the benefit of the other, and particularly for the benefit of third parties.<sup>353</sup>

Na mesma linha Gary Born explica as principais características deste vínculo contratual estabelecido entre árbitro e o centro de arbitragem destacando algumas peculiaridades:

In addition to the arbitral institution's contract with the parties, a similar contract is formed between the arbitrators and the institution. This contract involves the arbitrators' undertaking to conduct the arbitration in accordance with the institution's rules and supervision, and the institution's undertaking to oversee the parties' payment of their fees and expenses in accordance with the applicable institutional rules. The contract between the arbitral institution and the arbitrators does not supersede or displace either the arbitration agreement, the arbitrator's contract (between the parties and arbitrators), or the arbitral institution's contract with the parties, but instead sits alongside all of these agreements, functioning together with them to regulate the conduct of the various persons and parties involved in the arbitration.

Desta forma, verifica-se que, além do negócio jurídico formado entre as partes e o centro de arbitragem, também se estabelece relação contratual entre o centro de arbitragem e o árbitro ou árbitros.

Observadas as características gerais do contrato estabelecido entre partes, árbitro e centro de arbitragem, passemos a analisar os elementos específicos que esse negócio jurídico deve conter para ser existente, válido e eficaz.

---

<sup>353</sup> Gaillard, Emmanuel; Savage, John (Ed.). Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 604.

## 9.2 Contrato com a instituição de arbitragem como negócio jurídico

Da mesma forma dos outros contratos tratados na presente dissertação, o vínculo obrigacional estabelecido entre as partes, o árbitro e o órgão institucional responsável pela administração do procedimento arbitral, configura-se um negócio jurídico com regramento de direitos e obrigações próprios e específicos, também sinalagmático.

Como discorremos acima, a ausência de lei específica permite que as partes autorregulem seus interesses à luz da autonomia privada. Trata-se, portanto, de um contrato atípico, que se assemelha à prestação de serviço, previsto no artigo 593 e seguintes do Código Civil.

Assim, como ocorre com o termo de arbitragem e com o contrato celebrado entre partes e árbitro, inexistindo lei própria, abre-se a possibilidade de as partes celebrarem contrato atípico, que deve observar as normas gerais e princípios do Código Civil, conforme estabelece o artigo 425 do Código Civil.

Note-se que ao indicar determinado órgão institucional na cláusula compromissória as partes aderem automaticamente ao seu regulamento. Por outro lado, o órgão institucional não tem plena ciência de que a contratação está sendo concretizada. Apesar de tal fato flexibilizar a declaração de vontade das partes, ela só vai ser formalizada com a instauração do procedimento arbitral e posteriormente com a celebração do termo de arbitragem. Tal fato, no entanto, não compromete a existência do negócio jurídico, na medida em que tal característica é inerente a esse tipo de contratação.

Nesse contexto, entretanto, comumente as partes elegem o órgão institucional que administrará o procedimento arbitral potencial (no caso de cláusula compromissória) ou concreto (no caso de compromisso arbitral) na convenção de arbitragem, aderindo aos termos de seu regulamento, assim como concordando com os custos administrativos, o valor da remuneração dos árbitros e etc.

Portanto, iniciado o procedimento arbitral é comum que as partes, os árbitros e, em algumas situações, o próprio órgão institucional, firmem o termo de arbitragem, ocasião em que as partes, agora formalmente, aderem ao regulamento do órgão institucional e se obrigam ao pagamento das despesas decorrentes da administração do procedimento arbitral. Geralmente é calculado com base no valor envolvido na disputa submetida à arbitragem.

O ajuste negocial também exerce função importante na escolha e contratação do centro de arbitragem, na medida em que é imprescindível que haja um encontro de vontades acerca da escolha do órgão institucional que administrará o procedimento arbitral.

Isso porque qualquer tipo de vício na declaração de vontade das partes na escolha do centro de arbitragem pode comprometer a convenção de arbitragem. Note que tal escolha é de suma importância, pois terá impacto financeiro no custo do procedimento arbitral, razão pela qual deve se conhecer bem o centro de arbitragem antes de sua indicação, para evitar, por exemplo, que as despesas incorridas com o órgão institucional sejam superiores ao valor em disputa na arbitragem.

Assim, para que o negócio jurídico celebrado entre partes, árbitro e centro de arbitragem seja existente, o principal elemento que deve estar evidente é a *circunstância negocial*, decorrente do processo de escolha e indicação da instituição que administrará o procedimento arbitral que culmina na declaração de vontade das partes elegendo tal órgão institucional.

Em relação à validade, o negócio jurídico celebrado entre partes, árbitro e órgão institucional deve corresponder a real vontade das partes sem vício de consentimento. Constatado qualquer vício na declaração de vontade das partes, a validade do contrato com o órgão institucional estará comprometida, o que poderá afetar o processo arbitral como um todo.

Ainda em relação às declarações negociais das partes, observada a autonomia privada, ela pode se sobrepor a determinados aspectos procedimentais previstos em leis ou regulamentos de arbitragem, na medida em que a maioria das regras admite convenção diversa, em atenção à liberdade de estipulação e flexibilidade procedimental:

The principal characteristic of arbitration is that it is chosen by the parties. However fulsome or simple the arbitration agreement, the parties have ultimate control of their dispute resolution system. Party autonomy is the ultimate power determining the form, structure, system and other details of the arbitration. In the main, national arbitration law seeks only to give effect to, supplement, and support the agreement of the parties for their disputes to be resolved by arbitration. Most laws are largely permissive and aim to support and enforce the agreement to arbitrate, rather than to intervene. Only where the parties are silent as to some aspect of the arbitration process will national laws impose their provisions.<sup>354</sup>

O negócio jurídico estabelecido entre partes, árbitro e centro de arbitragem, por não ter seu objeto fixado em lei, também fica adstrito os preceitos dispostos no artigo 104, II, do Código Civil, ou seja, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Como se viu acima, o principal elemento do *objeto* do contrato com árbitro é a investidura de jurisdição para julgar o conflito apresentado pelas partes. As obrigações e direitos decorrentes de tal vínculo contratual que se assemelha à prestação de serviços foram identificados acima.

---

<sup>354</sup> Lew, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 4.

Quanto à *forma*, como não há qualquer regramento que disponha que a relação contratual deva ser solene, não há formato específico para formalização do negócio jurídico entre partes, árbitro e órgão institucional. Entretanto, a prática e a maior parte dos regulamentos dos centros de arbitragem preveem que as partes se submetem ao regulamento do centro de arbitragem ao elegerem-no na convenção de arbitragem e aceitam os seus termos formalmente ao assinarem o termo de arbitragem. Em muitas ocasiões o regulamento de centro de arbitragem é anexado.

Em relação aos *elementos gerais extrínsecos*, o termo de arbitragem deve ser estipulado de forma bilateral (*agente*), por se tratar de contrato, e deverá constar o local (*lugar*) e a data (*tempo*) em que foi celebrada.

Em relação ao *agente*, trata-se de negócio jurídico plurilateral, pois envolve as partes, o árbitro ou árbitros e o centro de arbitragem.

Por fim, em relação ao plano da eficácia, considera-se que o vínculo contratual em questão tem eficácia imediata. No entanto, deve-se destacar que no caso de a cláusula compromissória eleger um determinado centro de arbitragem para administrar eventual procedimento arbitral, apesar de as partes desde o momento da assinatura do contrato em que está inserida a cláusula compromissória já aderirem ao regulamento de tal centro de arbitragem, o vínculo contratual entre as partes, árbitro e centro de arbitragem estará condicionado ao surgimento do litígio e à instauração do procedimento arbitral em si, assim como ocorre com a cláusula compromissória.

Desta forma, cumpridos os requisitos analisados o contrato entre as partes e o árbitro e o órgão institucional será um negócio jurídico existente, válido e eficaz.

## 10 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou mostrar a proximidade entre a arbitragem e o Direito Privado, notadamente em referência às relações obrigacionais que são formadas antes mesmo de instaurada a arbitragem e ao longo do procedimento arbitral, destacando a convenção de arbitragem, o termo de arbitragem, o contrato entre partes e árbitros e o contrato entre as partes e o órgão institucional como negócio jurídico.

Muito embora haja divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da convenção de arbitragem, é pacífico que o marco inicial da arbitragem ocorre em decorrência de um vínculo contratual: a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral.

Dentro desse contexto, analisou-se os elementos e as características da convenção de arbitragem como negócio jurídico, de modo a identificar eventuais defeitos que possam acometer a cláusula compromissória e, eventualmente, até mesmo o compromisso arbitral, como deficiência na declaração de vontade das partes ou vícios de consentimentos que podem tornar o negócio jurídico inexistente ou inválido.

Viu-se que o termo de arbitragem e o contrato celebrado entre as partes e o árbitro (investidura ou colaboração), em decorrência de sua atipicidade, acabam por se tornar contratos *sui generis*, misturando elementos de natureza contratual e jurisdicional, como ocorre na convenção de arbitragem em que as partes regulam os seus próprios interesses à luz da autonomia privada. Tal fato, aliás, destaca a flexibilidade da arbitragem, uma de suas características e vantagem em relação ao processo judicial em determinados casos, em que as partes conseguem moldar o procedimento, tornando-o mais eficiente para a resolução da controvérsia específica e concreta.

Em relação ao termo de arbitragem, as consequências da ausência da assinatura de uma das partes foram analisadas, seja por omissão ou por recusa em assinar o documento. Contemplou-se a possibilidade de prosseguir o procedimento arbitral sem que as partes tenham firmado o termo de arbitragem, podendo o árbitro sanar eventuais irregularidades ou omissões (desde que sanáveis) verificadas na cláusula compromissória ou no pedido de instauração de arbitragem, por meio de decisões durante o procedimento ou mesmo na sentença.

Demonstrou-se, ainda, serem as finalidades do termo de arbitragem: (i) marcar o início da arbitragem propriamente dita; (ii) fixar o objeto da arbitragem; (iii) organizar o procedimento arbitral; e (iv) proteger a arbitragem. Ou seja, dentre tais pontos, o termo de arbitragem tem importante função de definir a missão do árbitro e fixar os limites de sua atuação e jurisdição.

Em relação ao contrato com o árbitro, demonstrou-se a possibilidade de remoção do árbitro em situações excepcionais, assim como a possibilidade dele ser condenado a indenizar as partes por perdas e danos, extraordinariamente, em casos em que descumprir suas obrigações. O mau julgamento escapa da responsabilidade civil do árbitro, que deve ter imunidade semelhante ao do juiz togado, devendo responder apenas caso seja comprovada sua intenção de, dolosamente, prejudicar uma ou ambas as partes.

Quanto ao contrato com a instituição arbitral, viu-se que, se por um lado, tal contratação traz mais praticidade para as partes no decorrer do procedimento arbitral, por outro, limita a autonomia privada das partes, na medida em que elas ficam vinculadas e limitadas ao disposto nos regulamentos dos órgãos institucionais.

Da mesma forma, analisou-se situação em que as partes, ao indicarem determinado órgão institucional na convenção de arbitragem, aderindo automaticamente ao seu respectivo regulamento, o fazem por meio de manifesta declaração de vontade. Por outro lado, órgão institucional não tem plena ciência de que tal indicação está ocorrendo e, portanto, sua declaração de vontade para celebrar o negócio jurídico não é completa. Tal fato somente vai ser regularizado com a instauração do procedimento arbitral e, posteriormente, com a assinatura do termo de arbitragem.

Enfim, procurou-se demonstrar, de forma sistemática, os requisitos e elementos de determinados negócios jurídicos que são formados ao longo do procedimento arbitral, enfrentando pontos controvertidos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, vol. I, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- ALVIM, J. E. Carreira. Direito Arbitral, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. Tradução de Maria Cláudia de Assis Procopiak. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, IOB Thompson, n.6, p.52-64, abr.-jun., 2005.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. Revista do Advogado nº116, ano XXXII, jul.2012.
- ARMELIN, Donald. Jurisprudência comentada. Revista de Arbitragem e Mediação. nº 6 jul.-set. 2005.
- AZEVEDO, Alvares Villaça de. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4a ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei 10406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial e internacional. São Paulo: Lex, 2011.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; Fachin, Luiz Edson (coords.). O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROCAS, Manuel Pereira. Algumas notas sobre medidas cautelares no direito comparado na arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 30, p. 51-59, São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2011.
- \_\_\_\_\_. Manual de arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010.
- BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.
- BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo 3. Campinas: LZN, 2003.
- BEVILAQUA, Clovis. Código civil dos estados unidos do Brasil commentado. vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946.
- CAHALI, Claudia Elizabete Schwerz. O gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional. Editora Gazeta jurídica. Brasília: 2013.
- CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5.ed. São Paulo: RT, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CLAY, Thomas. L'arbitre, Dalloz, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. Parte geral. 3. ed. t. I. Coimbra: Almedina, 2005.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do código civil brasileiro. 4. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1961.

CRETELLA NETO, José. Comentários à lei da arbitragem brasileira, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Curso de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Arbitragem na Teoria Geral do Processo. 1ª Ed. Editora Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 3. 30ª ed. São Paulo: Saraiva 2014.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESQUÍVEL, José Luís. Os contratos administrativos e a arbitragem. Coimbra: Almedina, 2004.

FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. Temas de arbitragem: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 35. Jul.-set. 2008.

FIGUEIRA, Joel Dias Jr. Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

FILHO, Clávio Valença. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 15, jan. 2002.

FIUZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FOUCHARD, Phillippe. Relationships between the Arbitrator and the parties and the Arbitral Institution in The Status of the Arbitrator, Special Supplement, The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Paris ICC Publication, n. 564, 1995.

GAILLARD, Emmanuel. O efeito negativo da competência-competência. RBAr nº24, outubro. 2009.

\_\_\_\_\_; FOUCHARD, Phillippe; GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. Haia: Kluwer, 1999.

GAIJO JUNIOR, Antônio Pereira. Teoria da arbitragem. São Paulo: Rideel, 2012.

GARCEZ, J. M. Rossani. Arbitragem: Nacional e Internacional, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função social do contrato de acordo com o novo Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. revista e atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco P. de Crescencio Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOULENE, Alain; RACINE, Jean Baptiste. As flutuações processuais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). Arbitragem: A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo LTr, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo. Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988.

GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. Reflexão sobre a relação entre árbitros e partes: natureza jurídica e necessário afastamento de propostas de regulação no direito brasileiro. Revista Brasileira de Arbitragem v. 15. Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, v. 15, p. 47, jul/set. 2007.

HENRY, Marc. Do Contrato do Árbitro: O árbitro, um prestador de serviços *in* Revista Brasileira de Arbitragem, nº 6, ano II, Abr-Jun de 2005.

LAINA, Roberto G. A cláusula compromissória e autonomia negocial. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 43/2014, p. 129/153, Out - Dez / 2014.

LEE, João Bosco. Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul 1.ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na administração pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quatier Latin, 2007.

\_\_\_\_\_. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado. Jurisprudência (Lei n. 9.307/96).* São Paulo: LTr, 2001.

\_\_\_\_\_. *Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes.* Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri32.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf).

\_\_\_\_\_. *Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem in FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.163/178.

\_\_\_\_\_. *Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções.* Disponível em: [[www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri07.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri07.pdf)].

\_\_\_\_\_. *Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções.* Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri07.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri07.pdf). Acesso em: 18 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. *Princípios e origens da Lei de Arbitragem. Revista do Advogado, nº 51, out. 1997.*

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem.* São Paulo: 183 Saraiva, 2013.

LEW, Julian DM; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration.* The Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. *El convenio arbitral em el derecho peruano.* Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo, IOB Thompson, n.4, p.85-99, out.-dez. 2004.

LOTUFO, Renan. *Civil Comentado: parte geral (arts. 1 a 132) v. 1.* São Paulo: Saraiva, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

\_\_\_\_\_.; VISCONTE, Debora. *A nomeação de árbitros em arbitragens com mais de uma parte no mesmo polo processual.* in LEMES, Selma Ferreira; Balbino, Inez (coord.). *Arbitragem: temas contemporâneos.* São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil.* In: GARCEZ, José Maria; PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem na era da globalização.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Autonomia da cláusula compromissória.* Disponível em: [[www.batistamartins.com](http://www.batistamartins.com)].

\_\_\_\_\_.; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.* Rio de Janeiro, Forense, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *Contratos. Conceito e evolução.* In *Teoria Geral dos Contratos* coordenada por Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito. 4. ed. aum. e atual. por José de Aguiar Dias. t. I. 4 Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. Comentários ao código de processo civil. t. XV. (arts. 1046 a 1.102). Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MUJALLI, Walter Brasil. A nova lei de arbitragem – comentários e legislação. São Paulo: LED, 1997.

MUNIZ, Petrônio R. G. Operação Arbitrer: a história da Lei n. 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil. Salvador: Assembléia Legislativa, 2ª ed. 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Ettore. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49/2016, p. 263 - 284, Abr - Jun / 2016

\_\_\_\_\_. Direito Civil da Arbitragem e na Arbitragem, publicado na Revista Direito ao Ponto. São Paulo: Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo CIESP/FIESP v. 7 p.18/20, 2011.

\_\_\_\_\_ e GUILHARDI, Pedro. Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões à luz da reforma da Lei de Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 45/2014. p. 123/153. abr.-jun. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, 2. ed., São Paulo, 1992.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil, 4ª ed. Coimbra Editora, 2012.

PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. Revista de arbitragem e mediação, v.4, p.34, jan.2005

\_\_\_\_\_. Artigo V *in Wald*, Arnoldo; Lemes, Selma Ferreira (coord.). Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

RANZOLIN, Ricardo. Reforma da Lei de Arbitragem. Comentário ao texto completo, edição eletrônica.

ROCHA, Sílvio L. F. da. Princípios contratuais. *in* NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) Temas relevantes de direito civil. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: parte geral, 34ª ed. 6ª tir. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1.

ROQUE, José Sebastião. Arbitragem implanta-se enfim no Brasil. Revista de Direito. Universidade Ibirapuera. Coordenadoria de Pesquisa e Extensão. V. 1. N.º 1. outubro, 1998. São Paulo, 1998.

ROSA, Marília Bittencourt e SILVA, Vinícius Pavan. Arbitrabilidade dos Direitos Autorais – A Questão dos Direitos Morais. Revista Brasileira de Arbitragem. Porto Alegre: Síntese, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem. Edição Especial – Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual.

SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Cláusula arbitral nos contratos de adesão, São Paulo: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. CPC perdeu chance de colocar Brasil na vanguarda em processos com arbitragem, publicado no sítio Consultor Jurídico [<http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira>].

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de direito civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, João Roberto da. Arbitragem: aspectos gerais da Lei nº 9.307/96. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem internacional (introdução histórica). In: (Coord.) FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, 1978.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. Do juízo arbitral. Revista dos Tribunais. São Paulo, v 607 São Paulo: RT, Maio de 1986

STRENGER, Irineu. Arbitragem comercial internacional. São Paulo: LTr, 1996.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIBURCIO, Carmem. A Lei Aplicável às Arbitragens Internacionais, *in* MARTINS. Pedro A. B., GARCEZ. José M. R. Reflexões sobre arbitragem *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna deLima. São Paulo: LTR, 2002.

VELOSO, Zeno. Nulidade do Negócio Jurídico. *In*: Aspectos controvertidos do Novo Código Civil, sob a coordenação de Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. vol. 2. São Paulo: Atlas, 2003.

VISCONTE, Debora. A jurisdição dos árbitros e seus efeitos. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

WALD, Arnoldo. Obrigações e Contratos. 16ª ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004.