

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC - SP

Isadora Costa Chaves

Da Cláusula Compromissória nos Contratos Brasileiros

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC - SP

Isadora Costa Chaves

Da Cláusula Compromissória nos Contratos Brasileiros

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

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

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

Dedico esse trabalho aos meus Avós.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Francisco José Cahali, orientador deste trabalho.

Ao Professor Renan Lotufo, estimado mestre, que ao longo do mestrado fez enorme diferença em minha formação acadêmica.

Ao Professor José Manuel Arruda Alvim fonte inesgotável de sabedoria.

À Banca do Exame de Qualificação, Professora Maria Alice Zaratini Lotufo, pelo cuidado que teve com o meu trabalho, e Professor Giovanni Ettore Nanni pelas preciosas orientações, incentivo a minha pesquisa e pela indicação de grande parte da bibliografia consultada para este trabalho.

À minha mãe, Maria Cristina Silva Costa, pelas horas de releitura desta obra e pela dedicação e empenho na minha formação.

Ao meu pai, Edson Américo Chaves, pelos incentivos incondicionais e preciosos.

À minha avó, Neiva Teixeira Chaves, que deixou saudades.

Por fim, aos meus avós, Alcides Costa e Mary Silva Costa, que antes mesmo que eu andasse, já acreditavam nos meus passos.

RESUMO

O presente trabalho aborda a Cláusula Compromissória, analisando as formalidades exigidas para sua elaboração, seus aspectos jurídicos, e confere destaque ao exercício da autonomia privada das partes na celebração do contrato, bem como aos limites impostos pela ordem pública. O objetivo central desta Dissertação é demonstrar que a cláusula compromissória representa um negócio jurídico, cujos requisitos de validade e eficácia devem ser respeitados. Pretende, ainda, expor o quanto a cláusula compromissória se fortaleceu tratada como um negócio jurídico, sendo utilizada cada vez mais como um meio eficaz de solução de conflito. Recupera, de maneira sucinta, a evolução histórica do instituto da arbitragem e a dos contratos. Analisa, conceitua, demonstra os requisitos do negócio jurídico. Aborda as diversas teorias para a natureza jurídica da Arbitragem, discorre sobre a convenção de arbitral, seu conceito e aplicabilidade. Apresenta a definição de cláusula compromissória, sua natureza jurídica, espécies e vícios, e os limites impostos pelo Código de Defesa do Consumidor e nas relações de trabalho. Aponta, ainda, algumas questões polêmicas acerca do tema da cláusula compromissória. Conclui que as formas alternativas de soluções de conflitos têm-se intensificado nos últimos anos e que, com este crescimento, muitos questionamentos surgiram em relação à Lei de Arbitragem. Verifica-se, hoje, maior maturidade frente à possibilidade de submeter conflitos ao juízo arbitral, acordada entre as partes por meio da celebração de uma convenção arbitral ou, mais especificamente, com a elaboração de cláusula compromissória. De importância fundamental para a solução de conflitos que possam surgir no desenvolvimento de um contrato e sua execução e, até mesmo, para melhor interpretação de suas cláusulas, a cláusula compromissória não deve ser tratada apenas como mais uma simples cláusula que pode ser inserida de forma padronizada nos contratos.

Palavras-chave: cláusula compromissória – negócio jurídico – contratos – autonomia da vontade.

ABSTRACT

CHAVES, Isadora Costa. Arbitration Clause in Brazilian Contracts.

This work approaches the arbitration clause analyzing the formal issues required for its elaboration, considering the legal aspects and the importance given to party free will during contract celebration as well as the limits imposed by public order. Therefore, the central goal of this thesis is to emphasize the legal nature of the arbitration clause and the need to respect validity and efficacy requirements. In order to achieve this goal, author shows the increasing use of the arbitration clause as an efficient way for conflict solution. Thus, the nature of contracts and the evolution of arbitration are briefly discussed. Following, author conceptualizes and analyzes the legal nature of the arbitration clause. Then, several theories on the arbitration convention, its concept and applications are explained. The definition, types and validity conditions of the arbitration clause are presented, as well as the limits imposed by the Consumer Protection Code and in work regulations. In addition, controversial issues regarding the arbitration clause are highlighted. Finally, author shows that alternative ways for conflict resolution are being intensively used in the last years and several questions are raised regarding the Arbitration Law. The parties are aware of the possibility of solving conflicts through arbitration, agreed by them through an arbitral convention or a arbitration clause. Of fundamental importance to solve conflicts which may arise during contract celebration and execution and also to better interpret contract clauses, the arbitration clause should be considered as more than only a standard contract clause.

Key words: arbitration clause, contracts, free will

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. ARBITRAGEM E CONTRATOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
2.1. Arbitragem	11
2.2. Contratos	16
3. NEGÓCIO JURÍDICO	22
4. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE CONTRATO	34
4.1. Do Contrato.....	38
5. AUTONOMIA DA VONTADE E DA AUTONOMIA PRIVADA	46
5.1. Identificação dos institutos.....	47
5.2. Restrição à Autonomia Privada.....	49
5.2.1. Cláusula Abusiva e o Código de Defesa do Consumidor.....	52
5.3. Ordem Pública	53
6. ARBITRAGEM – CONSIDERAÇÕES GERAIS	60
6.1. Natureza jurídica.....	62
6.2. Requisitos.....	64
6.2.1. Arbitrabilidade	64
6.2.1.1. Objetiva.....	65
6.2.1.2. Subjetiva	68
6.2.2. Objeto.....	70
6.3. Espécies de Arbitragem – <i>Ad Hoc</i> e Institucional.....	71
6.4. Da Convenção de Arbitragem.....	72
7. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	76
7.1. Da natureza jurídica da Cláusula Compromissória.....	78
7.2. Características do Instituto.....	80
7.3. Cláusula Compromissória Cheia.....	84
7.4. Cláusula Compromissória Vazia.....	86
7.5. Procedimento Judicial - Artigo 7º	87
7.6. Requisitos de Validade	90
7.7. Vícios	91
8. LIMITES DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	96
8.1. Código de Defesa do Consumidor	96
8.2. Trabalhistas	100
9. CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	108

1. INTRODUÇÃO

O Direito é um produto cultural, portanto humano, modificável historicamente em decorrência das circunstâncias sociais, econômicas, temporais existentes em uma determinada sociedade. Assim, a maior parte dos institutos jurídicos passa por diversas alterações em decorrência da ação do tempo, refletindo aquelas que ocorrem na sociedade.

Este trabalho buscar traçar um paralelo entre cláusula compromissória e negócio jurídico e, para tanto, demonstra ainda que de forma sucinta, o quanto as mudanças históricas e alterações sociais afetam diretamente os conceitos, princípios e normas relativas ao Direito, com principal atenção à inovação no Direito Contratual e às cláusulas compromissórias neste contexto.

Nosso trabalho está centralizado no direito civil e na lei de arbitragem, entretanto acaba por adentrar em outros ramos do direito, tais como, Código de Defesa do Consumidor, questões trabalhistas e no direito constitucional.

Conceituamos os institutos que entendemos mais afetar a matéria desenvolvida nesta dissertação, isto é, o negócio jurídico, os contratos, a autonomia da vontade e suas limitações, a ordem pública e a cláusula compromissória com suas peculiaridades.

Além disso, buscamos demonstrar a aplicabilidade, limitações e até mesmo a necessidade das cláusulas compromissórias como forma de solução para discussões e interpretações no campo dos contratos.

Ressaltamos que não objetivamos esgotar o tema nem os subtemas relacionados à matéria.

Tomando como ponto de partida histórico as Corporações de Ofício e passando por marcos importantes, como a Revolução Francesa, a II Grande Guerra, até a atualidade, verificamos que os conceitos atuais aplicáveis ao Direito Civil sofreram grandes alterações.

Inicialmente, no Capítulo 2 faremos uma breve evolução histórica do instituto da arbitragem, bem como dos contratos.

Partimos em seguida para a análise, no Capítulo 3, do negócio jurídico, seus requisitos de validade, existência e eficácia, conceituação da cláusula compromissória entendida como negócio jurídico.

Logo no Capítulo 4 serão explanados alguns apontamentos gerais sobre contratos, como conceito e sua aplicabilidade atualmente.

No Capítulo 5 trataremos especificamente dos conceitos da autonomia da vontade e da autonomia privada, as diferenças aplicadas para a autonomia da vontade e a privada, as limitações a que se sujeita, restrições e aplicabilidade no tema da cláusula compromissória, bem como abordaremos a ordem pública conceituando e demonstrando a limitação imposta por este instituto, bem como a diferença entre ordem pública e norma cogente.

Permeando o presente trabalho correlacionamos alguns Acórdãos que tratam da cláusula compromissória.

Inserimos nos capítulos acima indicados a cláusula compromissória neste contexto, justificando assim a necessidade de expormos o negócio jurídico e o contrato.

Após essas explicações, focalizaremos, especificamente, do tema da Arbitragem no Capítulo 6, no qual discutiremos sua natureza jurídica, requisitos, espécies, entre outros. Neste mesmo capítulo abordaremos a convenção de arbitral, seu conceito e aplicabilidade.

O Capítulo 7 é o estudo central da dissertação, uma vez que trataremos da definição de cláusula compromissória, sua natureza jurídica, espécies e vícios.

Acompanhando a primordial importância do bloco anterior, no Capítulo 8 seguinte é realizado o estudo dos limites da cláusula compromissória, no qual consideraremos também, em especial, dos limites impostos pelo Código de Defesa do Consumidor e nas relações de trabalho.

Abordaremos ainda nesse capítulo o procedimento judicial de que trata o artigo 7º da Lei de Arbitragem, quando da existência da cláusula compromissória vazia, a resistência de uma das partes na instituição da arbitragem e sua solução por meio de uma decisão judicial.

Por fim, no Capítulo 9 traçamos um paralelo entre o negócio jurídico e a cláusula compromissória, conjuntamente com seus elementos constitutivos. Concluímos que às cláusulas compromissórias devem ser aplicados os elementos do negócio jurídico.

Os conceitos utilizados para a formação da cláusula compromissória são os mesmo aplicados aos negócios jurídicos, bem como os institutos da autonomia privada e da ordem pública têm aplicação direta e imediata ao tema.

Este trabalho tem por objetivo central demonstrar que a cláusula compromissória representa um negócio jurídico, devendo respeitar seus requisitos de validade e eficácia. Pretendemos, ainda, expor o quanto a cláusula compromissória tomou corpo, se fortaleceu tratada como um negócio jurídico e, hoje, vem cada dia mais sendo utilizada como um meio eficaz de solução de conflito.

2. ARBITRAGEM E CONTRATOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1. Arbitragem

A arbitragem é um dos mecanismos de solução de conflitos mais antigos da humanidade, o que não significa que ela sempre tenha havido. Não se pode afirmar a existência da arbitragem, por exemplo, quando a resolução dos conflitos se dá pela força física, com a vingança privada e a autotutela, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, como ocorria nas mais antigas sociedades greco-romanas. Naquela época, não havia juiz, nem ocorria a declaração de existência ou não de um direito.

A esse período sucedeu outro, marcado pela resolução por autocomposição, em que as partes negociavam até chegar a um acordo que acabasse com a desavença. Ainda nesta época não havia mecanismos capazes de fazer as partes a cumprir com o que havia sido acordado, ou seja, se uma das partes não agisse conforme o combinado, somente a força exercida pela outra é que poderia obrigá-la. A autotutela agora se manifestava quando da execução do acordo.

Registra-se, após a autocomposição, uma nova forma de resolução dos litígios encabeçada pelo poder central, que avoca para si o *ius punitiois*. Contudo, o Direito era aplicado de forma não uniforme, seguindo critérios de conveniência do momento, “misturando conceitos de justiça com os mitológicos, invocando o julgador poderes divinos e místicos”¹.

Porém, a arbitragem, na Antiguidade Grega – já referida na mitologia e mencionada nos poemas de Homero - surge nas Cidades-Estados, nas *polis*. O árbitro decide o litígio de modo breve, julgando sem fixar-se nas regras processuais formais e à lei, tal como agia o juiz estatal. O árbitro se utiliza daquilo que considerava apropriado ao caso, da *epieiquia*, isto é, da equidade. A função do árbitro dividia-se em duas fases: tentativa de conciliação das partes e (quando não obtinha êxito) julgamento e proclamação da sentença².

¹CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 3.

²Id., loc. cit.

Nos litígios entre as Cidades-Estados também se registra a arbitragem, sendo referência o Tratado firmado entre Atenas e Esparta, em 445 a.C., que continha “cláusula compromissória expressa, remetendo as partes à via arbitral, no caso do surgimento de litígio futuros”³.

José Augusto Delgado⁴, citando Pedro A. Batista Martins, identifica a presença da arbitragem na Roma antiga, por meio da adoção do sistema que estimulava o “*iudicium privatum-judez*” (lista de nomes de cidadãos idôneos), cujo objetivo era solucionar, fora do campo judicial, os litígios entre os cidadãos.

Em Roma, a arbitragem apareceria como extensão dos poderes do juiz e da “*justitia bonae fidei*”. O pretor outorgava às partes o emprego da “*actio bonae fidei*” e, sem ficar adstrito às fórmulas, o árbitro julgava conforme o que lhe parecesse mais apropriado à fórmula estabelecida⁵. A arbitragem, que em Roma tinha caráter obrigatório, antecedeu à solução estatal jurisdicionalizada⁶.

Delgado⁷, apoiando-se em Pedro A. Batista Martins, aponta a presença da arbitragem também nas relações comerciais assumidas durante o século XI, dada à posição dos comerciantes de resolverem seus conflitos com base nos usos e costumes e fora dos tribunais.

A primeira fase da Idade Média foi marcada por mistura da lógica religiosa com a da justiça, resolvendo as partes suas desavenças segundo suas próprias crenças e costumes ou recorrendo a um árbitro que buscava ajuda da divindade para fazer justiça. Após longo período de confusão entre o místico e o racional, ressurgiu, na Europa no século XII, “a arbitragem contendo os Repertórios consuetudinários regras expressas e minuciosas sobre o compromisso arbitral, aplicável também para as controvérsias familiares”⁸.

Na maior parte da Europa, até o século XII, o Direito, exceto o Canônico, é quase exclusivamente consuetudinário. O costume era a principal fonte do Direito. Na França, a atividade legislativa restringe-se às *ordonnances* reais, senhoriais e urbanas.

³CRETELLA NETO, José. op. cit., p. 4.

⁴DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coords.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 224.

⁵CRETELLA NETO, José. op. cit., p. 4.

⁶DELGADO, José Augusto. op. cit., p. 223.

⁷Id. Ibid., p. 224.

⁸CRETELLA NETO, José. op. cit., p. 5.

Grandes mudanças serão introduzidas pela formação dos Estados Modernos. Já no século XIII surge a idéia do Estado em sua faceta moderna,

[...] um corpo político juridicamente estruturado, aparecendo também seus componentes constitucionais, em especial os órgãos representativos, como Estados Gerais na França e na Bélgica, as Cortes, na Espanha, e o Parlamento, na Inglaterra.⁹

A lei reaparece, então, como fonte do Direito, porém quem legisla é o rei e o costume continua desempenhando importante papel, em especial no plano civil. Renasce o Direito Romano, e o Direito Canônico, cujo apogeu ocorreu século XIII, entra em declínio no século seguinte. Nos séculos XV e XVI o Direito Romano passa a ser aceito, inicialmente “como direito subsidiário, na maior parte dos países da Europa Ocidental”¹⁰.

A importância da arbitragem decaiu no Direito europeu continental, ou *civil-law*, predominando a técnica de composição estatal dos conflitos. A arbitragem, entretanto, persistiu como técnica, paralelamente à negociação e à mediação, no âmbito do *common-law*, o direito anglo-americano – marcado por influência liberal¹¹.

Paulatinamente, a arbitragem vai recuperando sua importância, num cenário marcado por insatisfações geradas pela aplicação despótica da lei por meios estatais. A expansão comercial contínua, que permitiu o aumento do número de sociedades comerciais no início da Modernidade, foi objeto da *Ordonnance* de 1673, que introduziu a arbitragem para a resolução de litígios entre os sócios, sendo suas disposições reproduzidas nos códigos comerciais da Bélgica e da França¹². O instituto da arbitragem assegurava, sobretudo, a resolução dos conflitos sem a interferência do Estado.

O Estado moderno exerce seu poder sobre os súditos por meio de suas funções legislativa, representada pelo Parlamento, executiva, conferida às administrações da União, dos Estados e dos Municípios, e judiciária, representada pelos órgãos do Poder Judiciário, ao qual compete, em especial, aplicar as leis, quando a jurisdição é provocada.

Embora sujeitos ao Poder Judiciário, os comerciantes dessa época criam suas próprias associações com tribunais de arbitragem, nos quais atuam “árbitros escolhidos, na maior parte das vezes, entre seus pares, que julgam os litígios com base não apenas em leis

⁹CRETELLA NETO, José. op. cit., p. 5.

¹⁰Id. Ibid., p. 6.

¹¹DELGADO, José Augusto. op. cit., p. 223.

¹²CRETELLA NETO, José. op. cit., p. 6.

escritas, mas especialmente, orientados por critérios que levam em conta os costumes de cada ramo da atividade”¹³.

Com a Revolução Francesa e a constituição da democracia burguesa, as corporações de comerciantes perdem força e são extintas pela Lei Chapelier de 1791. Entretanto, a Assembléia Constituinte acolheu a arbitragem, que passou a ser obrigatória e, exatamente por isso, logo foi abolida¹⁴.

O Código de Processo Civil Francês, de 1806, disciplinou a arbitragem, mas conferiu-lhe tal grau de formalidade, que acabou por desestimular sua adoção na prática. A Bélgica adotou a arbitragem em 1876, preservando suas características essenciais, como a autonomia da vontade das partes para instituí-la e, a partir de então, a arbitragem foi sendo disseminada na Europa e nas Américas¹⁵.

Presente no Brasil já nos tempos da colonização portuguesa, no Brasil a arbitragem está prevista no ordenamento jurídico desde a Constituição de 1824. A Constituição de 1824 já previa o Juízo Arbitral¹⁶ em seu artigo 160, ao estabelecer que as partes poderiam nomear árbitros “para solucionar litígios cíveis e que suas decisões seriam executadas sem recurso, se as partes, no particular, assim, convencionassem”¹⁷.

Em 1850 o Código Comercial estabeleceu a arbitragem como meio de solução obrigatório para conflitos de caráter comercial, entre eles, o conflito entre os sócios de uma sociedade comercial, durante a existência da sociedade ou companhia, em sua liquidação ou partilha¹⁸. Em 1866, a arbitragem obrigatória, ou “necessária”, foi abolida pela lei 1.350, porém a arbitragem voluntária permaneceu em vigor.

A arbitragem facultativa foi prevista pelo Código Civil de 1916, nos artigos 1037 e 1041. Porém, seu artigo 1.045 tratava da necessidade de homologação judicial do laudo arbitral para que este adquirisse validade¹⁹.

Em 1923 o Brasil aderiu ao Protocolo de Genebra, incorporado no ordenamento jurídico interno pelo Decreto 21.187, de 22 de março de 1932, que

¹³CRETELLA NETO, José. op. cit., p. 7.

¹⁴Id., loc. cit.

¹⁵Id. Ibid., p. 8.

¹⁶GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem: doutrina, legislação, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 34.

¹⁷DELGADO, José Augusto. op. cit., p. 229.

¹⁸GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. op. cit., p. 34.

¹⁹Artigo 1.045 do Código Civil de 1916: “A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como arbitro nomeado pelas partes”.

estabeleceu: “a validade de compromissos ou cláusulas compromissórias pelos quais os Estados (ou partes) se obrigavam, contratualmente, em matéria comercial ou outra que pudesse ser resolvida pela arbitragem, a submeter os conflitos ao juízo arbitral”²⁰. Ressalte-se que o Decreto se aplica inclusive quando o litígio envolve país de diferente jurisdição.

A Carta Republicana de 16 de julho de 1934 previa que cabia à União a competência de legislar sobre as regras disciplinadoras da arbitragem²¹. As Constituições de 1937, 1946 e 1967, entretanto, pouco ou nenhum valor concedem à arbitragem.

A arbitragem é um procedimento extrajudicial previsto tanto no Código de Processo Civil de 1939 quanto no de 1973 e abrange os direitos patrimoniais disponíveis. O Código de Processo Civil de 1973 definiu, ainda, normas procedimentais do juízo arbitral de acordo com o previsto no Código Civil de 1916.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 114, parágrafo primeiro, que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

O Brasil também faz parte da “Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional”, assinada no Panamá em 1975. Ratificado e promulgado no Brasil, o texto da Convenção foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 90 de 6 de junho de 1995, e estava em vigor com o Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996, quando da edição da Lei de Arbitragem²².

A arbitragem, que foi regulada no Código de Processo Civil de 1939, conforme dito anteriormente, e repetida no Código de 1973, tomou nova forma com a Lei 9.307 de 1996, a qual permitiu o desenvolvimento da solução dos conflitos fora do âmbito do Poder Judiciário. Até então, a Arbitragem não era um meio eficaz de solução de litígios, devido à natureza de promessa de contratar da cláusula compromissória, que não comportava execução específica, e à necessidade de homologação judicial da sentença arbitral para que ela gerasse efeitos²³.

²⁰GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. op. cit., p. 34.

²¹DELGADO, José Augusto. op. cit., p. 229.

²²CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 29.

²³Id. Ibid., p. 87.

2.2. Contratos

Os contratos são uma das peças fundamentais e que mais refletem o amadurecimento e desenvolvimento da humanidade, sendo a interpretação dada a estes a mais pura imagem do ser humano em sua época.

Quanto à evolução histórica dos contratos, a palavra *contractus* significa unir, contrair. Entretanto, no Direito Romano, outros termos são utilizados para designar coisas semelhantes, como *conventio*, que significa convenção e provém de *cum venire*, vir junto, e *pacis si*, que significa estar de acordo e dá origem a pacto²⁴.

No Direito Romano, a convenção e o pacto eram conceitos equivalentes e significavam o acordo de duas ou mais pessoas a respeito de um objeto determinado. O simples acordo, convenção ou pacto, porém, não bastava para criar uma obrigação.

Não se falava em obrigação no sentido de uma relação individual, nas mais antigas sociedades ocidentais. Como já visto em relação à arbitragem, a hostilidade entre grupos predominava, hostilidade essa que sobreviveu dentro do mesmo grupo. Quando se passa para a noção de vínculo interpessoal, ainda assim está presente o sentido de hostilidade, como punição pessoal para o descumprimento de qualquer compromisso. Isto se verifica na Lei das XII Tábuas, que assegura como garantia de cumprimento de uma obrigação o próprio corpo do devedor²⁵.

No Direito Romano primitivo, os contratos tinham caráter sacramental. As formas deviam ser obedecidas, ainda que não refletissem exatamente a vontade das partes. Na época das XII Tábuas, a intenção das partes estava materializada nas palavras corretamente pronunciadas²⁶.

A Tábula III continha o “*Tertiis mundinis partes secuntur si plus minusve secuerunt se fraude esto*”, que estabelecia uma espécie de concurso de credores, com “a divisão do corpo do devedor insolvente, além do Tibre, para pagamento ao credor com as partes em que o corpo era fracionado”²⁷.

²⁴VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 394.

²⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 227.

²⁶VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., p. 394.

²⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 227.

No ano 428 a.C., o Direito Obrigacional sofreu grande transformação com a *Lex Poetelia Papiria* alterando a responsabilidade do devedor, que antes recaía sobre sua pessoa, fazendo-a, então, incidir sobre seus bens "*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*"²⁸.

As trocas diretas individuais, adequadas a sociedades mais simples, tornam-se inadequadas com o desenvolvimento econômico e social. No contexto deste desenvolvimento, cria-se o contrato celebrado por indivíduos, com poder vinculativo. Aquilo que era enunciado oralmente entre as pessoas poderia criar direitos. Este entendimento se consagrava com a "*Lex XII Tabularum: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*"²⁹.

Na sociedade romana, a vida foi se tornando cada vez mais complexa, com o surgimento de ampla multiplicidade de negócios, o que determinou a necessidade de dar materialidade aos contratos. Por esta razão, surgiram quatro modalidades de contratos: contratos *re*, uma espécie de contrato real, que se firmava com a entrega da coisa; contratos *litteris*, que se completavam pela inscrição no *codex* do devedor; contratos *verbis*, realizados por meio de troca de palavras sacramentais e, mais tarde, contratos *consensu*³⁰.

A noção de o simples pacto não era suficiente para que a obrigação fosse juridicamente exigível vem do Direito Clássico e acaba por atingir a época de Justiniano. Para que se criasse uma obrigação, havia necessidade de certas formas que se exteriorizassem a vista dos interessados. A solenidade dava forças às convenções, e cada uma dessas convenções, sob certas formalidades, constituía um *contractus*³¹.

No Baixo Império consagrou-se uma importante mutação na evolução do contrato, por meio do simbolismo que caracterizou o Direito Germânico. Na sua última fase romana, o contrato obrigava mediante mera proclamação verbal, o que se aprofundou na Idade Média.

As práticas medievais sofreram transformações, passando da *stipulatio* romana para a *traditio cartae*, o que indicava a necessidade da entrega de um documento³².

²⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 228.

²⁹Id., loc. cit.

³⁰Id., loc. cit.

³¹VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., p. 395.

³²Id., loc. cit.

Partindo da necessidade de observação das formalidades exigidas pelo Direito Romano, era comum aos escribas³³ - que registravam por escrito o que era convencionado entre as partes -, “consignar que todos os rituais haviam sido observados, embora em verdade não o tivessem sido. Passou-se então a considerar que bastava a declaração de que as formalidades haviam sido cumpridas”³⁴. Assim, iniciou-se a quarta modalidade de contrato, a dos contratos *consensu*, fundamentados no valor da palavra, cuja validade se garantia por juramento, sob o impacto da influência da Igreja Católica na Europa medieval.

A influência exercida pela Igreja, bem como com o renascimento dos estudos romanos na Idade Média passam a enfatizar o sentido obrigatório do contrato³⁵.

O conceito moderno de contrato veio da confluência de várias correntes de pensamento, dentre elas a do Direito Canônico e da escola de Direito Natural³⁶.

A contribuição dos canonistas consistiu na relevância dada ao consenso e à fé jurada. Com a valorização do consentimento, preconizavam a vontade como fonte da obrigação, o que ensejou a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. A relevância conferida ao consenso suporta a idéia de que a obrigação deve nascer de um ato de vontade e que para criá-lo, basta sua declaração. O respeito à palavra e o dever da veracidade justificam a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, independente da forma do pacto, “tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes”³⁷.

A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influiu fortemente na histórica formação do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional da origem das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Deste raciocínio origina-se o princípio de que o consentimento basta para obrigar³⁸. Com a escola do direito natural, aos contratos são assimilados os pactos e as convenções³⁹.

Na França, no século XVIII, com o florescimento inicial dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, ainda que de forma

³³Pessoa que, entre os judeus, lia e interpretava a lei.

³⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 229.

³⁵VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., p. 396.

³⁶GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6.

³⁷Id., loc. cit.

³⁸Id., loc. cit.

³⁹VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., p. 396.

embrionária, pode-se verificar o respeito aos direitos do homem e cidadão, como ponto central da uma nova sociedade que se vislumbrava.

Naquele momento, a Revolução Francesa a igualdade e a fraternidade pregadas eram meramente formais. Os homens eram reconhecidos como cidadãos iguais em direitos, porém sem que fossem respeitadas suas diferenças e sequer tocadas as desigualdades socioeconômicas⁴⁰.

Por ser o Direito um produto cultural, portanto humano, não se pode deixar de notar ser ele modificável historicamente em decorrência das circunstâncias sociais, econômicas, temporais existentes em uma dada sociedade. A maior parte dos institutos jurídicos não resiste à ação do tempo sem sofrer mudanças que reflitam as alterações ocorridas na sociedade.

Certamente, o caráter histórico do Direito revela-se no conceito moderno de contrato elaborado pelos Códigos Iluministas do século XIX e início do século XX, em uma época marcada pelo processo de industrialização e por revoluções burguesas⁴¹.

Em uma sociedade interessada em extinguir privilégios, desonerar a propriedade de bens, sobretudo a imobiliária, sem o recurso à expropriação forçada, reafirmar a primazia do Homem e sua igualdade entre os pares exige reformulações extensas. Nesse sentido, princípios como a liberdade contratual, a responsabilidade civil baseada na culpa e o exercício irrestrito do direito de propriedade serviram de alicerces sobre os quais pôde erguer-se toda a Ciência do Direito Civil.

A moderna concepção de contrato, como acordo de vontade por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem, se esclarece quando vista sob a ótica da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do modo de produção capitalista.

Os pressupostos do liberalismo econômico - a ideia de que todos são iguais perante a lei devendo ser igualmente tratados e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente (em condições, todavia, que

⁴⁰ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. Texto fornecido pelo Autor no Curso de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 06 nov. 2008.

⁴¹ROCHA, Sílvio L. F. da. Princípios contratuais. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 513.

favoreceram a dominação de uma classe) - permitiram que o contrato fosse o instrumento jurídico da vida econômica⁴².

O impacto das modificações econômicas, sociais, políticas, científicas e culturais e no campo das idéias refletiu no contexto social em sua totalidade, com grandes consequências.

No âmbito econômico, a Revolução Industrial iniciada na segunda metade do século XVIII gerou um aumento potencial da capacidade produtiva das empresas.

No campo social, como reflexo do econômico, passou-se de uma sociedade agrária para a industrial, com o surgimento de grandes cidades, da classe operária e da demanda para novos serviços, tais como água, luz, escola, hospitais, meios de transporte, áreas de lazer.

Há que se destacar, como consequências mais recentes das enormes transformações decorrentes do imenso desenvolvimento tecnológico e científico associado à Revolução Industrial, a revolução tecnológica percebida no século XX, após Segunda Guerra Mundial, primeiro na América do Norte, depois na Europa Ocidental. A revolução tecnológica revolucionou todo o sistema de produção, comercialização e distribuição de produtos e serviços, transformando o mercado em destinatário de uma enorme quantidade de serviços e de produtos tipificados, fabricados em série.

Da soma de todos esses fatores resultou o crescimento do número de contratos celebrados e isto desencadeou a necessidade do estabelecimento de novas formas de contratação, mais condizentes com a realidade instaurada, bem como revelou a insuficiência dos princípios até então aplicáveis aos contratos.

A doutrina clássica da autonomia da vontade, elaborada no século XIX e início do século XX, considerava a vontade como a principal fonte da obrigação contratual, vontade esta que deveria sempre ser manifestada sem vícios, tal como ocorre na atualidade. A autonomia da vontade reservava para a lei a tarefa de garantir o cumprimento das promessas e também exercia papel supletivo, sendo aplicável para os casos em que as partes se omitissem⁴³.

Da autonomia da vontade decorria o dogma da liberdade contratual e sua tríplice manifestação - liberdade de escolher com quem contratar, o conteúdo e a forma do

⁴²GOMES, Orlando. op. cit., p. 7.

⁴³ROCHA, Sílvio L. F. da. op. cit., p. 514.

contrato – e que exercia a tripla função de permitir à pessoa agir de forma livre, de somente obrigar-se nos limites de sua vontade, e de proteger-se da interferência indevida do Estado.

Porém, a doutrina da autonomia da vontade foi sendo paulatinamente superada, ainda que de forma parcial, pois os pressupostos ideológicos em que se amparava - igualdade, discussão individual e livre do conteúdo do contrato - revelaram-se inadequados a uma sociedade que se industrializava, com as características antes apontadas.

A inadequação desses princípios tornou-se cada vez mais evidente, com a mudança de uma sociedade predominantemente agrária para uma sociedade industrial e com o surgimento de um Estado interventor e social⁴⁴.

Os princípios mencionados eram adequados a uma economia tipicamente liberal, na qual predominava a liberdade dos agentes econômicos e o Estado ocupava-se, apenas, do que seria necessário para assegurar o espaço de liberdade ao desenvolvimento da sociedade, especialmente quanto à segurança interna e externa.

Nesse contexto, a função do contrato era tão somente a de servir como instrumento de manifestação de vontade no campo patrimonial, permitindo a circulação de riquezas e transmissão dos meios de produção. A justiça do contrato decorria do fato de ser ele livremente consentido.

As mudanças na teoria dos contratos ocorreram por fatores ligados ao desenvolvimento de um novo constitucionalismo, bem como da maior influência do Direito Constitucional no Direito Civil⁴⁵.

Hoje, vivemos uma situação em que os contratos fazem parte do cotidiano de grandes empresas, celebrados, muitas vezes, em negociações internacionais, e com contratos de massa que são firmados a cada minuto pela população. Nesta época também marcada por céleres transformações e especialização progressiva em todos os setores da vida produtiva, e para se evitar maiores prejuízos às partes, depara-se com a necessidade de disseminar a idéia da Arbitragem como forma de solução de conflitos, especificamente com a inserção das cláusulas compromissórias nos contratos para a solução dos conflitos oriundos deste.

⁴⁴ROCHA, Sílvio L. F. da. op. cit., p. 515.

⁴⁵Id., loc. cit.

3. NEGÓCIO JURÍDICO

Este capítulo não tem a pretensão de esgotar o tema, que consiste em matéria tão rica como é o negócio jurídico. Contudo, como nos propomos dissertar acerca da cláusula compromissória, não poderíamos deixar de explanar sobre o negócio jurídico e o contrato.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo⁴⁶, a expressão

[...] negócio jurídico exprime uma abstração; *in concreto*, o que há são negócios jurídicos particulares. Devemos ter em mente que os negócios individualizados, se subirmos gradualmente na escala de abstração, enquadram-se em categorias intermediárias cada vez mais genéricas, até se atingir a categoria do negócio jurídico.

Esclarecendo em que consiste a escala citada acima, lembramos que a cláusula compromissória inserida neste raciocínio faz parte do todo, isto é, ela está incluída em um conjunto que comporta a evolução gradual, em termos de progressiva abstração, como por exemplo, no contrato de compra e venda com cláusula compromissória; compra e venda; contrato e, por fim, negócio jurídico. Por esta razão, isto é, por considerar que a cláusula compromissória é um negócio jurídico, passamos ao objeto deste capítulo.

Etimologicamente, negócio jurídico não significa um único ato, mas um conjunto de atividades, “*nec*” e “*otium*”, que se pode traduzir por não-ócio⁴⁷.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 81, dispunha: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. Entretanto, o Código Civil atual abandonou a concepção unitária de ato jurídico, prevendo expressamente o negócio jurídico.

O Código Civil Brasileiro disciplina o negócio jurídico, em seu artigo 104, tratando, ainda, de diferenciá-lo de ato jurídico, que o Código tratou restritivamente, subdividindo-o em lícito e ilícito.

⁴⁶AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

⁴⁷LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 268.

Para os negócios jurídicos, o ato de vontade produz efeitos que são intencionalmente queridos pelo agente. Em virtude da declaração de vontade, pode-se constituir, modificar ou extinguir determinados tipos de relações jurídicas.

O negócio jurídico nada mais é do que uma prerrogativa outorgada pelo ordenamento jurídico ao indivíduo capaz de, por meio de sua vontade, criar relações às quais o direito confere validade, uma vez que estão de acordo com a ordem social⁴⁸.

Importante ressaltar que o ato jurídico e o negócio jurídico são manifestações de vontade; no entanto, diferem entre si quanto à estrutura, função e a produção de efeitos.

Enquanto para os atos jurídicos tem-se uma ação somada a uma vontade simples, para os negócios jurídicos a ação e a vontade são qualificadas, quer dizer, produzem efeito jurídico determinado. Pode-se dizer que a vontade no negócio jurídico é caracterizada por sua finalidade específica, que é a constituição, modificação ou extinção de direitos⁴⁹.

O negócio jurídico não é um simples fato, para o qual a norma jurídica considera a existência de vontade; ele é uma manifestação de vontade envolta em circunstâncias negociais, as quais fazem com que seja reconhecida socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos⁵⁰.

De acordo com o ensinamento de Renan Lotufo⁵¹,

[...] o negócio jurídico é meio para a realização da autonomia privada, ou seja, a atividade 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.

Para a produção de um negócio jurídico, é imprescindível que exista uma norma pré-existente que possibilite ao sujeito dar conteúdo à hipótese de incidência, tornando existente a relação jurídica entre sujeitos determinados, ou determináveis, que era a mera possibilidade prevista no sistema, abstrata e genericamente.

Não se pode perder de vista que quem celebra um negócio jurídico objetiva produzir o efeito jurídico, efeito que deverá ser alcançado com a própria execução que, no

⁴⁸RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. 6. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 170.

⁴⁹LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 271.

⁵⁰AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 17.

⁵¹LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 271.

entanto, é a razão de sua celebração. O que o indivíduo declara ou faz com o negócio jurídico nada mais é do que uma regulamentação dos seus próprios interesses nas relações com outros sujeitos, regulamentação da qual o indivíduo compreende o valor socialmente vinculante, mesmo antes de sobrevir a sanção do direito⁵².

Assim que estabelecida uma relação jurídica, por convenção entre as partes legalmente constituídas, a lei lhe confere força coercitiva e ela se torna obrigatória. Este é o princípio “*pacta sunt servanda*”, que, apesar das exceções surgidas com o decorrer do tempo, continua a ser aplicado para as relações privadas.

Pode-se afirmar que as convenções entre os particulares são válidas e geram efeitos, sempre que não colidirem com lei de ordem pública⁵³.

Em um breve relato, expomos que para a definição de negócio jurídico surgiram posições diversas, uma que se prende à sua gênese (ou voluntarista) e outra à sua função (ou objetiva), e por fim, uma terceira posição que define o negócio jurídico pela estrutura.

Para a definição apoiada na gênese voluntarista, o negócio jurídico é um ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos, ou um ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico⁵⁴.

Para a definição orientada pela função objetiva, o negócio jurídico seria mais um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos do que um ato de vontade.

Antônio Junqueira de Azevedo, citando Kelsen, afirma⁵⁵

[...] na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos, que lhe são subordinados, o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas, que não estatuem sanções, mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autônoma. Elas apenas não normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções.

⁵²BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008. p. 229.

⁵³RODRIGUES, Silvio. op. cit., v. 1, p. 170.

⁵⁴LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 271.

⁵⁵AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 13.

Para esta última teoria, defendida por Antônio Junqueira de Azevedo, o negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido como categoria, como fato jurídico abstrato ou como fato jurídico concreto.

Como categoria, o negócio jurídico é o fato jurídico consistente em uma manifestação de vontade com diversas circunstâncias que tem o poder de fazer com que essa manifestação seja dirigida à produção de efeitos jurídicos. Partindo daí, o direito, seguindo a visão social, atribui à manifestação de vontade efeitos constitutivos de direito⁵⁶.

O negócio jurídico concreto é definido como todo fato jurídico consistente de uma declaração de vontade, para a qual o ordenamento jurídico atribui efeitos desejados, sempre respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia determinados pela própria norma jurídica incidente sobre ele⁵⁷.

Ao examinarmos o negócio jurídico verificamos que, no plano da existência, o negócio jurídico precisa de elementos para existir; no plano da validade, de requisitos para ser válido; e, no plano da eficácia, precisa de determinados fatores para ser considerado eficaz⁵⁸.

O plano de existência diz respeito aos elementos, àquilo que é parte integrante de um todo. O elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que dá existência no campo do direito.

Quando se fala em validade, estamos diante de uma qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas. O plano da validade trata dos requisitos do negócio jurídico, uma vez que são as condições necessárias para a obtenção de determinado objeto, ou para atingir determinado fim.

No plano da eficácia, temos as circunstâncias, que são entendidas como situações, estado ou condição das coisas, das pessoas, em um dado momento⁵⁹.

Antonio Junqueira de Azevedo⁶⁰ expõe a importância da classificação do elemento, pois sem esse determinado negócio jurídico não existirá como negócio e explica

⁵⁶AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 16.

⁵⁷Id., loc. cit.

⁵⁸Id. Ibid., p. 30.

⁵⁹LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 280.

⁶⁰AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 40.

Assim, se faltar, em determinado negócio jurídico, um elemento geral, ele não existirá como negócio; será um caso de negócio dito inexistente e, como tal, as regras jurídicas a aplicar não serão sequer as das nulidades; além disso, se o elemento geral faltante for intrínseco (ou constitutivo), aquela aparência de negócio ('negócio inexistente') será fato jurídico, ou, quem sabe, se houver agente, poderá ser um ato jurídico negocial, e a cada uma dessas situações corresponderão regras específicas. A exata identificação do negócio dentro de uma categoria, por outro lado, através da exata consciência dos elementos categoriais, é fundamental para se saber qual o regime jurídico a ele aplicável. Além disso, se, num negócio de certo tipo, faltar um elemento categorial inderrogável (ou se, mesmo sem faltar, se puder dar esse elemento como inexistente, para evitar que o negócio seja considerado nulo), aquele ato não existirá como negócio de outro tipo (conversão substancial). O estudo dos elementos particulares, por seu turno, é de fundamental importância para saber se o caso comporta, ou não, nulidade parcial, ineficácia etc.

Os elementos podem ser divididos em gerais, categoriais e particulares. Os gerais são os comuns a todos os negócios jurídicos e indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio; os categoriais são próprios de cada tipo de negócio jurídico e permitem uma tipificação básica, não resultam da vontade das partes, e sim da lei; e os particulares pertencem a um específico negócio indicado pelas partes⁶¹.

Os elementos gerais, por sua vez, podem ser divididos em intrínsecos (ou constitutivos), que são a forma da declaração, o objeto e as circunstâncias negociais, e em extrínsecos (ou antecedentes), que são o agente, o lugar e o tempo. Estes últimos não são apenas extrínsecos, mas também elementos pressupostos, no sentido preciso de que existem antes de o negócio ser feito⁶².

Os elementos gerais indispensáveis à existência de qualquer negócio jurídico são: forma que a declaração toma; objeto, seu conteúdo; circunstâncias negociais, isto é, o que fica da declaração de vontade quando retirada a forma e o conteúdo (intrínsecos); e agente, lugar e tempo do negócio (extrínsecos).

Do elemento geral extrínseco, agente capaz, pode-se dizer que, no campo dos negócios jurídicos, a capacidade jurídica tem grande relevância, pois de acordo com o tipo de negócio, a lei pode exigir uma capacidade específica⁶³. O agente tem que ser legitimado para o negócio.

⁶¹LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 281.

⁶²Id., loc. cit.

⁶³Id., loc. cit.

Quanto ao tempo, se o ordenamento jurídico pode impor que o negócio seja feito em um determinado momento, que deverá ser em tempo útil.

Por fim, o elemento extrínseco do lugar, se excepcionalmente tiver algum lugar, deverá ser em lugar apropriado.

Analisaremos, a seguir, os elementos gerais intrínsecos.

Para o elemento geral intrínseco, objeto, sua licitude é imprescindível, já que não se pode falar em juridicidade negocial com base no ilícito. O ilícito gera efeitos no mundo jurídico, mas não efeitos desejados pelo agente que o praticou. Além disso, o objeto deve ser possível e determinado, ou ao menos, determinável⁶⁴.

Para o objeto possível temos que se o negócio decorre do exercício da autonomia privada, não é admissível que se crie uma relação jurídica da qual uma das partes não possa sair, pois não seria possível alcançar o cumprimento de seu objeto. A possibilidade/impossibilidade é considerada tanto jurídica quanto física⁶⁵.

Quanto ao objeto, este deve ser determinado ou determinável e isso se faz necessário para que não se onere em excesso a outra parte. A determinabilidade do objeto está ligada à possibilidade, pois não há que se falar em negócio jurídico sem que a parte possa avaliar a possibilidade, sob pena de se estabelecer uma relação em que uma das partes (devedor) não teria condições de cumprir com as obrigações e teria sua liberdade comprometida.

Pode-se diferenciar a impossibilidade do objeto em relativa ou absoluta. A primeira só existe em relação ao sujeito que deve cumprir a prestação pactuada no negócio jurídico e, portanto, não o invalida, pois esta impossibilidade representa apenas e tão somente a mudança qualitativa do conteúdo da obrigação, e não de sua essência⁶⁶.

Porém, na impossibilidade absoluta, outro cenário se revela: não estamos diante de uma mera dificuldade, e sim de um impedimento insuperável, e desta forma não há que se falar em relação jurídica, “pois tudo que se faz no mundo do Direito é para alcançar concreção, ou seja, para poder ser executado tanto no mundo fenomênico quanto no mundo jurídico”⁶⁷.

⁶⁴ LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 282.

⁶⁵ Id., loc. cit.

⁶⁶ Id. Ibid., p. 281.

⁶⁷ Id. Ibid., p. 283.

Outro elemento geral intrínseco que passamos a analisar é a forma da declaração, o tipo de manifestação que envolve a declaração, seja ela oral, escrita, por meio do silêncio ou mímica. Para a declaração de vontade, não basta que haja vontade, esta vontade deve ser conhecida objetivamente pela outra parte, para que então possa produzir efeitos pretendidos. A declaração de vontade deve corresponder ao que se deseja, deve ser uma vontade livre e consciente do pensamento individual.

Quanto aos elementos gerais intrínsecos “circunstâncias negociais”, está-se referindo à declaração de vontade, despidida da forma e do objeto, isto é, aquele ponto principal, irredutível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos⁶⁸.

Já os elementos categoriais são aqueles que não resultam da vontade das partes, e, sim da ordem jurídica. São classificados em duas espécies: os elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis, que servem para definir cada categoria de negócio jurídico, por exemplo, o consenso sobre a coisa e o preço no contrato de compra e venda; e os elementos categoriais naturais ou derogáveis, que embora venham da natureza do negócio, podem ser afastados pelas partes, sem que com isso mude o negócio jurídico, por exemplo, a responsabilidade sobre a evicção nos contratos de compra e venda, a gratuidade no depósito⁶⁹.

Por fim, temos os elementos particulares, que são aqueles que, quando inseridos pelas partes, existem em um negócio jurídico concreto, sem, no entanto, serem próprios de todos os negócios jurídicos. Estes elementos são voluntários e seus exemplos são praticamente em número indeterminado.

Ainda assim, podemos arrolar pelo menos três elementos particulares: a condição, o evento futuro e incerto; o termo, que subordina os efeitos do negócio jurídico; e o encargo, que restringe a liberdade⁷⁰.

No plano da validade tem-se que essa é a qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas. Requisitos são os caracteres que a lei requer, exige, nos elementos do negócio para que este seja válido⁷¹.

⁶⁸AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 32.

⁶⁹Id. Ibid., p. 35.

⁷⁰Id. Ibid., p. 38.

⁷¹Id. Ibid., p. 42.

Desta forma, considerando que “o negócio jurídico é a declaração de vontade e se os elementos gerais intrínsecos são essa mesma declaração de vontade tresdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais”, então a declaração de vontade deve ser: “a) resultante do processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má fé”⁷².

Se a declaração de vontade manifesta no negócio jurídico não tiver sido resultante de processo volitivo, o negócio jurídico poderá ser considerado (i) nulo, se tiver havido coação absoluta; ou (ii) anulável, por erro ou dolo se não tiver sido com plena consciência da realidade; por coação relativa se não tiver sido escolhida com liberdade; e por simulação se tiver sido deliberada com má fé⁷³.

Quanto ao objeto, este deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável, conforme já explicado acima; a forma, ou será livre, ou será como prescrito em lei; as circunstâncias negociais não têm requisitos somente seus, uma vez que elas nada mais são do que o elemento caracterizador essencial do próprio negócio.

Os elementos categoriais inderrogáveis possuem requisitos e as partes, quando escolhem determinado tipo de negócio, deverão ter em mente que o negócio escolhido deverá seguir regime jurídico definido. Já os derogáveis não possuem requisitos, é o direito que determina que esses elementos integram o negócio e, por serem implícitos por disposição do próprio direito, não há exigência de caracteres⁷⁴.

Dentre as regras a que o negócio jurídico está subordinado, estão aquelas que preveem as qualidades que seus elementos categoriais precisam ter para os negócios serem considerados válidos como aquele determinado tipo de negócio. Desta forma, se o negócio for causal, com causa pressuposta, a existência da causa será requisito de validade como, por exemplo, a existência de um débito a ser extinto, para o caso do instituto da novação.

Os elementos particulares também têm seus requisitos. Afirma Antônio Junqueira de Azevedo⁷⁵, que há dois tipos de falta dos requisitos de validade: as condições que “*vitiantur et vitiant*” e as que “*vitiantur sed non vitiant*”.

As primeiras contaminam de nulidade todo o negócio, sendo que estão entre as condições “*vitiantur et vitiant*”, no direito brasileiro, as que subordinam os efeitos do

⁷²AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 43.

⁷³Id., loc. cit.

⁷⁴Id., loc. cit.

⁷⁵Id. Ibid., p. 47.

negócio a fato juridicamente impossível, as condições ilícitas, que são aquelas que fazem a eficácia do negócio depender de fato contrário à lei ou aos bons costumes, as meramente potestativas, as condições perplexas. Já as condições “*vitiantur sed non vitiant*” são aquelas cujo evento consiste em fato fisicamente impossível e as de não fazer coisa impossível.

O termo, assim como a condição, também tem seus requisitos de validade, e não são considerados válidos os “*vitiantur et vitiant*”, os termos colocados em “*actus legitimi*”, isto é, àqueles atos cuja natureza não admite condição, e neste caso termo, como no direito de família.

Por fim, o encargo que se ilícito ou impossível será nulo, mas o ato de liberalidade, em princípio, seria válido.

Quanto à eficácia jurídica dos atos válidos, tratamos inicialmente da possibilidade de eficácia do nulo como, por exemplo, nos casos de casamento putativo, quando da nulidade do contrato social que não exonera os sócios das prestações correspondentes às suas quotas e outros.

Os fatores de eficácia podem ser classificados em três: a) os fatores de atribuição da eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz; b) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, que são aqueles indispensáveis para um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, produzir exatamente os efeitos visados; c) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, produzindo os efeitos queridos, aumente seu campo de atuação tornando-se oponível a terceiros⁷⁶.

São exemplos de fatores de eficácia em geral: a recepção da declaração pelo destinatário nos negócios receptícios; a homologação pelo juiz da partilha amigável feita entre herdeiros por instrumento particular etc.

Por outro lado, as medidas que dão publicidade em geral aos negócios jurídicos enquadram-se entre os fatores de atribuição de eficácia mais extensa e grande parte dos casos de legitimidade do agente estão incluídos entre os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada.

Quanto à legitimidade, cujos requisitos dependem de relações jurídicas, ela pode ser de dois tipos: a) a legitimidade-requisito de validade, que atua sobre a validade do

⁷⁶AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 57.

negócio, que é a qualidade do agente consistente na aptidão, adquirida pelo consentimento de outrem, para realizar validamente um negócio jurídico; a legitimidade existe, apesar de uma relação jurídica anterior, por exemplo, ascendente que não pode vender para o descendente, mas com a autorização do outro ascendente, ele adquire legitimidade para fazê-lo; b) a legitimidade-fator de eficácia, que atua sobre a eficácia do negócio, sendo definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico; a legitimidade existe como decorrência de uma relação jurídica anterior, como ocorre, por exemplo, quando o mandatário que recebeu poderes para vender realiza este negócio jurídico⁷⁷.

Voltaremos, agora, a tratar de maneira mais detalhada da declaração de vontade já abordada antes.

Inicialmente, pode-se falar em dois sistemas que tentam resolver o conflito entre a vontade verdadeira e a vontade declarada. O primeiro sistema, colocado em destaque por Savigny, entende que deve prevalecer, em todos os casos, a vontade verdadeira do declarante, uma vez que somente essa vontade deve produzir efeitos de direito que estão em causa. Este sistema, do qual foi partidário o direito francês, foi designado “teoria da vontade”⁷⁸.

O outro sistema, que foi difundido no direito alemão, faz prevalecer a vontade que se conclui da declaração sobre a vontade verdadeira, conhecido como “sistema da declaração”⁷⁹.

Entretanto, para Antônio Junqueira de Azevedo⁸⁰, tanto uma teoria quanto a outra apresentam erro na sua formulação, pois ambas admitem a existência de dois elementos no negócio jurídico: a vontade e a declaração, divergindo somente quanto à prevalência de uma sobre a outra. Para o citado autor não há dois elementos, mas apenas um, e este é a declaração de vontade.

A vontade não é elemento do negócio jurídico. O negócio surge por ocasião da declaração, a sua existência começa neste instante e todo e qualquer processo volitivo anterior a este instante não faz parte do negócio jurídico.

⁷⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 58.

⁷⁸ Id. Ibid., p. 74.

⁷⁹ Id., loc. cit.

⁸⁰ Id. Ibid., p. 82.

Não há que se perder a idéia de que a declaração é o resultado de um processo volitivo interno da parte, mas quando esta mesma parte profere sua vontade, o processo volitivo é absorvido pela declaração, e desta forma pode-se afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio.

A vontade poderá influenciar a validade do negócio jurídico e também a sua eficácia, mas ela não faz parte existencialmente do negócio jurídico.⁸¹ Isto significa dizer que, no plano da existência, a vontade não faz parte dele, o que ocorre é que a declaração deve resultar de um processo volitivo, sob pena de não valer ou de não produzir efeitos queridos.

Para Antônio Junqueira Azevedo, somente a declaração de vontade é elemento do negócio jurídico, no plano de existência. Pode-se dizer que fazendo uma análise do negócio jurídico no plano da existência, percebe-se de pronto que a vontade não faz parte dele; o que se verifica é que a declaração deve ser o resultado de um processo volitivo, sob pena de não valer ou de não produzir os efeitos pretendidos (plano de validade e eficácia). A partir desse raciocínio a questão que se coloca é saber até que ponto o direito positivo admite ou até que ponto deve ele admitir *de lege ferenda* as influências da vontade sobre a declaração⁸².

Nas palavras de Renan Lotufo⁸³,

[...] a declaração de vontade é uma manifestação consciente de vontade, emitida por um sujeito de direito, que a *declara* perante um destinatário certo, ou perante uma coletividade presente, ou, ainda, perante destinatário certo ou coletividade ausentes, mas alcançáveis por meio desta, com a qual se objetiva atingir determinado efeito jurídico. Portanto, não basta ter vontade, é necessário que esta deixe de ser uma questão subjetiva, que venha a ser declarada objetivamente e possa ser recebida e reconhecida por terceiros como pretensão de efeitos jurídicos.

A declaração de vontade dada tem o objetivo de estabelecer uma relação negocial, representando algo de grande significado para o mundo do Direito, uma vez que revela o propósito efetivo de criar uma nova relação jurídica à qual o proponente também ficaria vinculado.

⁸¹AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 82.

⁸²Id. Ibid., p. 83.

⁸³LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 289.

Quanto à interpretação da declaração de vontade, seu ponto de partida sempre será a declaração em si, mas verifica-se a admissão da investigação da vontade real, conforme disposto no artigo 112 do Código Civil, “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Entretanto, o Código Civil de 2002 trouxe o elemento da boa-fé objetiva. Desta forma, pode-se afirmar ainda que o negócio jurídico deve ser regido pela boa-fé, que deverá permanecer até depois da execução do próprio negócio. De acordo com o artigo 113 do Código Civil de 2002, “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Quanto ao artigo 113 acima referido, a norma trata da boa-fé objetiva. Este artigo representa a função interpretativa da boa-fé, que deverá orientar os destinatários do negócio jurídico, visando conferir o real significado que as partes lhe atribuíram com lisura, ou, na hipótese de cláusulas ambíguas, conferir preferência ao significado que a boa-fé aponte como mais razoável.

Desta forma, para a solução do problema da interpretação do negócio jurídico, primeiramente a declaração deve ser interpretada objetivamente, com base em critério abstrato e, somente após isso, deve-se investigar a intenção do declarante (critério concreto). Parte-se do objetivo (declaração como um todo) para o subjetivo (a vontade real do declarante)⁸⁴.

Se, após a solução proposta acima, ainda restar a necessidade de continuar interpretando o negócio jurídico, deve-se utilizar a vontade presumida para complementar o processo interpretativo.

Após este estudo, ainda que sucinto, sobre o negócio jurídico, passamos a verificar o tema contrato. Para esta abordagem, consideramos que, quando estamos diante de uma cláusula compromissória inserida num contrato, estamos diante, sim, de maneira ampla, de um negócio jurídico com todos os seus elementos e, de maneira mais restrita, diante de um contrato celebrado entre as partes, partes que buscam, como alternativa à solução dos conflitos advindos deste contrato, a Arbitragem.

⁸⁴AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 102.

4. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE CONTRATO

O contrato está intimamente ligado à vida em sociedade. Todos contratam, seja na mais simples manifestação capaz de gerar direitos e obrigações, seja na elaboração de documentos complexos.

O contrato na sociedade moderna apresenta-se como um importante instrumento jurídico de transferência de riquezas. O que distingue a sociedade de nosso tempo das sociedades passadas é o lugar ocupado pelo contrato, que antes buscava apenas a circulação de riquezas e, num passo adiante, busca, hoje, algo além disso: cumprir sua função social⁸⁵.

O conceito de contrato no contexto do Iluminismo objetivou, de um lado, auxiliar no processo de libertação da propriedade dos vínculos que a gravavam na época feudal e, de outro lado, impulsionar o desenvolvimento da nova economia mercantil, ao inserir os bens de produção no processo de troca⁸⁶. O acordo de vontades permitiria à classe mercantil apropriar-se dos recursos que eram necessários para o seu desenvolvimento, ao mesmo tempo em que protegeria a classe fundiária da perda de seus bens contra a respectiva vontade.

No liberalismo do século XIX, época em que predominavam a liberdade, a vontade e a autonomia privada, o contrato era lei entre as partes (predominância do que havia sido pactuado); os demais princípios derivavam da autonomia da vontade. O contrato representava, no século XIX, o instrumento de afirmação econômica do modo de estar social então ascendente.

Para a classe burguesa que ascendia, e cuja atividade de produção alterava a índole agrária predominante na economia da Idade Média, era conveniente a instrumentação jurídica ou a ideologia mesmo da liberdade contratual, da autonomia da vontade quase absoluta, que era revelada pela prerrogativa de escolher contratar, o quê contratar e com quem contratar⁸⁷.

A tese liberal da autonomia da vontade - ou a importância da liberdade de contratar - tinha como um de seus propósitos o favorecimento da realidade econômica

⁸⁵ROCHA, Sílvio L. F. da. op. cit., p. 508.

⁸⁶Id., loc. cit.

⁸⁷GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato de acordo com o novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 4.

estabelecida. Isto ocorre, sobretudo, após a Revolução Francesa e no contexto da Revolução Industrial, em que se evidenciava a necessidade da contratação livre da mão-de-obra, desvinculando-a de qualquer laço pessoal, como o existente entre o servo e o senhor feudal do antigo sistema⁸⁸.

O liberalismo justifica o princípio na idéia de que, se as partes alienaram livremente sua liberdade, devem cumprir o prometido, ainda que daí lhes advenha considerável prejuízo. Dizer contratual por si só já era dizer justo⁸⁹. O contrato era aplicado sem nenhuma distinção entre os contratantes, fossem eles fracos ou fortes, hipossuficientes ou não.

Nas palavras de Enzo Roppo⁹⁰,

[...] a liberdade de contratar assegura também a ‘justiça’ de cada relação contratual, em virtude da igualdade jurídica entre os contraentes. Mas desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades *abstractas*, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente – gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão de sua força de trabalho.

O modelo liberal de estrutura jurídica acabou por revelar, contudo, a desigualdade real, o que levou a uma nova liberdade contratual. Passou-se, então, do Estado Liberal para o Estado Social.

O contrato, no liberalismo, como dito antes, foi instrumento destinado a fazer circular a riqueza privada. O contrato apresentou-se como meio privado para transmissão da propriedade e dos bens, no qual as partes tinham ampla liberdade de escolha e forma de seu conteúdo.

Passou-se a exigir do Estado um papel diverso, que fosse não apenas de proteção do direito por meio da repressão à violação (Estado “Garantidor”), mas sim também de promoção de objetivos determinados (Estado “Dirigista”), o Estado intervém,

⁸⁸GODOY, Claudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 5.

⁸⁹RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. 4.tir. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 18.

⁹⁰ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 37.

por meio do legislador e do juiz, para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais⁹¹.

A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, na limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera de autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes sobre a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual⁹².

O Estado invade a autonomia da vontade para, por meio da lei, garantir uma desigualdade que exerça o papel de equilibrar a desigualdade inversa que a situação das partes envolve, e ainda, dotou o juiz de meios e modos de alterar as disposições do contrato, para corrigir situações de desigualdade, quer na contratação, quer em momento posterior⁹³.

A expressão dirigismo contratual é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contratantes, com a finalidade de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, buscando sempre a conciliação dos interesses das partes e os da sociedade⁹⁴.

O princípio da autonomia da vontade sofre restrições trazidas pelo dirigismo contratual, que, conforme dito acima, consiste na intervenção estatal sobre a economia do negócio jurídico contratual. Isto decorre da compreensão de que, se ao contratante fosse permitido estipular livre e ilimitadamente o contrato, sem que o magistrado pudesse interferir, ainda que uma das partes viesse à ruína, a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica.

O Código de Defesa do Consumidor é exemplo do fenômeno do dirigismo contratual implementado por meio do Estado. Antes do advento do Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor já trazia o tratamento diferenciado entre as partes contratantes. Estando o consumidor vulnerável e o fornecedor em situação mais forte, isto possibilita ao juiz tomar medidas com o intuito de proteger a parte mais fraca.

⁹¹GODOY, Claudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 6.

⁹²GOMES, Orlando. op. cit., p. 8.

⁹³GODOY, Claudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 6.

⁹⁴DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 27.

O Estado intervém no contrato, não só mediante aplicação de normas de ordem pública, mas também com a adoção de revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo condições ou até mesmo exonerando a parte que sofre lesão, isso fundamentando-se na boa-fé objetiva, supremacia do interesse coletivo, função social do contrato⁹⁵.

Neste momento, ficou clara a tendência que hoje se verifica no Código Civil atual, de limitar a autonomia da vontade, levando em consideração os novos princípios tais como da boa-fé objetiva, a repulsa às vantagens excessivas, a função social do contrato e da propriedade. Verifica-se que o legislador de 2002 quis valer-se da apontada tendência ao equilíbrio das prestações, já revelada no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, III.

A crescente complexidade da vida social exigiu novas técnicas de contratação, entre as quais se salientam aquelas impostas pela massificação de certos contratos, que determinaram a uniformização de suas condições ou cláusulas, simplificando o processo de formação, como sucedeu nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização⁹⁶.

O novo contexto no qual se encontra o contrato, com a intervenção do Estado na economia, trouxe importantes modificações: o contrato deixou de ser simplesmente uma expressão da autonomia privada e passou a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, refletindo o antagonismo no qual se encontram as partes contratantes.

O movimento evolutivo do contrato se apresenta como uma reconstrução do próprio sistema contratual orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da idéia de autonomia privada e admitir que, além das partes outras fontes integram seu conteúdo.

Em virtude da política de intervenção do Estado, o contrato, quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes⁹⁷.

Desta forma, como o Código Civil positivou os princípios da boa-fé e o da função social do contrato, além dos institutos da onerosidade excessiva e do enriquecimento sem causa, tratando também da lesão e do estado de perigo, inaugurou-se

⁹⁵DINIZ, Maria Helena. op. cit., v. 3, p. 27.

⁹⁶GOMES, Orlando. op. cit., p. 9.

⁹⁷Id. Ibid., p. 18.

um importante período, uma nova fase para as obrigações e contratos que impactam o dia a dia dos cidadãos e empresas.

4.1. Do Contrato

O contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico, consistindo a diferença específica entre ambos na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjugação da vontade de duas ou mais partes.

Os negócios bilaterais que decorrem de acordo de mais de uma vontade são os contratos. O contrato é uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo do encontro da vontade das partes, por ser ato regulador de interesses privados⁹⁸.

No contrato, é imprescindível a existência da manifestação coincidente da vontade de duas ou mais partes. Apresentam-se, em regra, dois contratantes, com interesses opostos, que por meio da convenção se compõem. Ainda que nas posições antagônicas existam mais de duas pessoas, partes complexas, haverá uma só parte de cada lado, porque cada grupo representa um centro de interesses determinados.

Entretanto, importante ressaltar que a posição antagônica das partes não é fundamental; em algumas convenções as partes demonstram interesses paralelos, de modo que elas apenas se obrigam mutuamente a combinar esforços para um fim comum, como, por exemplo, no contrato de sociedade.

O contrato se aperfeiçoa pela coincidência de duas ou mais manifestações unilaterais da vontade. Se estas se externaram livre e conscientemente, se foram obedecidas as prescrições legais, a lei as faz obrigatórias, impondo a reparação das perdas e danos para a hipótese de inadimplemento⁹⁹.

A formação do contrato é composta de declarações convergentes de vontades emitidas pelas partes, que são os sujeitos da relação contratual. Para a perfeição do contrato

⁹⁸DINIZ, Maria Helena. op. cit., v. 3, p. 13.

⁹⁹RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, cit., v. 3, p. 13.

requerem-se a existência de duas declarações consideradas cada uma individualmente válida e eficaz, e a coincidência de fundo (consenso) entre as duas declarações¹⁰⁰.

Um dos traços característicos do contrato é a plurititularidade, isto é, a co-participação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos. Outra característica do contrato é o concurso de atividade, uma vez que o ato praticado por um só sujeito é unilateral, mesmo que exija a ciência, mas não a atividade do outro. Quando é exigido o concurso de atividades das partes, estamos diante de um contrato.

Quanto ao conteúdo do contrato, encontram-se duas concepções: a subjetiva e a objetiva.

Para a concepção subjetiva, o conteúdo do contrato é composto por direitos e obrigações das partes. O contrato é fonte de relações jurídicas, sem ser exclusivamente, no entanto, ato propulsor das relações obrigacionais.

Para os adeptos da concepção objetiva, o conteúdo do contrato é composto de preceitos. As disposições contratuais têm substância normativa, com o intuito de vincular as partes. Constituem verdadeiro regulamento instituído de comum acordo. Portanto, o contrato, nesta concepção, seria fonte de normas jurídicas, tal qual a lei e a sentença¹⁰¹.

Orlando Gomes, enfatizando as lições de Savigny, distingue o contrato da lei por ser, o primeiro, fonte de obrigações e direitos subjetivos, enquanto a lei é fonte de direito objetivo - "*norma agendi*"¹⁰².

Para a corrente tradicional (subjetiva), o contrato não pertence ao mesmo gênero da lei, uma vez que não se admitiria uma lei concreta e individual. O contrato pode criar, apenas, relações jurídicas e direitos subjetivos, e não normas de direito objetivo.

Orlando Gomes¹⁰³, citando Kelsen, ao analisar o contrato pela perspectiva da teoria pura do Direito, observa que a definição tradicional do contrato como um acordo de vontades de dois ou mais sujeitos, tendente a criar ou extinguir uma obrigação e o direito subjetivo correlato, passa por alto uma de suas funções mais importantes, que é a função criadora do direito. As partes, ao celebrarem um contrato, não se limitariam a aplicar o direito abstrato que o rege, mas sim estariam criando normas individuais que geram direitos concretos e obrigações não existentes antes de sua celebração.

¹⁰⁰GOMES, Orlando. op. cit., p. 12.

¹⁰¹Id. Ibid., p. 14.

¹⁰²Id., loc. cit.

¹⁰³Id. Ibid., p. 15.

Essas normas individuais, que fazem parte do conteúdo do contrato e exigem determinada conduta dos contratantes, teriam a mesma substância normativa da regra “*pacta sunt servanda*”, que aplicam ao celebrar o contrato. Desta forma, o produto jurídico do contrato é a norma que cria, individual e concretamente, porque não obriga um número indeterminado de indivíduos nem se aplica a número indeterminado de casos, tal como ocorre com a norma ou a lei¹⁰⁴.

A explicação de Kelsen, retomada por Gomes¹⁰⁵, coincide com as idéias sistematizadas na teoria preceptiva, isto é, a declaração de vontade teria a natureza de preceito, e o conteúdo do contrato seria representado por diversas e sucessivas regras de conduta pertencentes ao mesmo “*genus*”, o qual seria então a “*lex contractus*”.

De acordo com a ideia acima, o contrato seria ato criador de direito objetivo que, para a constituição de relações deveria estabelecer normas, o que levaria a reconhecer que a regra contratual também seria norma jurídica.

Entretanto, a concepção preceptiva sofreu várias críticas. Seus críticos dizem que os preceptivistas atribuem à expressão norma jurídica um significado muito amplo, pois normas não são cláusulas de um contrato, eis que sua aplicação é restrita aos contratantes.

Se as cláusulas de um contrato fossem consideradas normas, estas não seriam autônomas, mas sim subordinadas à lei vigente em qualquer momento de sua existência, sendo interpretadas conforme os critérios aplicáveis à exegese dos comandos legais; ao contrário disso, a revogação de uma lei vigente ao tempo da conclusão de um contrato não acarretaria a revogação das disposições contratuais e, na sua interpretação, aplicam-se regras peculiares¹⁰⁶.

O contrato fundamenta-se na vontade humana, desde que esta vontade atue conforme a ordem jurídica.

No contrato são estabelecidos obrigações e direitos entre os contratantes, mas pode-se também admitir contrato em favor de terceiro, conforme, por exemplo, o disposto no artigo 436 e seguintes do Código Civil, Da estipulação em favor de terceiro.

¹⁰⁴GOMES, Orlando. op. cit., p. 16.

¹⁰⁵Id. Ibid., p. 15.

¹⁰⁶Id. Ibid., p. 17.

O contrato apresenta-se como um conjunto de disposições. O instrumento de qualquer contrato compõe-se de preâmbulo e o contexto.

O preâmbulo traz a qualidade das partes, declara-se o objeto do contrato e, em regra, enunciam-se as razões determinantes de sua realização ou objetivo que os contratantes têm. Essas disposições podem ou não constituir parte integrante do contrato, e quando o são, adquirem valor para a sua interpretação.

O contexto do contrato compõe-se de uma série ordenada de disposições, que são as cláusulas, quando escrito.

As cláusulas previstas em lei presumem-se incorporadas ao contrato, quando as partes não fazem qualquer ressalva.

Inserem-se automaticamente no conteúdo do contrato, substituindo as que lhes forem contrárias, as cláusulas impostas em preceitos imperativos da lei. Integram o conteúdo do contrato os usos contratuais, assim entendidos as práticas e usos comumente observados pelos contratantes, mas se lhes recusa eficácia se não resultarem de acordo para sua aceitação, expresso ou tácito¹⁰⁷.

Integram o conteúdo do contrato, ainda que não estejam compreendidos no instrumento do contrato, os documentos suplementares. Mas, para que estes documentos se tornem parte integrante do contrato, é preciso que a eles se faça menção e que sejam autenticados pelos contratantes.

Para o desenrolar da vida econômica desenvolveu-se na ordem jurídica uma gama imensa de contratos típicos, a saber: compra e venda, mútuo, empreitada dentre outros e, ainda, os atípicos, conforme determina o artigo 425 do Código Civil. Entretanto, admitem-se contratos atípicos, não previstos em lei.

Aplicam-se aos contratos os pressupostos de validade e eficácia dos negócios jurídicos. Todo contrato pressupõe capacidade das partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo, já vistos anteriormente.

Além desses, são requisitos complementares e indispensáveis à validade do contrato o consentimento, a causa, o objeto e a forma.

Consentimento significa, de maneira ampla, a integração das vontades distintas e, de maneira mais restrita, significa a vontade de cada parte. A vontade de cada

¹⁰⁷GOMES, Orlando. op. cit., p. 21.

interessado na realização do contrato há de ser manifestada com o propósito real de realizá-lo, há de ser emitida em correspondência ao conteúdo do contrato que o declarante tem em vista, atendo ao fim de contratar.

A declaração de vontade pode ser direta ou indireta. Entende-se por declaração de vontade direta aquela emitida para determinado fim e indireta aquela que se deduz do comportamento do contratante.

Quando a lei não exigir que seja expressa, a declaração de vontade pode ser dada de forma tácita. A declaração de vontade expressa não se confunde com a direta, ela há de ser feita por palavras, gestos ou sinais. A declaração tácita quase sempre corresponde a manifestações indiretas de vontade¹⁰⁸.

Requisito essencial à validade dos negócios jurídicos, em geral, é a forma pela qual devem ser realizados; para os contratos vigora o princípio da forma livre. Os contratos formais ou solenes devem ser realizados pela forma prescrita em lei, e se sua forma for da substância do contrato e não for respeitada, este poderá ser decretado inválido.

O objeto do contrato, tal como de todo negócio jurídico, deve ser possível, lícito e determinável, conforme visto anteriormente.

Aos contratos são aplicados os princípios da autonomia da vontade, da boa fé, do consensualismo e da força obrigatória.

Diante da importância do princípio da autonomia da vontade, esse será tratado em capítulo próprio.

Conforme dito anteriormente, no Direito Romano os contratos obedeciam a determinado ritual; entretanto, hoje se pode dizer que para formar um contrato basta o consentimento.

Alguns contratos têm sua validade condicionada à prática de atos solenes determinados em lei. Mas, a imposição da prática de atos solenes não é suficiente para desdizer a regra segunda a qual a simples operação intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato.

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, regra esta que traz segurança jurídica aos contratos, porém, não se trata de uma força obrigatória absoluta. Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a

¹⁰⁸GOMES, Orlando. op. cit., p. 63.

possibilidade de intervenção judicial no conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade¹⁰⁹.

Quanto à liberdade contratual, podemos verificar que esta é reconhecida, sendo a autonomia da vontade aplicada; entretanto, agora com limitações, sendo seu exercício condicionado à função social do contrato e implicando valores de boa-fé e probidade, limitações que veremos mais adiante.

A Constituição Federal de 1988 instalou um novo patamar nas relações sociais, inclusive as jurídicas, propondo o solidarismo, isto é, a busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária que promova o bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

Além disso, cumpre-nos apontar que o princípio da dignidade¹¹⁰ da pessoa humana, previsto na Constituição Federal em seu artigo 1º, III, despatrimonializou as relações privadas. Ao colocar a tutela da pessoa humana no ápice do ordenamento jurídico, acabou por funcionalizar (noção de função implica o reconhecimento de necessidades sociais) todos os institutos de direito civil.

O Código Civil, em seu artigo 422, faz referência expressa à ideia de probidade e de boa-fé, quer na conclusão, quer na execução do contrato, que conduz àquela ideia de que o legislador de 2002 quis valer-se da apontada tendência ao equilíbrio das prestações, já revelada no Código de Defesa do Consumidor – art. 4º, inciso III.

A boa-fé é um conceito ético¹¹¹, moldado nas ideias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no

¹⁰⁹GOMES, Orlando. op. cit., p. 39.

¹¹⁰“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto serem humanos” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21).

¹¹¹A origem da Ética remonta à Grécia Antiga, como uma das reflexões dos filósofos gregos, principalmente Sócrates (479aC-399aC), Platão (428/427aC-348/347aC) e Aristóteles (384aC-322aC). Denominada também Filosofia Moral, tratava dos costumes, das virtudes, do Bem e do Mal. A obra mais importante e que se destaca até hoje é *Ética a Nicômaco* de Aristóteles. Pode-se definir Ética como o estudo das noções de Bem e Mal, aplicadas à ação do ser humano, de modo a entender as várias delimitações destes conceitos, e também a forma como o homem constrói seus valores para sua conduta moral. É a reflexão que interpreta, discute e problematiza os valores, princípios e regras morais à procura do bem para a vida. Os questionamentos éticos e as discussões éticas, desse modo, giram em torno de limites da ação humana, gerando concepções de CERTO, ERRADO, CORRETO, INCORRETO, e isto se constitui no que se chama de MORALIDADE.

Assim sendo, a Ética torna-se um dos instrumentos que garante a convivência social, e, embora os valores sejam diversos entre grupos, comunidades e sociedades, as ‘várias éticas’ coexistem garantindo um

propósito de a ninguém prejudicar. Numa acepção genérica, derivada de sua própria etimologia, *bona fides*, a *fides* seria a honestidade, a confiança, a lealdade, a sinceridade que deve ser usada pelos homens em suas relações internegociais.

A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte de direito, regra jurídica criadora de direitos e de obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

Diz-se que a boa-fé objetiva é positiva e liberatória, uma vez que a boa-fé atua tanto no aspecto compromissório contratual, reclamando-se do contratante o cumprimento do contrato, tanto em seu aspecto eximente, quanto no absolutório¹¹².

A liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está claramente limitada pela supremacia da ordem pública, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo.

Quanto à “função social do contrato”, a lei não a define; entretanto, esta poderá ser interpretada de formas diversas, conduzindo à declaração de nulidade de uma cláusula específica, ou até mesmo a nulidade de todo o contrato.

Revela-se, portanto, que o contrato deverá ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade. Nenhuma convenção prevalecerá se ofender preceitos de ordem pública.

Por isso, é imperioso que o intérprete dos negócios jurídicos bilaterais tenha sempre em mente que o contrato nada mais é que a expressão de liberdade operosa e de realização efetiva dessa liberdade, para o bem particular e em respeito ao interesse público, a que essa vontade livre deve obrigatoriamente se subordinar.

pluralismo vigente na atualidade. Aliás, não só na atualidade, pois como diz Arendt “quem habita este planeta não é o Homem, mas os homens. A pluralidade é a lei da Terra”. A respeito desta questão, remetemos a: 1) ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Vallandro L. Bornheim G. São Paulo: Abril, 1979. (Os Pensadores – Aristóteles II). 2) ARENDT, H. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 3. ed. Trad. de Abranches A, Almeida Car, Martins H. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

¹¹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 506.

No entanto, esta expressão de liberdade operosa não se vislumbra nas hipóteses de muitos contratos celebrados em massa, em que é a necessidade urgente que coordena a contratação. A compreensão da liberdade de contratar apenas sob a visão estreita do pacto firmado não traduz o sentido próprio da expressão liberdade de contratar, que se deve exercer em consonância com as regras de interesse público¹¹³.

A função social do contrato não tem o condão de eliminar a autonomia contratual, mas sim de atenuar ou reduzir seu alcance quando estiverem presentes interesses individuais coletivos.

Uma das inovações do Código Civil de 2002 foi estabelecer em seu corpo a limitação ao direito de propriedade¹¹⁴, bem como de contratar (artigo 421 e 1228, parágrafo 1º), com o intuito de assegurar que a função social de ambos fosse exercida.

Além de útil, o contrato tem de ser também justo. Isto é, o contrato tem que ser justo formalmente, o que se verifica pela manifestação livre das partes, e ainda tem que haver justiça substancial, na qual as partes analisaram e balancearam as prestações e contraprestações¹¹⁵.

A preocupação ética e social se faz sentir em todas as esferas sociais, e tanto mais nos contratos. O Direito Brasileiro considera que a boa-fé é um elemento chave do Código Civil, para o qual o contrato deve assumir, especialmente, uma função social e econômica. Com base nisso, é necessário reconhecer a importância da confiança, que as partes devem depositar umas nas outras, e que não deve ser frustrada pela conduta de uma delas. O Direito Brasileiro não admite a alteração injustificada de conduta, isto é, condutas contraditórias, proibindo o *venire contra factum proprium*¹¹⁶.

Sendo o contrato celebrado entre partes capazes e que agiram com retidão no exercício da autonomia da vontade, se o objeto do contrato entabulado for lícito, possível e determinável, e se não ofender a ordem pública, este contrato vinculará as partes tornando-se obrigatório e suas cláusulas deverão ser cumpridas.

¹¹³NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 500.

¹¹⁴A função social da propriedade já estava prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 182, parágrafo 2º: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

¹¹⁵GODOY, Claudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 37.

¹¹⁶WALD, Arnoldo. Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 42.

5. AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

“Autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si - e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no “consenso” contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio”¹¹⁷.

A demonstração do princípio da autonomia da vontade no direito contratual ocorre na liberdade de contratar, a qual significa o poder dos indivíduos de buscar, por meio de uma declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica¹¹⁸.

Para a realização de um negócio jurídico contratual, duas ou mais pessoas capazes, em pleno gozo de suas faculdades, detentoras de informações suficientes, sem qualquer coação ou engano e agindo de forma independente, declararão suas vontades negociais, ou terão comportamento concludente (ou típico), com o objetivo de cunho patrimonial, o que levará a alteração de suas esferas jurídicas (objeto imediato do negócio almejado). Essas partes, quando bem sucedidas em suas tratativas, terão o encontro de suas manifestações de vontade – proposta e aceitação – fundindo-se as declarações negociais ou comportamentos concludentes em um contrato existente, válido e eficaz¹¹⁹.

O princípio da autonomia da vontade foi o mais importante do século XIX (época em que a vontade era a principal fonte da obrigação), e o conceito do “*pacta sunt servanda*” (força obrigatória do contrato) era o seu corolário¹²⁰.

O princípio da força obrigatória dos contratos e, por conseguinte, da autonomia das partes, cede espaço para a verificação de hipóteses nas quais a simples aplicação dessa intangibilidade levaria a situações nas quais ocorresse a desigualdade real.

Quanto à arbitragem, as partes poderão eleger a arbitragem ao celebrar os contratos que tratem de direitos patrimoniais disponíveis, conforme disposto no artigo 1º

¹¹⁷BETTI, Emilio. op. cit., p. 128.

¹¹⁸GOMES, Orlando. op. cit., p. 25.

¹¹⁹ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 12.

¹²⁰ROCHA, Sílvio L. F. da. op. cit., p. 514.

da lei 9.307/1996. Todavia, para que isto ocorra é condição que advenha da vontade das partes¹²¹.

5.1. Identificação dos institutos

Pode-se diferenciar a autonomia da vontade e a autonomia privada.

O princípio da autonomia da vontade no qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, consiste no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica¹²².

Por outro lado, a autonomia privada é um conceito que envolve um dado filosófico concernente ao valor da pessoa humana, da afirmação de sua dignidade e do desenvolvimento de sua personalidade, quando em comunicação com outras pessoas, deliberando sobre seus interesses. A noção de autonomia privada contém, ainda, uma faceta econômica relativa ao sistema capitalista fundado na livre iniciativa. Além disso, o conceito de autonomia privada envolve aspectos jurídicos, pois diz respeito à liberdade das pessoas como direito constitucional¹²³.

Por outro lado, para Nelson Nery Junior, a autonomia da privada, também princípio de direito privado, corresponde ao poder do sujeito de criar e submeter-se a regras particulares¹²⁴.

São elementos do princípio da autonomia vontade: a) a liberdade de contratar ou deixar de contratar; b) a liberdade de negociar e determinar o conteúdo do contrato; c) a liberdade de celebrar contratos atípicos; d) a liberdade de escolher o outro contratante; e) a liberdade de modificar o esquema legal do contrato; f) a liberdade de agir por meio de substitutos; g) a liberdade de forma.

Porém o princípio da autonomia da vontade acabou por sofrer grandes alterações e deu lugar ao novo princípio do direito contratual, qual seja, a autonomia privada.

¹²¹GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. op. cit., p. 59.

¹²²DINIZ, Maria Helena. op. cit., v. 3, p. 23.

¹²³GODOY, Claudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 25.

¹²⁴NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 500.

Sempre se definiu a autonomia da vontade conceituada como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei. Sendo liberdade de contratar, nada mais é do que o poder dos indivíduos de suscitar, que por meio de sua declaração de vontade, os efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

A liberdade de contratar, que dá sustentação à autonomia da vontade classicamente concebida, cedeu a valores dispostos no ordenamento e até mesmo diante de novas formas de contratar, dentre elas, os contratos de massa.

A autonomia privada confere poder às pessoas que, dentro dos limites estabelecidos pela lei, podem criar normas jurídicas, sendo assim, colocada no campo das fontes do direito¹²⁵.

Hoje se reconhece que, de fato, o contrato não tem sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão da vontade dos sujeitos, assim como não é a ela que se atribui a justificativa dos efeitos obrigacionais do negócio, dado que a justificativa de sua tutela seria garantida pelo ordenamento. Não se pode perder de vista os valores constitucionais fundamentais, bem como as normas de disposições infraconstitucionais de dirigismo contratual, que também dão efetividade àqueles valores e ampliam o conceito das fontes dos contratos.

A autonomia privada pode ser vista como fonte normativa, na medida em que está ligada à ideia de poder das partes na realização de negócios jurídicos e é princípio próprio do direito privado¹²⁶.

Na autonomia privada, a vontade não perdeu seu significado completamente, nem sua sujeição ao movimento das exigências promocionais do ordenamento leva simplesmente a esvaziar o conteúdo diferencial entre o que é público e o que é privado.

Como bem observado por Claudio Luiz Bueno de Godoy¹²⁷,

[...] trata-se de recompreender o direito privado, à luz de um novo modelo jurídico, em que, a um só tempo, não só se garanta liberdade de atuação, que é, em última análise, uma forma de expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, aspecto positivo da dignidade, no Brasil elevada a fundamento da República, mas também se

¹²⁵SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *O pacto antenupcial e a autonomia privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 203.

¹²⁶NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 500.

¹²⁷GODOY, Claudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 19.

entenda o papel de um Estado do qual se reclama o efetivo cumprimento de uma tarefa distributiva, assecuratória do bem-estar social.

O direito público não irá subjugar nem absorver o direito privado, mas o que se revela é que as regras públicas de intervenção virão para assegurar ainda mais o campo de atuação privada entre as partes, garantindo-lhes uma liberdade real de ação.

A autonomia privada não se restringe ao contrato, apesar de ser mais facilmente identificável nesta situação; também fora dos contratos se reconhece ao indivíduo o poder de determinar a modificação de situações jurídicas e determinar, ele próprio, as relações decorrentes destas situações.

Por fim, verifica-se que a autonomia privada não se confunde com a autodeterminação, uma vez que a primeira vem de qualquer negócio jurídico, ainda que revele uma parte da autodeterminação, da liberdade individual juridicamente tutelada; a autodeterminação, por sua vez, é mais ampla e confere ao indivíduo a liberdade de agir ou não agir.

Desta forma, verifica-se que a autonomia privada é delimitada pela supremacia da ordem pública, e esta premissa é aplicável a todos os negócios jurídicos, visto que, para os negócios jurídicos deve haver declaração de vontade. Por isso, para que o contrato exista; deverá haver uma declaração de vontade comum, lícita e de fácil identificação; uma manifestação negocial, isenta de ofensa a leis inderrogáveis e que não esteja maculada por nenhum vício. Somente desta forma está-se diante de um contrato válido; e por fim a declaração da vontade deve ser apta a produzir seus efeitos, para que o contrato seja eficaz.

As situações acima demonstradas, que nada mais são do que acontecimentos comuns no cotidiano, serão ainda disciplinadas pela boa-fé objetiva, pela função social do contrato e pela justiça contratual¹²⁸.

5.2. Restrição à autonomia privada

A autonomia privada sofre restrições, estando limitada à ordem pública, aos bons costumes, à função social tanto da propriedade como dos contratos, e pela boa-fé.

¹²⁸ALMEIDA, Ricardo Ramalho. op. cit., p. 18.

Verifica-se, portanto, que há sim o poder de contratar com liberdade, isto é, de exercer a autonomia privada, porém este exercício encontra limites estabelecidos pela ordem pública ou pela função social do contrato, ou pela boa-fé.

O princípio da autonomia da vontade, conforme previsto pelo liberalismo econômico e jurídico, atuava de maneira uniforme no desenvolvimento da teoria geral dos contratos, e o exercício da autonomia estava configurado na tríplice manifestação da liberdade de contratar, de escolher o contratante e de fixar conteúdo do contrato.

Tudo se resumia, em síntese, no supremo respeito ao princípio da autonomia privada e os demais princípios não passavam de conclusões lógicas obtidas da premissa do absoluto respeito ao que fora contratado (*pacta sunt servanda*).

Enquanto princípios informativos da teoria geral dos contratos, autonomia privada, relatividade das convenções, força vinculante do contrato¹²⁹, proibidade, todos se encontram no mesmo nível de importância, de modo que não podemos falar em primazia ou supremacia de um sobre o outro.

Tais princípios, no entanto, podem não ser harmônicos, ocorrendo, em alguns casos, situações em que entram em conflito. A situação de conflito nos leva à conclusão de que a solução será dada no caso concreto a partir da ponderação dos princípios naquele caso.

Para o legislador do Código Civil de 1916, a liberdade de contratar se apresentava como praticamente ilimitada, pois dizer contratual significava dizer justo, uma vez que o contrato derivava da vontade livre e consciente de pessoa capaz; não podia esbarrar, assim, em outras limitações senão o preceito de ordem pública.

O Código de 1916 não continha preceito semelhante ao da boa-fé objetiva, mas apresentava alguns casos em que vigorava a boa-fé subjetiva, como por exemplo, os artigos: 112 (presunção de boa-fé nos negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor), 221 (casamento anulável ou nulo contraído de boa-fé), 255, parágrafo único (cônjuge responsável pelo ato anulado que causar danos ao terceiro de boa-fé). A crença e o convencimento da excelência do direito interferiam na situação jurídica, alterando soluções que seriam diversas sem esta posição que reconhecia valor apenas à boa-fé subjetiva, ressalvado o disposto para os contratos de seguro em que já se previa a boa-fé objetiva.

¹²⁹RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, cit., v. 3, p. 15.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor de 1990, a atenção e a preocupação com a boa-fé ganharam corpo. Após, com o Código Civil de 2002, a boa-fé deixou de ser um modelo hermenêutico para tornar-se princípio revelador de um “*standard de conduta*”, um padrão de comportamento leal, de colaboração¹³⁰.

Desta forma, verifica-se que a liberdade contratual é reconhecida sim, a autonomia da vontade ainda é aplicada, mas agora com limitações, o seu exercício está condicionado à função social do contrato e implica valores de boa-fé e probidade.

Não há que se falar mais de uma questão de liberdade do indivíduo e de igualdade entre eles, em cujas relações sociais a vontade preponderava, sendo paralela à lei, mas sim de um poder jurídico dotado, concedido pelo poder estatal aos particulares, para regular suas relações, estipulando o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.

Levando o exercício da autonomia privada para a arbitragem, verifica-se que a Lei de Introdução do Código Civil - Decreto-lei 4657/42 (LICC) determina, em seu artigo 9º, que a lei do lugar da constituição das obrigações deverá regê-las. A aplicação de referida norma geral acaba de certa forma afrontada pela autonomia concedida pelo artigo 2º da Lei de Arbitragem¹³¹, uma vez que a partes podem ignorar a determinação da lei de conflitos brasileira para determinar que o árbitro decida com base em outra lei material e não aquela indicada no artigo 9º da LICC¹³².

A Lei de Arbitragem supera a rigidez da LICC, pois enquanto o Juiz estatal está submetido às regras disciplinadas pela LICC, o árbitro poderá ter outros parâmetros para julgar.

O artigo 2º, parágrafo 1º da lei de Arbitragem determina expressamente que as partes poderão escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Ainda que se fale da ampla autonomia privada contemplada na Lei de Arbitragem, não se pode falar que tal autonomia é absolutamente ilimitada, tal como ocorre na interpretação atual dada para a autonomia privada ora estudada. Na verdade,

¹³⁰GODOY, Claudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 72.

¹³¹Determina o artigo 2º, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Parágrafo 1º: Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

¹³²CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 78.

trata-se de uma autonomia limitada pelos princípios da ordem pública e dos bons costumes, para se evitar que a escolha da lei dê ensejo a fraudes ou lesões a uma das partes.

Desta forma, pode-se afirmar, assim como para o juiz, também para o árbitro, que ambos não podem aplicar lei estrangeira, ainda que expressamente escolhida pelas partes, quando essa norma incidente sobre o caso ferir a ordem pública brasileira. Nem a lei estrangeira, nem a vontade das partes podem prevalecer sobre a ordem pública¹³³.

5.2.1. Cláusulas Abusivas e o Código de Defesa do Consumidor

Cláusulas abusivas são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo. Sua existência não torna nulo todo o contrato e pode estar presente tanto nos contratos de adesão como em qualquer outro contrato de consumo, seja ele verbal ou escrito.

O consumidor é considerado especialmente vulnerável e hipossuficiente, quer seja no sentido econômico, quer seja no sentido técnico, frente às contratações massificadas das empresas nos mercados atuais¹³⁴.

Esta constatação de que o consumidor é hipossuficiente e vulnerável frente às contratações de massa, de que é sujeito de direito exposto ao comportamento, às vezes até nocivo, de grandes conglomerados econômicos não lhe retira por completo a autonomia privada, mas o protege de modo especial, atribuindo-lhe um estatuto jurídico protetivo (CDC).

Mesmo que o consumidor seja considerado vulnerável, ele preserva seus interesses econômicos que pautam a sua atuação, bem como continua podendo exercer sua autonomia privada, porém, com maior proteção do Estado, por meio de leis. Neste caso, estamos diante de uma norma de ordem pública que visa proteger o consumidor.

¹³³CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 81.

¹³⁴NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 500.

5.3. Ordem Pública

Conforme explicado por Ricardo Ramalho Almeida a dogmática civilista da ordem pública insere-se no mesmo paradigma contratual que consagrou a autonomia da vontade, nascido das grandes codificações, notadamente a francesa de 1804, sendo anterior à mudança paradigmática suscitada pela chamada “crise do contrato”, que se pretende contemporaneamente solucionada pela emergência dos “novos” princípios do direito contratual: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio (justiça) contratual”¹³⁵.

Como visto no capítulo 5, a autonomia privada foi sendo restringida ao longo do tempo. Para limitar a liberdade contratual e responder ao exagerado individualismo do contrato, desenvolveu-se e foi sendo gradualmente ampliada a doutrina da ordem pública¹³⁶.

A liberdade de contratar não é ilimitada, mas isso não se conclui com o somente com o advento do Código Civil de 2002. A ordem pública e os bons costumes sempre foram limitadores desta liberdade. Entende-se que as pessoas podem auto-regular seus interesses, desde que não transponham esse limites.

Nelson Nery¹³⁷ esclarece que

O conceito de ordem pública exprime a idéia de um monopólio que o legislador entende se reservar, é assim formado pelas matérias que escapam à vontade dos indivíduos, porque só o legislador as pode regulamentar.

A ordem pública, como afirmado anteriormente, é também um freio à autonomia da privada.

As normas de ordem pública são aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

As normas previstas no Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, de forma que o juiz deve verificar de ofício qualquer questão relativa às relações

¹³⁵ALMEIDA, Ricardo Ramalho. op. cit., p. 17.

¹³⁶Id. Ibid., p. 16.

¹³⁷NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 156.

de consumo e sobre elas não opera a preclusão, podendo ser discutidas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Pode-se afirmar que o conceito de ordem pública trata-se de um conceito temporal, explicamos, refere-se a determinado País e a uma determinada época. As normas de ordem pública são as que estabelecem os princípios cuja manutenção é considerada indispensável à organização de determinada sociedade.

A norma de ordem pública deve ser aplicada de ofício pelo juiz, isto é, sua aplicação não exige iniciativa da parte, a qualquer tempo e grau de jurisdição, uma vez que não está sujeita à preclusão.¹³⁸ Assim, a autonomia da vontade das partes encontra, sempre, limite na ordem pública.

Luiz Antonio Scavone Junior define as normas de ordem pública, como sendo “aquelas que não podem ser derogada pelas partes, vez que sua aplicação interessa a toda sociedade”¹³⁹.

Carlos Alberto Carmona¹⁴⁰ aponta distinções entre o conceito de ordem pública interna e o de ordem pública internacional. A ordem pública interna diz respeito às normas e princípios que não podem ser afastados por vontade das partes, sendo, portanto limitadores da atividade de contratar. A ordem pública internacional vincula-se aos atos praticados no exterior e que tenham repercussão nacional.

Para José Cretella Neto¹⁴¹, por um lado, a ordem pública interna consiste em normas e princípios que não podem ser derogados pela mera vontade das partes; por outro lado, a ordem pública internacional diversa, em lugar de consistir em limite à validade da convenção de arbitragem, serve para reconhecer sua eficácia. No plano internacional a ordem pública resulta da globalização das relações humanas e comerciais.

Diante da distinção entre ordem pública interna e internacional, poder-se-ia representá-la, nas palavras de Ricardo Ramalho Almeida, por dois círculos concêntricos, “o círculo maior, externo, seria o da ordem pública interna, ao passo que o círculo menor, contido no maior, seria o da ordem pública internacional”¹⁴².

¹³⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 500.

¹³⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 66.

¹⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 80.

¹⁴¹ CRETELLA NETO, José. op. cit., p. 45.

¹⁴² ALMEIDA, Ricardo Ramalho. op. cit., p. 25.

Para o juízo estatal tanto a manifestação de ordem pública interna quanto a internacional são elementos do direito nacional, entretanto para o árbitro internacional, considerando que não tem “foro”, não há que se falar em ordem pública nacional, e seu exame se dá diante das concepções nacionais interessadas no conflito ou mesmo por referência a noções da ordem pública “verdadeiramente” internacional.

Para Ricardo Ramalho Almeida a noção de ordem pública transnacional ou “verdadeiramente” internacional é verificada

Reunindo aqueles princípios mais fundamentais, geralmente reconhecidos na comunidade internacional, de forma consensual, como inafastáveis pelo julgador e irrenunciáveis pelas partes, pretende-se que a ordem pública transnacional, ou ordem pública “verdadeiramente” internacional, seja a síntese das diversas noções nacionais de ordem pública, tendo um autêntico caráter de internacionalidade, não só quanto a seus efeitos, ma também quanto à sua origem. A arbitragem comercial internacional, por sua autonomia em relação a quaisquer ordenamentos jurídicos determinados, é um fórum privilegiado para a recepção e aplicação prática desses princípios que transcendem nacionalidades e idiosincrasias legislativas¹⁴³.

Ricardo Ramalho Almeida ainda esclarece

[...] a ordem pública é una, homogênea, incindível e internamente coerente; o conjunto dos temas afetos à ordem pública dita internacional é subconjunto dos temas afetos à ordem pública dita interna, não havendo diferenciação substancial entre o conteúdo do subconjunto e o conteúdo que lhe corresponde no conjunto maior¹⁴⁴.

Em contraposição ao entendimento acima demonstrado, Ricardo Ramalho Almeida cita o entendimento de Manuel J. Pereira dos Santos, para o qual a ordem pública internacional somente seria avaliada pelo árbitro internacional, e para o juízo de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira incumbiria cuidar da ordem pública interna¹⁴⁵.

Havendo infração à ordem pública em decorrência da escolha feita pelas partes, tanto o árbitro quanto o juiz podem e, até mesmo, devem questionar se a escolha das regras de direito que seriam aplicadas à arbitragem violariam ou não a ordem pública.

¹⁴³ALMEIDA, Ricardo Ramalho. op. cit., p. 206.

¹⁴⁴Id. Ibid., p. 28.

¹⁴⁵Id., loc. cit.

Sendo impossível acatar a escolha feita pelas partes, quanto às regras de direito aplicáveis pelo árbitro, exatamente por violar a ordem pública, esta escolha será considerada ineficaz. Neste caso, o julgamento tem continuidade com a aplicação de normas que o árbitro entender aplicáveis. Importante ressaltar que, neste caso, a ineficácia quanto à escolha das regras aplicáveis, por si só, não macula a convenção arbitral¹⁴⁶.

Se, por outro lado, a sentença arbitral for proferida violando a ordem pública, será o caso de anulá-la nos termos da Lei de Arbitragem.

As normas de ordem pública são aquelas a que o Estado dá maior relevância, em decorrência de sua natureza especial de tutela jurídica e finalidade social. As normas de ordem pública são princípios de Direito Privado que atuam na tutela de interesse coletivo.

É exemplo de norma de ordem pública o artigo 5º da Constituição Federal, que determina a igualdade entre as pessoas.

Desta forma, uma norma escolhida para a solução arbitral não pode afrontar a necessária igualdade, por se tratar de norma de ordem pública.

Importante destacar que o Código Civil exige como um dos requisitos de validade do negócio jurídico que o objeto seja lícito, entretanto, isso não quer dizer que o conceito de ordem pública afeito à matéria.

Conforme observa Ricardo Ramalho Almeida, o Código Civil acabou por fundir ordem pública (princípio geral, exógeno ao ordenamento jurídico) e leis imperativas (entendida como sendo o conjunto de normas jurídicas positivas), e trouxe o termo híbrido “leis de ordem pública”. Essa fusão é encontrada em alguns artigos do referido diploma: artigo 606, parágrafo único fala em “lei de ordem pública”; artigo 1125, traz a expressão “disposição de ordem pública” e, por fim, o artigo 2035 que dispõe que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar “preceitos de ordem pública”¹⁴⁷.

No artigo 122 do Código Civil que prevê expressamente o respeito à ordem pública e aos bons costumes, verifica-se que nesse artigo “ordem pública” é aplicada em sua forma pura, isto é, como princípio e não como qualificativo de norma jurídica.

Ao falar em ordem pública, não se pode deixar de lado as normas cogentes que são as que se impõem por si mesmas, ficando excluído qualquer arbítrio individual. As normas cogentes são aplicadas ainda que as pessoas eventualmente beneficiadas não

¹⁴⁶CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 81.

¹⁴⁷ALMEIDA, Ricardo Ramalho. op. cit., p. 32.

desejem se valer delas.¹⁴⁸ Os efeitos e a conceituação das normas de ordem pública se aproximam das normas cogentes, não havendo razão para a não aproximação destes dois institutos.

Desta forma, quando o legislador valora determinada conduta, de modo a entender que o particular não pode dela se afastar, passa a tutelar interesses fundamentais, diretamente ligados ao bem comum¹⁴⁹.

Renan Lotufo, citando Giovanni B. Ferri, conceitua a ordem pública indicando que

a ordem pública não é, pois um limite aos direitos fundamentais do indivíduo em função dos superiores interesses da comunidade estatal, mas põe limites à autonomia privada, em função do respeito aos valores fundamentais sobre os quais se funda e que caracterizam o ordenamento jurídico[...]¹⁵⁰

Em interessante Acórdão o Superior Tribunal de Justiça trata da cláusula compromissória em contrato de compra e venda, no qual afasta a alegação de violação à ordem pública, mantendo a sentença arbitral estrangeira, conforme ementa abaixo.

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. REQUISITOS. LEI 9.307/96 E RESOLUÇÃO 9/2005 DO STJ. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ANÁLISE DE CONTROVÉRSIA DECORRENTE DO CONTRATO. JUÍZO ARBITRAL. POSSIBILIDADE. MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL. ANÁLISE NO STJ. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO STF E STJ. (SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 1.210 - GB (2006/0185918-6))

1. As regras para a homologação da sentença arbitral estrangeira encontram-se elencadas na Lei nº 9.307/96, mais especificamente no seu capítulo VI e na Resolução nº 9/2005 do STJ.
2. As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado.
3. 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

¹⁴⁸VENOSA, Silvio de Salvo *Direito civil* parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 41.

¹⁴⁹Id. *Ibid.*, p. 43.

¹⁵⁰LOTUFO, Renan. *op. cit.*, v. 1, p. 347.

indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato.

4. Devidamente observado o procedimento previsto nas regras do Tribunal Arbitral eleito pelos contratantes, não há falar em qualquer vício que macule o provimento arbitral.

5. O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes do STF e do STJ.

6. Pedido de homologação deferido.

Em outro Acórdão o Superior Tribunal de Justiça trata da cláusula compromissória, no qual acolhe a alegação de violação à ordem pública por falta de aceitação expressa das partes para submeterem a solução do conflito à arbitragem. Em voto, o Exmo. Ministro Relator aponta que, de acordo com a legislação vigente, para a adoção do sistema arbitral (neste caso por meio de cláusula compromissória) é exigida como condição de eficácia a expressa manifestação por escrito das partes.

Faltando a manifesta declaração autônoma de vontade da parte em renunciar à jurisdição estatal em favor da arbitral, importa em violação do artigo 4º, parágrafo 2º da lei 9.307/1996, do princípio da autonomia da vontade e em ofensa à ordem pública brasileira, restando assim, inviabilizada a homologação, conforme ementa abaixo.

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. OFENSA À ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. "A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem." (SEC nº 967/GB, Relator Ministro José Delgado, in DJ 20/3/2006).

2. A falta de assinatura na cláusula de eleição do juízo arbitral contida no contrato de compra e venda, no seu termo aditivo e na indicação de árbitro em nome da requerida exclui a pretensão homologatória, enquanto ofende o artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.307/96, o princípio da autonomia da vontade e a ordem pública brasileira.

3. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira indeferido.

A propósito, é bom lembrar, com Renan Lotufo, que ordem pública e bons costumes constituem conceitos controvertidos: “a referência à ordem pública e aos bons

costumes é uma constante na legislação e um tormento para a doutrina, que não consegue chegar à univocidade conceitual sobre tais termos...”¹⁵¹.

Não há regras precisas, sejam doutrinárias ou legais, para esclarecer quais seriam as normas de ordem pública no sistema e quais seriam as normas dispositivas. Em regra a definição de norma de ordem pública se dá pela atividade dos tribunais, ou seja, pela jurisprudência, o que em tempo algum afasta sua aplicação¹⁵².

Desta forma, independente de como se manifesta a ordem pública, seja por meio de previsão legal cogente, ou seja por meio de vigilância do árbitro julgador, o princípio da supremacia do interesse público interfere nas relações privadas e na vida civil, restringindo-as (ordem pública de coordenação); dirigindo-as por meio do dirigismo contratual (ordem pública de direção) ou ainda para proteger aquele que é considerado hipossuficiente (ordem pública de proteção) e sempre buscando adaptar as manifestações da autonomia privada e da liberdade contratual às exigências impostas pelo ordenamento jurídico que sejam consideradas inderrogáveis¹⁵³.

¹⁵¹LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 347.

¹⁵²SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 67.

¹⁵³ALMEIDA, Ricardo Ramalho. op. cit., p. 38.

6. ARBITRAGEM – CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Supremo Tribunal Federal acabou por considerar constitucional da Lei 9.307/1996 que institui a Arbitragem e entendeu que a referida lei não excluiria o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Em resumo, entendeu-se que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, e por ser admitida como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar contrária à Constituição lei que possibilita às partes abdicar do direito instrumental de ação por meio de cláusula compromissória.

Além disso, consideraram que em se tratando de direitos disponíveis, não seria apenas lícito e constitucional, mas, para além disso, seria recomendável aos interessados, em especial diante do acúmulo de processos e formalismo excessivo, que as partes abrissem mão do direito de ação e buscassem a solução do conflito por meio de laudo arbitral¹⁵⁴.

Entende-se que a jurisdição é monopólio e função do Estado que, assim, substitui as partes para promover a pacificação do conflito que os envolve, mediante aplicação do direito justo por meio do processo¹⁵⁵. Porém, deve ser esclarecido que a lei 9.307/1996 não afasta a apreciação do Poder Judiciário uma vez que não impõe a ninguém a utilização compulsória da arbitragem. Cabe às partes escolherem se querem ter um litígio que envolva direito disponível resolvido pelo juiz ou árbitro.

No Brasil, a arbitragem decorre, necessariamente, da vontade expressa das partes.

Por se tratar a arbitragem de uma técnica de solução de conflitos por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que são os árbitros, que recebem os poderes para solucionar conflitos de uma convenção privada, estes árbitros decidirão com base nesta convenção, sem a interferência do Estado.

¹⁵⁴SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 70.

¹⁵⁵CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 139.

Rodrigo Almeida Magalhães, apoiando-se no conceito de arbitragem dado por Álvaro Villaça Azevedo, informa que “a arbitragem é um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter a decisão judicial, com o objetivo de dirimir seus conflitos de interesses presentes e futuros, por meio de árbitro ou árbitros”¹⁵⁶.

De acordo com a Lei de Arbitragem, as partes têm liberdade de escolher o direito material e processual aplicável ao conflito. Desta forma, verificamos que a Lei de Arbitragem contemplou de modo expresso o princípio da autonomia da vontade.

Baseando no conceito de arbitragem dado acima, para Rodrigo Almeida Magalhães¹⁵⁷ podemos ainda indicar alguns elementos essenciais da arbitragem; são eles:

- a) a existência de lide entre as partes, e que o objeto dessa lide verse sobre direitos disponíveis;
- b) a existência de uma convenção arbitral estabelecendo que a disputa será resolvida por arbitragem, já que, no Brasil, não existe arbitragem obrigatória;
- c) a indicação, pelos litigantes ou consentidos por eles, de terceiros, ou pelo juiz, da pessoa (ou das pessoas), imparcial e desinteressada, que irá resolver a questão;
- d) o caráter vinculante da sentença arbitral, para as partes, tendo inclusive executoriedade nos tribunais estatais.

Tal como apontado para o negócio jurídico, por elementos essenciais da arbitragem, entende-se aquilo que, necessariamente, constitua a arbitragem, ou então, que entre na composição do instituto.

Independente da natureza jurídica da arbitragem, seja com a adoção da teoria publicista, da teoria contratualista, da teoria Híbrida ou da parajurisdicional as partes estão obrigadas a obedecer aos princípios de probidade, de boa-fé e de lealdade, desde a celebração da convenção, tal como ocorre na celebração do contrato de maneira geral, até o

¹⁵⁶MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e convenção arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 54.

¹⁵⁷Id. *Ibid.*, p. 56.

final da arbitragem efetivamente realizada, sendo que o seu descumprimento levará à aplicação das penalidades cabíveis¹⁵⁸.

6.1. Natureza jurídica

A doutrina desenvolveu algumas teorias possíveis para a natureza jurídica da arbitragem. São elas: a Teoria Publicista ou Jurisdicional, a Teoria Privatista ou Contratualista, a Teoria Híbrida e Parajurisdicional.

A teoria contratualista ou privatista sustenta ser a natureza jurídica da arbitragem meramente contratual, não exercendo o juízo arbitral qualquer tipo de poder jurisdicional¹⁵⁹.

Para esta teoria, a arbitragem possui caráter privatista tanto no que se refere à sua origem, quanto a respeito da qualidade dos árbitros. Referida teoria aponta que os árbitros não são juízes, não assumem a qualidade de funcionário público e nem administram a justiça em nome do Estado. A função jurisdicional é uma das formas em que se exterioriza a soberania do Estado, sendo este poder indelegável.

A arbitragem será instituída com a declaração de vontade das partes e somente por ela. Para esta teoria, o vínculo criado entre o árbitro e a parte é contratual.

A teoria contratualista se assenta na impossibilidade de exercer coerção sobre os particulares para obter o cumprimento forçado de uma determinada conduta, o que reforçaria a concepção de que o árbitro não exerce verdadeira jurisdição, embora em sua atividade exerça implicitamente o caráter coercitivo emanado do Poder do Estado.

Por fim, entendem os contratualistas que a origem contratual da arbitragem se projeta sobre todo o instituto, o que nega caráter jurisdicional ao laudo arbitral, não obstante este se revestir do mesmo caráter da sentença judicial (artigo 31 da Lei de Arbitragem)¹⁶⁰.

¹⁵⁸VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*, cit., p. 28.

¹⁵⁹LICATTI, Taissa Macaferri. Novo mercado: influência e aspectos relacionados à inserção da cláusula compromissória arbitral nos estatutos sociais. In: VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*, cit., p. 242.

¹⁶⁰MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2008. p. 184.

Já a teoria publicista ou jurisdicional entende a arbitragem como forma de exercício da função jurisdicional, uma vez que os árbitros recebem das partes o poder de decidir o litígio a eles apresentado, aplicando a norma ao caso concreto, emitindo decisão obrigatória e vinculativa¹⁶¹.

Para esta teoria dá-se destaque para o resultado, que é o julgamento por um terceiro imparcial que define a controvérsia.

Para José Rogério Cruz e Tucci¹⁶²,

[...] o legislador atribuiu natureza publicista ao juízo arbitral, consubstanciado em equivalente jurisdicional, por opção das partes. A despeito de ser instituído por meio de um instrumento negocial de cunho privado (convenção arbitral), o desenrolar do processo de arbitragem é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal.

A teoria jurisdicional reconhece a origem contratual do instituto, mas afirma que a arbitragem se desvincula de sua origem, adquirindo o laudo características próprias de uma sentença proferida por um juiz no exercício de sua função jurisdicional do Estado. Para esta teoria, os árbitros são juízes não porque as partes os escolheram, mas sim porque o Estado consentiu em atribuir-lhes este caráter.

A teoria jurisdicional admite que a origem das faculdades concedidas aos árbitros são consequência do consentimento das partes baseado na autonomia da vontade, porém indica que os laudos estão revestidos da mesma força que as sentenças advindas do Poder Judiciário, uma vez que fazem coisa julgada e as questões resolvidas pelos árbitros têm caráter de título executivo¹⁶³.

Ainda podemos citar a corrente doutrinária, que atribui à arbitragem natureza jurisdicional híbrida. Para esta teoria, a base contratual da arbitragem é o compromisso, que estabelece as diretrizes da arbitragem; já o laudo arbitral, embora esteja fundamentado e limitado no caráter consensual, equipara-se à sentença judicial e seus efeitos passam a decorrer da lei, não da vontade das partes¹⁶⁴.

¹⁶¹LICATTI, Taissa Macaferri. op. cit., p. 242.

¹⁶²TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

¹⁶³MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit., p. 185.

¹⁶⁴Id. Ibid., p. 186.

Para os defensores da teoria híbrida tal como Selma Lemes¹⁶⁵, atribui-se à arbitragem natureza jurisdicional híbrida, sendo na sua primeira fase contratual, isto é, contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto (segunda fase jurisdicional). A base contratual da arbitragem é o compromisso consensual no qual se estabelece as diretrizes do juízo arbitral que institui. O laudo arbitral, embora tenha no compromisso seus fundamentos e limites, não o integra e, ao equiparar-se à sentença judicial, seus efeitos passam a decorrer da lei, a não mais da vontade das partes¹⁶⁶.

Por fim, vem sendo defendida por Cândido Rangel Dinamarco¹⁶⁷ uma quarta teoria, que passa a definir a natureza jurídica da arbitragem, em atenção à função do árbitro, de parajurisdicionalidade, uma vez que, Selma Lemes, citando Dinamarco, expõe: “embora ele não a exerça com o escopo ‘jurídico’ de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo ‘social’ pacificador reside algo muito mais forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal.”¹⁶⁸

Qualquer que seja a natureza jurídica da arbitragem, em sua forma de cláusula compromissória, ou como compromisso arbitral, as partes estão obrigadas a obedecer ao princípio da probidade, da boa-fé e da lealdade, desde a celebração da convenção arbitral até o final da arbitragem efetivamente realizada¹⁶⁹.

6.2. Requisitos

6.2.1. Arbitrabilidade

Para que a convenção de arbitragem tenha validade, não basta que seja resultante da vontade das partes e isenta de vícios, é, ainda, necessário que seja objetivamente possível, isto é, seja eficaz e lícita¹⁷⁰.

¹⁶⁵LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 61.

¹⁶⁶MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit., p. 186.

¹⁶⁷LEMES, Selma Ferreira. op. cit., p. 61.

¹⁶⁸Id., loc. cit.

¹⁶⁹SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e a arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 63.

¹⁷⁰GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 45.

Verifica-se a impossibilidade da arbitragem quando a matéria em litígio, seja por reserva legal, por súmula ou jurisprudência, somente pode ser solucionada pelo Poder Judiciário, ou ainda quando a parte não pode afastar a solução pelo judiciário por não dispor do direito em litígio em razão de seu *status* e na falta de autorização legal. Pode-se afirmar que estes aspectos definem a arbitrabilidade objetiva e subjetiva, respectivamente¹⁷¹.

6.2.1.1. Objetiva

Usando as palavras de José Maria Rossani Garcez,

Na síntese da expressão de nossa Lei de Arbitragem sobre direitos patrimoniais disponíveis e na barreira consistente na ordem pública interna, se encontra a chave da arbitrabilidade objetiva, o filtro da escolha das matérias que poderão ser solucionadas por esse método, para efeito de nossas arbitragens internas e nas estrangeiras, proferidas fora do território nacional, que aqui tenham de ser homologada¹⁷².

Tratou a lei em expor que a arbitragem poderá ser utilizada para solucionar litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, que são aqueles passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular¹⁷³.

Os direitos patrimoniais são aqueles encontrados nas relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade¹⁷⁴.

Além de patrimoniais, os direitos acerca dos quais se adotará como meio de solução de conflito a arbitragem, devem ser disponíveis.

No direito brasileiro são legalmente indisponíveis, em virtude de lei, os direitos que tratem de litígios que dependam necessariamente de sentença judicial, por exemplo, os relativos a processo de insolvência, capacidade da pessoa, ações de estado, falimentar, ou naquelas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade

¹⁷¹GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 45.

¹⁷²Id., Ibid., p. 52.

¹⁷³MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*: [comentários à Lei 9.307/96]. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3.

¹⁷⁴SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 28.

da parte¹⁷⁵. A disponibilidade dos direitos está relacionada à possibilidade de alienação, e quando os direitos são passíveis de transação¹⁷⁶. A expressão “direitos disponíveis” comporta a transação, bem como a disponibilidade incondicionada do direito¹⁷⁷. O conceito de disponibilidade está relacionado com o de negociabilidade e de bens suscetíveis de valor e livres no mercado¹⁷⁸.

O conceito de direitos patrimoniais disponíveis aplica-se tanto às arbitragens nacionais quanto às internacionais, uma vez que a nossa lei não tratou de distinguir ambas.

Questão interessante que se coloca decorre do fato de a lei de arbitragem aplicar o mesmo conceito de direitos disponíveis tanto para a arbitragem nacional e quanto para a internacional. Diante desta informação se coloca a questão para aqueles casos em que a arbitragem envolve, por exemplo, um contrato internacional, ou a arbitragem que seria regida por uma lei não brasileira, mas que deva ser realizada no Brasil, estando submetida, portanto, à interpretação do árbitro quanto à arbitrabilidade do conflito colocado em questão. Esses árbitros julgariam se a arbitragem ou o compromisso seriam ou não válidos, quando da aplicação da lei estrangeira?¹⁷⁹

Além dos limites de inarbitrabilidade objetiva, isto é, indisponibilidade ou não patrimonialidade, bem como de inarbitrabilidade subjetiva, que veremos a seguir, existem limitações objetivamente materiais impostas quanto à identificação pelos árbitros, dentro do princípio da *Kompetenz/Kompetenz*¹⁸⁰, dos temas convencionais sobre os quais se devam pronunciar.

Conforme citado por José Maria Rossani Garcez¹⁸¹ são os casos nos quais, por exemplo, coexistem no contrato a convenção arbitral e o foro de eleição, casos estes de *dépeçage*¹⁸² temática entre a jurisdição privada e pública, o que também é aplicável para as convenções arbitrais que autolimitam a arbitragem, por exemplo, somente a determinados aspectos do contrato.

¹⁷⁵GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 52.

¹⁷⁶SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 28.

¹⁷⁷GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 50.

¹⁷⁸LEMES, Selma Ferreira. op. cit., p. 124.

¹⁷⁹GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 56.

¹⁸⁰“Princípio da *Kompetenz-Kompetenz* é entendido como a competência do árbitro para decidir sobre a sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio do compromisso arbitral”, segundo CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 160.

¹⁸¹GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 56.

¹⁸²“*Dépeçage* ou despedaçamento, segundo o qual cada elemento da arbitragem (capacidade das partes, competência dos árbitros, arbitrabilidade do litígio, entre outros) seria regido por uma lei diferente”. CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 349.

A lei brasileira neste quesito prevê, em seu artigo 39¹⁸³, regras para a homologação da sentença arbitral estrangeira. Este artigo acaba por antecipar as normas da Convenção de Nova Iorque (CNY), que foi ratificada pelo Brasil em 2002, e que por isso acabou por integrar o ordenamento jurídico nacional.

José Maria Rossani Garcez expõe ainda que existem opiniões indicando para uma aplicação conjunta dos dispositivos de nossa lei de arbitragem e da CNY. Entretanto, explica também, que se pode deduzir que o referido artigo 39 foi derogado tacitamente pela CNY, já que por este tratar de Convenção Internacional normativa, teria o condão de derogar a legislação interna que versasse sobre o mesmo tema. Por fim explica que o que se deve levar em consideração quanto o acima exposto é que os dispositivos da nossa lei e a CNY devem conviver em absoluta harmonia, pois se forem colidentes, prevalecerá a CNY em decorrência do artigo 34 da lei de arbitragem¹⁸⁴, que reconhece a hierarquia superior das convenções e tratados internacionais¹⁸⁵.

Continuando a comentar com base em José Maria Rossani Garcez o autor ressalta que a CNY, em seu artigo V, inciso 2, letra “a” determina que seja negada a homologação à sentença arbitral estrangeira se o tribunal incumbido dessa homologação no país signatário verificar que o objeto do litígio não é passível, segundo a lei brasileira, de ser resolvido por meio da arbitragem. Ou, ainda, se a referida sentença for contrária à ordem pública do país¹⁸⁶.

Em resposta ao questionamento formulado acima, informamos que, a decisão quanto à matéria em causa ser passível ou não de arbitragem deve ser de competência inicial dos próprios árbitros, segundo o princípio da *Kompetenz/Kompetenz*, já citado. De acordo com este princípio, caberá aos árbitros determinar inicialmente se a matéria pode ser dirimida pela via arbitral, e neste sentido é o parágrafo único do artigo 8º da lei de

¹⁸³Artigo 39 da Lei de Arbitragem determina que: “Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal (Atualmente o Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 que alterou o artigo 105, I, i da Constituição Federal) constatar que: I – segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II – a decisão ofende a ordem pública nacional. Parágrafo único: Não será considerada ofensa à ordem pública nacional na efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.”

¹⁸⁴O artigo 34 da Lei de Arbitragem determina que: “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta lei. Parágrafo único: Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.”

¹⁸⁵GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 57.

¹⁸⁶Id. Ibid., p. 58.

arbitragem: “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.”

6.2.1.2. Subjetiva

Logo no artigo 1º da Lei de Arbitragem verifica-se que as partes deverão ser capazes para contratar para que possam valer-se da arbitragem, e os conflitos deverão ser relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Determina o artigo 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

A palavra “pessoas” deve ser entendida em seu sentido amplo, isto é, abrangendo tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas. Pessoa física é o ser humano nascido vivo e pessoa jurídica é a entidade constituída por um contrato, podendo ser de direito público ou de direito privado, e sua constituição depende de contrato ou estatuto inscrito no respectivo registro, bem como mediante autorização do Governo¹⁸⁷.

Para que as partes possam se socorrer da arbitragem, elas devem ser capazes de contratar, isto é, ter capacidade civil, e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Se as partes são livres para transigir, nos termos do artigo 840 do Código Civil, e se são livres para contratar em consequência do princípio da autonomia privada, podem as partes, por meio desta mesma autonomia, decidir pela extinção dos conflitos pela solução arbitral¹⁸⁸.

Ocorre a inarbitrabilidade subjetiva, por exemplo, quando o agente não for capaz, ou, quando por falta de autorização legal, assim venha a ser considerado.

Como meio alternativo de solução de conflitos, a arbitragem será sempre voluntária, visto que não há arbitragem obrigatória no direito pátrio atual.

Devemos ressaltar que o legislador, quando utilizou o verbo “poder” acabou por indicar expressamente que a arbitragem é facultativa.

¹⁸⁷CRETELLA NETO, José. op. cit., p. 25.

¹⁸⁸SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 67.

Condição imprescindível à utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, pois sem referida capacidade a convenção de arbitragem não poderá ser celebrada.

O artigo 1º do Código Civil determina que personalidade jurídica é a capacidade de ser titular de direitos e obrigações e, de acordo com o artigo 2º deste mesmo diploma, a personalidade jurídica é adquirida pela pessoa natural com o nascimento com vida.

Quando o artigo 1º da lei 9.307/96 determina “pessoas capazes de contratar”, este está estabelecendo uma condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem a capacidade dos contratantes, sem a qual não pode ser firmada a convenção de arbitragem. Desta forma verifica-se que a pessoa deve ser plenamente capaz para poder contratar e, em consequência, incluir cláusula compromissória no contrato.

Todas as pessoas (capazes), independentemente de sua natureza, podem contratar cláusula compromissória¹⁸⁹.

Luiz Antonio Scavone Junior afirma “basta que a pessoa tenha personalidade jurídica para que possa se submeter à arbitragem”¹⁹⁰.

O mesmo autor afirma ainda que “as pessoas podem representadas ou assistidas na convenção arbitral, desde que respeitados os limites decorrentes da matéria, que deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis”¹⁹¹.

Além disso, existem áreas nas quais se discute subjetivamente a possibilidade da arbitragem, mesmo sem que haja lei expressa inibindo sua aplicação. São os casos em que há prevalência do interesse público, como, por exemplo, nos contratos puramente administrativos, nos quais o Estado detém direitos discricionários de rescisão e modificação de cláusulas contratuais, entretanto, ainda assim, em razão do interesse público, é restringida a possibilidade de disposição dos direitos, não se falando então em arbitragem¹⁹².

¹⁸⁹MARTINS, Pedro A. Batista. op. cit., p. 3.

¹⁹⁰SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 25.

¹⁹¹Id. Ibid., p. 26.

¹⁹²GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 52.

6.2.2. Objeto

Dispunha o artigo 1074, III do Código de Processo Civil:

“O compromisso conterà sob pena de nulidade: [...]

III - o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusivamente o seu valor [...]”

Os artigos 1072 a 1102 do Código de Processo Civil foram revogados pela Lei de Arbitragem. Conforme o disposto no artigo 851 do Código Civil é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

O artigo 44 da lei de arbitragem revogou expressamente os artigos 1037 a 1048 do Código Civil de 1916 e também os artigos 101 e 1072 do Código do Processo Civil, garantindo desta forma que a arbitragem fosse regulada por diploma legal único.

Nota-se, contudo, que após a lei de arbitragem eventuais lacunas que surgirem serão resolvidas pelos árbitros; desta forma, bastará às partes a indicação da controvérsia que pretendem resolver de forma suficiente, delimitando os poderes dos árbitros.

Portanto, será válido o compromisso que indicar como matéria a ser submetida aos árbitros, “todas as conseqüentes de determinado fato”, ou “todas as questões que surgiram decorrentes de determinado contrato”¹⁹³.

Sendo assim, não haverá necessidade de descrição completa dos fatos que serão submetidos ao árbitro, mas bastará uma indicação suficiente que sirva de baliza para os julgadores.

Com as alterações das normas citadas acima, passando de uma necessidade de rígida descrição para a explicitação apenas da matéria que será objeto da arbitragem, verifica-se que o objetivo foi reduzir o nível de exigência quanto ao detalhamento da controvérsia, abrandando seu requisito legal. Portanto, o compromisso é válido, ainda que o objeto da controvérsia seja vagamente apontado. O ideal é que o compromisso firmado

¹⁹³CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 181.

não dê causa a dúvidas; porém, mesmo que isto ocorra, o compromisso não será inválido¹⁹⁴.

6.3. Espécies de Arbitragem – *Ad Hoc* e Institucional

Ao optarem as partes pela arbitragem, duas são as possibilidades quanto ao órgão arbitral: podem nomear um árbitro ou árbitros para solucionar o litígio, desta forma o órgão arbitral poderá ser constituído para resolver determinado conflito – arbitragem *ad hoc*; ou pode ser que referido órgão seja pré-constituído – arbitragem institucional¹⁹⁵.

Quanto à arbitragem *ad hoc*, é aquela que não se tem e não é administrada por nenhuma Instituição. As partes podem querer aplicar o regulamento de uma instituição.

A arbitragem *ad hoc* se dá quando as partes estabelecem as regras nas quais a arbitragem será processada naquele caso específico¹⁹⁶.

A arbitragem *ad hoc* se realiza sem a participação de uma entidade especializada, poderão as partes, por exemplo, contratar um árbitro¹⁹⁷.

A respeito da arbitragem *ad hoc*, ressaltamos que nem sempre a cláusula compromissória é bem redigida o que dificulta a instauração imediata da Arbitragem, conforme demonstraremos abaixo.

Verifica-se que na arbitragem *ad hoc* os custos com a arbitragem poderão ser menores, entretanto os riscos ocorrer uma nulidade são maiores, além de levar as partes a discussões acerca do procedimento detalhado na cláusula ou no compromisso arbitral.

A arbitragem poderá ser uma arbitragem institucional. Conceitua-se como sendo aquela em que as partes se reportam a uma entidade especializada em administrar procedimentos arbitrais, adotando as normas contidas em seu regulamento. A arbitragem

¹⁹⁴CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 182.

¹⁹⁵Id. Ibid., p. 52.

¹⁹⁶LEMES, Selma Ferreira. As cláusulas arbitrais omissas e defeituosas. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009. Artigo também publicado no jornal *Valor Econômico*, São Paulo, 22 ago. 2003. Caderno Legislação & Tributos, p. E 2.

¹⁹⁷SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 68.

será conduzida pela instituição arbitral eleita pelas partes, que oferecerá apoio técnico, operacional e logístico aos partícipes da arbitragem: árbitros, partes e seus advogados¹⁹⁸.

Tratando-se de arbitragem institucional, competirá à instituição arbitral efetuar a apreciação da existência e validade da cláusula compromissória, a fim de que a arbitragem seja impulsionada. Em seguida, será atribuição do tribunal arbitral instituído ou árbitro avaliar quanto à sua competência e jurisdição, sobrevinda de uma cláusula compromissória válida e eficaz, conforme se verifica do princípio “competência-competência”, previsto no artigo 8º da Lei de Arbitragem.

Como veremos adiante quando nos deparamos com uma cláusula compromissória cheia, trata-se neste caso de arbitragem institucional e não há necessidade de as partes estabelecerem todo o procedimento, uma vez que as partes estariam vinculadas ao procedimento da entidade que escolheram.¹⁹⁹

Para os casos de arbitragem institucional recomenda-se que as partes anexem o regulamento da entidade especializada escolhida pelas partes ao contrato, vistando as folhas e desta maneira estariam atestando que tomaram conhecimento das regras que serão aplicadas²⁰⁰.

6.4. Da Convenção de Arbitragem

Anteriormente à Lei de Arbitragem nº 9307/1996, a mera existência de uma cláusula compromissória no contrato não autorizava por si só o início de um procedimento arbitral, constituindo mera obrigação de fazer entre as partes.

As partes, antes da Lei de Arbitragem, tinham a necessidade de celebrar um compromisso arbitral, quando do surgimento da controvérsia, confirmando a intenção de submissão à arbitragem e indicando de forma concreta o objeto do litígio.

No velho sistema, a cláusula compromissória era um mero pré-contrato de compromisso (*pacto de contrahendo*), porém o legislador de 1996, quando da edição da

¹⁹⁸NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem institucional: fatores críticos na escolha da instituição arbitral. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*, cit., p. 255.

¹⁹⁹SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 85.

²⁰⁰Id. Ibid., p. 86.

Lei de Arbitragem, continuou a não tratar de forma igual o compromisso arbitral e a cláusula compromissória²⁰¹.

Muito embora não tenha inovado a terminologia tradicional, seus conceitos mudaram: hoje pode instituir-se arbitragem apenas com base em cláusula compromissória, dispensada a formalidade do compromisso.

Apenas a título de ilustração, a Espanha não faz uso nomenclatura diferenciada, cláusula e compromisso são chamados de “Convenio Arbitral”. O artigo 5º da lei espanhola sobre arbitragem admite a categoria unitária e plena de convenção arbitral²⁰².

Importante destacar que até a Lei de Arbitragem (lei nº 9307/1996), somente o compromisso arbitral teria o condão de instituir o juízo arbitral,²⁰³ A cláusula compromissória não era suficiente para afastar a competência do juiz e exigia-se a intervenção judicial para instituição da arbitragem.

Embora não houvesse no Brasil, antes do advento da Lei de 1996, tratamento legal para a cláusula compromissória, no plano internacional diversos tratados procuraram atribuir eficácia à cláusula, como a Convenção de Genebra.

O Pacto de Genebra de 1923, promulgado no Brasil pelo Decreto 21.187 de 1932, determina que para os contratos internacionais comerciais a cláusula compromissória já seria apta para instituir o juízo arbitral²⁰⁴.

O Pacto de Genebra permitia aos signatários estabelecer reserva, limitando sua extensão apenas às obrigações comerciais, assim entendidas de acordo com cada legislação nacional. O Brasil utilizou do princípio da reserva, de sorte que a convenção vigorava entre nós apenas em relação aos contratos comerciais internacionais.

A Convenção de Nova Iorque de 1958, que só foi aprovada e promulgada pelo Brasil em 2002, dispõe que os tribunais dos Estados contratantes, quando na presença de um compromisso arbitral, assim como de uma cláusula compromissória, remeterão as partes à arbitragem. Neste tratado foi adotado o conceito de convenção arbitral, uma vez que estabeleceu que basta um acordo escrito para que as partes se obriguem à arbitragem

²⁰¹CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 35.

²⁰²Id., loc. cit.

²⁰³Id. Ibid., p. 87.

²⁰⁴Id; Ibid., p. 98.

as controvérsias surgidas ou que venham a surgir, para que o juiz togado de qualquer dos Estados contratantes dê-se por incompetente para solucionar a disputa²⁰⁵.

Para a Lei nº 9307/96, denominada Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral encontram-se sob a denominação de convenção de arbitragem²⁰⁶.

A referida lei prevê e define a convenção de arbitragem como gênero do qual são espécies a cláusula compromissória, tema deste trabalho, e o compromisso arbitral.

A convenção de arbitragem é representada pela expressão da vontade das partes, feita por escrito, pela qual decidem submeter à arbitragem os conflitos existentes ou que possam vir a surgir de uma determinada relação jurídica.

Como veremos mais detalhadamente logo adiante a cláusula compromissória é definida, no artigo 4º da lei de arbitragem, como sendo “a convenção mediante a qual as partes em um contrato se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”²⁰⁷.

Já o compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial²⁰⁸.

Com a Lei de Arbitragem, tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral são aptos a afastar a jurisdição estatal e a instituir a arbitragem. Ambos têm força para excluir a jurisdição estatal.

Quando as partes pactuam a cláusula compromissória, não há mais a obrigatoriedade de firmarem os litigantes um compromisso arbitral.

Uma leitura desatenta do artigo 7º da lei de Arbitragem²⁰⁹ dá a idéia de que a cláusula compromissória devesse necessariamente desembocar no compromisso arbitral, o que, na realidade, não deve acontecer de maneira obrigatória.

²⁰⁵CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 100.

²⁰⁶Determina o artigo 3º da Lei de Arbitragem: 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.

²⁰⁷LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*, cit., p. 60.

²⁰⁸Artigo 9º da Lei de Arbitragem: 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.

²⁰⁹Artigo 7º da Lei de Arbitragem: Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

Porém, no artigo 5º da Lei de Arbitragem verifica-se que a cláusula compromissória pode imediatamente passar à instauração do juízo arbitral. Na leitura conjunta do artigo 5º combinado com artigo 19 da Lei de Arbitragem, com a aceitação pelos árbitros de sua nomeação, estará instituído o procedimento de Arbitragem.

Importante princípio, o vértice da convenção arbitral, é o da salvação da convenção arbitral, segundo o qual, ocorrendo a hipótese de impedimento do árbitro, as partes nomeiam outro árbitro, valendo-se do artigo 7º da Lei de Arbitragem, e recorrem ao Poder Judiciário para nomear o outro árbitro, se não houver acordo sobre substituição do árbitro.

Considerando que a Arbitragem é sustentada pela confiança no árbitro, sendo esta condição essencial para sua instalação, a disposição que não haverá substituição em caso de impedimento, por exemplo, por si só destruiria a validade própria da solução arbitral. Desta forma, com a declaração das partes de que o árbitro não poderia ser substituído em vista do caráter personalíssimo da escolha, não haveria outra saída senão dar por prejudicado o compromisso.

Para Carmona a Lei de Arbitragem brasileira faz referência inicialmente à convenção, mas também distingue, em dois capítulos, cláusula compromissória e compromisso arbitral, o que demonstra que o Legislador preferiu adotar sobre o tema uma posição ambígua, não abriu mão totalmente do antigo sistema da cláusula compromissória como pré-contrato de compromisso, ainda que de maneira mitigada, sem, no entanto impor que o compromisso arbitral fosse obrigatório para a instituição da arbitragem²¹⁰.

A cláusula compromissória não pode mais ser qualificada apenas e tão somente como mero pré-contrato, na medida em que consubstancia mais do que mera promessa de celebrar compromisso. A cláusula compromissória consubstancia a promessa de instituir juízo arbitral, pois, com a aceitação pelo árbitro se instaura instância arbitral.

²¹⁰CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 89.

7. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Podemos definir 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. Será apta a afastar a competência do Juiz estatal.

O artigo 4º da Lei de Arbitragem define cláusula compromissória como sendo 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”.

Verifica-se, portanto, tratar-se a cláusula compromissória de negócio jurídico e, na qualidade de negócio jurídico, podem ser identificados como elementos essenciais da cláusula compromissória: o consentimento, a capacidade, o objeto e a forma.

A declaração de vontade das partes é elemento essencial para a validade da arbitragem. O segundo elemento essencial da cláusula compromissória é a capacidade jurídica das partes para celebrá-la, tornar-se sujeito de direitos e deveres e capacidade para dispor do direito envolvido, uma vez que somente poderão estabelecer a arbitragem aqueles que puderem dispor do direito envolvido no conflito.

A cláusula compromissória não precisa necessariamente delimitar o conflito submetido à arbitragem, pois ainda não há que se falar em conflito. Entretanto, basta que seu objeto seja determinável, por meio de referência à relação jurídica que poderá originar o conflito.²¹¹

A cláusula compromissória pode estar inserida no contrato ou fora, ser contemporânea ou posterior a ele. Entretanto, não se admite a cláusula compromissória verbal.

A cláusula compromissória pode estar inserta no instrumento do contrato principal ou em instrumento apartado, mas sempre deve dizer respeito a outro contrato, isto é, fazer referência ao contrato principal²¹². Isto corresponde a afirmar que a cláusula compromissória poderá, desde que escrita, ser inserida em documento separado ao contrato principal.

²¹¹LICATTI, Taissa Macaferri. op. cit., p. 243.

²¹²CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 158.

Entende-se que a existência de um documento escrito em que seja possível vislumbrar a inequívoca vontade das partes de fazer uso da Arbitragem será suficientemente necessário para a caracterização da cláusula compromissória.

O artigo 4º da Lei de Arbitragem define cláusula compromissória, e desta definição depreende-se que se trata de um negócio jurídico fundado na autonomia da vontade das partes.

Determinou a Lei de Arbitragem que a cláusula seja celebrada por escrito. Por se tratar de contrato, sem formalidade específica (a não ser a forma escrita), submete-se a cláusula aos mesmos mecanismos gerais previstos pela lei civil para a celebração dos contratos em geral. Desta forma, havendo a celebração do contrato no qual conste uma cláusula compromissória, poder-se-ia dizer que referida cláusula também foi aceita tacitamente, sem a necessidade de visto expresso para sua aceitação, tal como a lei determina para os contratos de adesão, conforme mencionamos em subitem específico.

A declaração de vontade das partes é elemento essencial para a validade da arbitragem, visto que tal procedimento retira a solução de determinado litígio do âmbito estatal.

Outro elemento essencial é a capacidade jurídica das partes para celebrá-la, isto é, capacidade para tornar sujeito de direitos e deveres e capacidade de dispor do direito envolvido.

Determina o artigo 5º da Lei de Arbitragem que o juízo arbitral pode ser instituído, nos termos do artigo 19 da mesma lei, sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral.

No modelo clássico francês, os efeitos da convenção de arbitragem eram distintos de acordo com o momento em que ocorresse o litígio. Se a celebração da convenção de arbitragem ocorresse antes do litígio caracterizava a cláusula compromissória, e era entendida apenas como sendo uma promessa de celebrar um compromisso arbitral se e quando ocorresse o litígio.

Ainda em relação ao antigo modelo clássico francês, se a instituição da arbitragem ocorresse após o litígio, estar-se-ia diante de um compromisso arbitral, uma vez que a celebração da convenção ocorria após o litígio, ou se referia a litígio atual, caracterizando assim o compromisso arbitral, que era capaz de instaurar juízo arbitral.

Este modelo, já superado na França, também foi abandonado pelo legislador brasileiro, desta forma, tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso produzem os mesmos efeitos jurídicos, ambas são acordos por meio dos quais as partes renunciam à solução estatal de conflitos atribuindo esta tarefa ao árbitro²¹³.

Por fim, ressaltamos que o Código Civil, em seu Título V, Capítulo XX, mais especificamente nos artigos 851 a 853 trata do Compromisso.

Ainda dispõe o Código Civil, no artigo 853, que se admite que seja inserida nos contratos cláusula compromissória pra resolver divergências advindas do contrato mediante juízo arbitral.

A respeito dos três dispositivos citados acima, o Código Civil reforçou a idéia de admitir-se o compromisso para resolver litígios entre pessoas capazes de contratar, desde que o litígio não diga respeito a questões de estado, direito pessoal de família e de outras questões que não tenham cunho estritamente patrimonial. Esses artigos convivem pacificamente com a lei de arbitragem.

Definindo o compromisso disciplinado pelo Código Civil, Glauber Moreno Talavera expõe que, “O compromisso é modalidade de negócio jurídico por meio do qual as partes submetem seus interesses à apreciação de terceiro não interessado que lhes resolva litigiosidade iminente entre eles.”²¹⁴

7.1. Da natureza jurídica da Cláusula Compromissória

Inicialmente, duas correntes se formaram para definir a natureza jurídica da cláusula compromissória. A primeira considera a cláusula compromissória como uma promessa de contratar, enquanto a segunda a considera um contrato.

A primeira corrente, promessa de contratar, apoia-se na idéia da necessidade da formalização do compromisso arbitral, consistindo a cláusula compromissória, portanto, uma mera promessa de contratar, cujo descumprimento acarretaria a condenação em perdas

²¹³CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 103.

²¹⁴TALAVERA, Glauber Moreno. In: CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio (Orgs.). *Comentários ao Código Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 687.

e danos²¹⁵. Para essa idéia não há que se falar em arbitragem sem o compromisso arbitral, pois este é o instrumento que regula todo o procedimento arbitral.

Defenderam esta corrente Silvio Rodrigues, Celso Barbi, José Albuquerque Rocha²¹⁶.

Para a segunda corrente a cláusula compromissória nada mais é do que um acordo de vontades, um contrato autônomo, um negócio jurídico.

As partes, ao firmarem a cláusula compromissória, se comprometem a submeter ao árbitro para que este solucione eventuais conflitos. Ela é suficiente para impedir que juízes conheçam dos conflitos que deverão ser submetidos à Arbitragem.

No Brasil, a partir da lei 9.307, de 1996, grande parte da doutrina passou a atribuir natureza contratual à cláusula compromissória. A cláusula compromissória e compromisso passaram a ter os mesmos efeitos, isto é, são suficientes para excluírem a controvérsia do conhecimento Justiça Estatal e instituir a Arbitragem²¹⁷.

Estas duas correntes servem mais para refletir sobre o desenvolvimento do tema, uma vez que, com o advento da lei de arbitragem e o amadurecimento das idéias, restou apenas a segunda corrente.

Entretanto, cumpre informar que, historicamente, no Brasil até o advento da Lei de Arbitragem, somente era possível instaurar o processo arbitral mediante compromisso.

Além disso, antes da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória criava uma obrigação de fazer, conforme apontado acima, e tratava-se apenas de um pacto preliminar firmado entre as partes. O referido, “*Pacto Compromittendo*”, não tinha efeito vinculativo, e o seu eventual descumprimento poderia gerar direito a indenização²¹⁸.

O Código de Processo Civil de 1973 negava à cláusula compromissória o efeito de impedir o acesso à Justiça Estatal. Só o compromisso arbitral teria força suficiente para tanto e era óbice à regular formação do processo.

Na medida em que foi sendo possível instaurar a arbitragem independentemente de compromisso arbitral, passou-se a afirmar que a cláusula perdeu o

²¹⁵MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. op. cit., p. 198.

²¹⁶Id. Ibid., p. 201.

²¹⁷Id. Ibid., p. 203.

²¹⁸CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 101.

caráter de pré-contrato de compromisso, começou a produzir desde logo seus efeitos próprios²¹⁹.

7.2. Características do Instituto

Para validade da cláusula compromissória, basta que as partes mencionem as relações jurídicas por ela abrangidas.

Para a cláusula compromissória não são necessários todos os requisitos formais necessários para o compromisso arbitral, limitando-se apenas a sua forma escrita.

Não obstante, pode-se dizer que os efeitos das cláusulas compromissórias são mais prolongados que aqueles gerados pelo compromisso, já que as cláusulas podem dar ensejo a mais de um processo arbitral²²⁰.

A cláusula compromissória deve se caracterizar por três diretrizes básicas: a) direcionar validamente e de forma eficaz as partes à arbitragem, sendo obrigatória entre as partes; b) deve ser completa o suficiente para determinar a instituição da arbitragem; e c) deve servir aos propósitos das partes para a solução do conflito, conforme cada caso.

Grande discussão ocorre em torno da natureza jurídica da arbitragem, conforme indicado antes: para alguns, a arbitragem tem natureza jurisdicional; para outros, natureza contratual. Ainda que sobre o instituto da arbitragem paira esta discussão, não resta dúvida quanto à cláusula compromissória ser contratual.

Posto isso, observamos o estabelecido pelo artigo 8º da Lei de Arbitragem, que determina a autonomia do acordo que determina a arbitragem como sendo o competente para dirimir os conflitos. Ainda que a instituição da arbitragem se dê por meio da cláusula compromissória, ou seja, mediante a inserção dentro do contrato, ou até mesmo em documento apartado, o acordo coloca-se de forma independente do instrumento em si.

Pode-se afirmar que a nulidade do contrato não leva necessariamente à nulidade de cláusula compromissória.

Tendo a cláusula compromissória natureza contratual – e, como vimos, para alguns até mesmo a arbitragem tem natureza contratual -, tal qual o Código Civil, a Lei de

²¹⁹CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 102.

²²⁰Id. Ibid., p. 105.

Arbitragem (Lei 9307/96) também será regida pelos princípios da Teoria Geral dos Contratos²²¹.

São princípios informadores do Direito Contratual: autonomia da vontade e privada; liberdade contratual; respeito à ordem pública; força obrigatória dos contratos; função social; equidade; comutatividade; teoria da imprevisão; onerosidade excessiva e lesão; e por fim, a boa-fé objetiva.

Um dos princípios mais importantes da sociedade é o da equidade, valor que ressalta a supremacia do espírito em detrimento da lei, no intuito de se adequar a norma ao caso concreto. Neste contexto, o professor Jairo Saddi²²² faz referência a François Gorphe, “foi sobre a base da equidade natural que se desenvolveu o princípio da boa-fé, filha da justiça”.

Partindo da análise da Teoria do “*Venire contra factum proprium*”, sendo aquela teoria na qual se busca a proibição do comportamento contraditório, pode-se entender que todo o contrato que possui cláusula compromissória ficaria excluído da análise de qualquer controvérsia surgida entre as partes pelo Poder Judiciário. É neste sentido que determina o artigo 18 da Lei de Arbitragem, uma vez que a sentença proferida pelo árbitro não estará sujeita a recurso ou homologação, entretanto esta regra comporta exceções previstas na lei.

Para José Emilio Nunes Pinto “a posição das partes ao celebrarem a cláusula compromissória é de partes em colaboração. O que ambas buscam, nesse momento, é criar um mecanismo que seja aplicável à solução de suas controvérsias, se e quando estas venham a surgir. Portanto, do ponto de vista da conclusão da cláusula compromissória, estariam as partes alinhadas com o princípio da boa-fé”²²³.

A cláusula geral da boa-fé objetiva, por sua vez, está intimamente ligada aos conceitos e aplicação prática da Lei de Arbitragem com o objetivo de assegurar as relações jurídicas. A própria Lei de Arbitragem, mesmo pregando a autonomia da vontade, será sempre norteada pela boa-fé.

Continuando a comentar com base em José Emilio Nunes Pinto, considerando ser a cláusula compromissória de natureza contratual, o artigo 422 do Código Civil será

²²¹SADDI, Jairo. op. cit., p. 63.

²²²Id. Ibid., p. 65.

²²³PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, 2004. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.org.br>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

integralmente aplicado. Ao concluírem a cláusula compromissória, as partes aderem à boa-fé objetiva, que deverá ser aplicada integralmente ao cumprimento das obrigações assumidas, estendendo-se ao cumprimento de obrigações que remanescem durante a fase pós-contratual.

O autor conclui que, surgindo a controvérsia, era de se esperar que as partes agissem de acordo com o que convencionaram e tomassem as medidas necessárias para a instauração do procedimento arbitral. Havendo a revelia ou a recusa de uma das partes, nos termos do artigo 6º, parágrafo único da Lei de Arbitragem - este comportamento da parte, que se distancia da boa-fé e do cumprimento de seus deveres laterais de informação e colaboração - são fatores que afetam diretamente o equilíbrio da equação econômica do negócio jurídico, acarretando prejuízos para a parte que requereu a instauração da arbitragem²²⁴.

A revelia ou a recusa da parte em instaurar a arbitragem caracterizaria prática de ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil, sendo ação para o caso de recusa e omissão para a revelia. Ainda que a parte que requereu a instauração da arbitragem venha a ter a sua intenção concretizada pela decisão do juízo estatal, o comportamento da outra parte já terá caracterizado ato ilícito, assistindo àquela o direito de ser indenizada por perdas e danos, conforme determina o artigo 402 do Código Civil, e até mesmo ressarcida pelos danos morais que eventualmente tenha sofrido.

Mesmo que não se consiga demonstrar o prejuízo material efetivo, poder-se-ia averiguar o dano moral sofrido pela parte, que se pode vislumbrar pelo simples fato de o procedimento do artigo 7º tornar pública a existência da controvérsia entre as partes, quando não for concedido sigilo judicial. Se o dano material não se provou, haveria pelo menos dano moral pela quebra de confiança.

O artigo 2º, parágrafo 1º da referida lei determina que as partes poderão escolher as regras de direito aplicáveis na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Além disso, poderão as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Em regra, a cláusula compromissória se extingue no mesmo momento da relação jurídica que a originou, não se sujeita a qualquer prazo.

²²⁴PINTO, José Emilio Nunes. op. cit.

Interessante verificar que nem o compromisso arbitral, que lhe tenha seguido, colocará fim necessariamente à cláusula, uma vez que surgindo novos conflitos, estando eles previstos na cláusula compromissória, iniciar-se-á nova arbitragem. Uma cláusula compromissória pode dar origem a vários compromissos arbitrais ou arbitragens²²⁵.

A cláusula compromissória é autônoma, e assim é possível se verificar pelo disposto no artigo 8º da Lei de Arbitragem: “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”.

Ocorrendo a manifestação de vontade das partes para solucionar eventuais litígios pela via arbitral, verifica-se que esta relação não é apenas relação instrumental (cláusula compromissória e contrato) e sim também a de objeto principal.

A autonomia da cláusula compromissória fica evidente quando há controvérsia decorrente de contrato resilido²²⁶. A vontade das partes no sentido de dissolver por mútuo acordo a relação jurídica principal não as desliga da relação objeto da cláusula compromissória que permanece válida²²⁷.

A Lei de Arbitragem foi clara ao permitir a autonomia da cláusula. Porém, em algumas hipóteses, as causas de nulidade (e de anulabilidade) tanto do contrato principal quanto da cláusula compromissória podem ser as mesmas, pois ambos os pactos podem ter sido firmados conjuntamente, ocorrendo os mesmos vícios, em especial no que se refere à declaração de vontade (vícios do consentimento) ou capacidade dos contratantes²²⁸.

Tal como afirmado para a convenção arbitral, se na cláusula compromissória as partes tiverem indicado os árbitros, ocorrendo a hipótese de impedimento do árbitro as partes nomeiam outro árbitro, as partes poderão se valer do artigo 7º da Lei de Arbitragem, recorrendo ao Poder Judiciário para nomear outro árbitro, se não houver acordo sobre sua substituição.

²²⁵MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. op. cit., p. 238.

²²⁶Resilição designa modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes. Resilir um contrato é cortar o vínculo por várias causas específicas, enquanto rescindir o contrato é dissolvê-lo, mas por outras causas. A resilição bilateral é modalidade de revogação, na qual as partes do contrato deliberam dissolvê-lo mediante negócio extintivo. O modo normal de resilição bilateral é o distrato. É possível ainda a resilição unilateral. A resilição unilateral dos contratos é possível nos contratos por tempo indeterminado; nos contratos de execução continuada ou periódica; nos contratos em geral, cuja execução não tenha começado; nos contratos benéficos e nos contratos de atividade. (GOMES, Orlando. op. cit., p. 224).

²²⁷CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 159.

²²⁸Id., loc. cit.

Considerando que a Arbitragem é sustentada pela confiança depositada pelas partes nos árbitros e havendo a manifesta disposição na cláusula compromissória de que não haverá substituição de árbitro em caso de impedimento, isto, por si só destruiria a validade própria da solução arbitral.

Desta forma, com a declaração das partes que o árbitro não poderia ser substituído em vista de seu caráter personalíssimo da escolha, não haveria outra saída que não fosse dar por prejudicado o compromisso, como afirmamos anteriormente.

A cláusula compromissória divide-se em duas espécies, cláusula compromissória cheia ou completa e cláusula compromissória vazia.

7.3. Cláusula Compromissória Cheia

Tendo em vista as evidentes dificuldades da celebração de um compromisso arbitral quando as partes já estão em litígio e com os ânimos à flor da pele, é de suma importância que a cláusula compromissória seja estruturada de forma a prescindir da celebração do compromisso arbitral.

Para que a cláusula compromissória seja considerada cheia ou completa e, por isso ser possível dispensar o compromisso arbitral, a preocupação básica é que deve conter as regras suficientes para a instauração do tribunal arbitral e para o inequívoco início da Arbitragem²²⁹.

Essa regra é extraída da aplicação, a *contrario sensu*, do previsto no artigo 6º da Lei de Arbitragem que determina que “não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a Arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem”. Desta forma, não havendo acordo prévio disciplinando como instituir a Arbitragem, as partes deverão firmar o compromisso arbitral.

Assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme Acórdão abaixo:

ARBITRAGEM - Cláusula compromissória - Execução - Existência de acordo prévio em que as partes estabelecem a forma de instituir a arbitragem, adotando as regras de órgão arbitral institucional, ou de entidade especializada - Hipótese de cláusula compromissória cheia - Submissão às normas do órgão, ou entidade, livremente escolhido pelas

²²⁹CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 137.

partes - Desnecessidade de intervenção judicial afirmar o conteúdo do compromisso arbitral - Recurso provido.

ARBITRAGEM - COMPROMISSO ARBITRAL - Diferenciação da cláusula compromissória – Conceituação como submissão de um litígio, já existente entre as partes, à arbitragem de uma ou mais pessoas - Possibilidade da via judicial ou extrajudicial - Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 124.217.4/0 - São Paulo).

A cláusula compromissória cheia pode ser definida como aquela que contém os requisitos mínimos para que seja possível a instauração do procedimento arbitral. As condições mínimas referidas são aquelas descritas no artigo 10 da lei de arbitragem, por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local, a matéria que será objeto da arbitragem²³⁰.

Considera-se cláusula compromissória cheia aquela que: as partes pactuam todas as condições para a instauração da arbitragem e aquela que se refere às regras de uma entidade especializada. Na ocorrência desta última estamos diante de uma arbitragem institucional.

A cláusula compromissória cheia (arbitragem institucional), que se refere às regras procedimentais de uma entidade arbitral específica é a mais comuns nos contratos, o que acaba por evitar cláusulas extensas e procedimentos muitas vezes não confiáveis, e que poderiam levar a gerar uma cláusula patológica, conforme citamos abaixo, podendo levar a anulação por eventual afronta à ordem pública²³¹.

Todas as cautelas devem ser tomadas quando da elaboração de uma cláusula compromissória cheia, que será inserida no contrato, ou poderá até mesmo constar de documento apartado.

A cláusula ora referida deverá determinar a forma de instituição da arbitragem e, mais especificamente, estabelecer: o número e a forma de indicação dos árbitros; o local da arbitragem e onde deverá ser proferida a sentença arbitral; a matéria objeto da arbitragem; a lei aplicável para a solução do litígio; e o pagamento dos honorários dos árbitros, custas e despesas decorrentes do procedimento.

A maneira que será realizada a formação do tribunal arbitral, bem como a indicação de como deverá ser instituída a arbitragem, poderão ser suprimidas quando for

²³⁰SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 84.

²³¹Id. Ibid., p. 85.

indicada, na própria cláusula, uma instituição de arbitragem que administrará e que determinará o regulamento do procedimento arbitral.

Para evitar equívocos interpretativos, afirma-se que, diante de cláusula compromissória cheia, aquela que indica uma instituição arbitral ou a forma de iniciar a arbitragem e eleição de árbitros, em havendo resistência da outra parte em instituir a arbitragem, não é necessário bater nas portas do judiciário para processar a arbitragem; basta apenas proceder como indicado na cláusula compromissória.

7.4. Cláusula Compromissória Vazia

A cláusula compromissória vazia, ou como também é chamada cláusula em branco, é aquela em que as partes se obrigam a submeter seus conflitos à arbitragem, sem, no entanto estabelecer as regras mínimas para o desenvolvimento da arbitragem. As partes neste caso, não indicam as regras de alguma entidade.

Na cláusula compromissória vazia as partes afirmam apenas que qualquer litígio decorrente de um determinado negócio jurídico será solucionado por meio de Arbitragem.

Quanto à cláusula compromissória vazia, a própria Lei de Arbitragem, em seu artigo 6º, determina que não havendo acordo prévio com relação à forma de instituição da arbitragem, a parte interessada manifestará à outra seu interesse em dar início à arbitragem.

Se a cláusula compromissória nada dispuser com a controvérsia quanto à forma de instituir a Arbitragem, inicia-se procedimento com a nomeação dos árbitros e sua respectiva aceitação.

A fase pré-processual da Arbitragem, quando existir cláusula compromissória, termina com a aceitação pelos árbitros, sem que haja necessidade de celebrar compromisso arbitral.

Importante destacar que existem alguns eventuais inconvenientes na cláusula compromissória vazia, que podem ser os prazos, procedimentos, resolução de controvérsia

futura quanto à constituição do órgão arbitral, quanto ao desenvolvimento do processo arbitral, dentre outros²³².

Nas cláusulas vazias, quando do surgimento do conflito, será necessário que as partes firmem um compromisso arbitral, estabelecendo as regras que deverão utilizar, indicando árbitro ou árbitros²³³.

De toda maneira, quando se está diante de uma cláusula vazia, havendo discordância sobre a instituição da arbitragem entre as partes, instituição essa que depende de maneira fundamental da escolha dos árbitros, só restará às partes a execução específica da cláusula compromissória nos termos do artigo 7º da lei de arbitragem que veremos a seguir²³⁴.

7.5. Procedimento Judicial – Artigo 7º

Conforme afirmado anteriormente, a cláusula compromissória poderá constar ou não do contrato a que se refere, mas trata-se rigorosamente de um negócio jurídico, e, como tal, se inadimplido, foi dotado pela lei de execução específica²³⁵, de acordo com o disposto no artigo 7º da Lei de Arbitragem.

A cláusula compromissória possui duas finalidades fundamentais, quais sejam: inibir o acesso ao Poder Judiciário e ensejar a instauração do juízo arbitral.

Havendo recusa ou ausência da parte convocada para a instauração do juízo arbitral tem cabimento a ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem.

Nas palavras de Arruda Alvim

Se não houve recusa ou ausência da parte para instauração do juízo arbitral (mesmo porque em relação a ela nada se pediu ou da qual nada se solicitou), providência essa que é exigida pelo art. 6º, da Lei n. 9.307/96, não tem cabimento, sob ângulo algum, a ação a que se refere o art. 7º, da mesma Lei n. 9.307, que se baseia, precisamente, numa recusa de comparecimento ao juízo arbitral²³⁶.

²³²CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 37.

²³³SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. op. cit., p. 87.

²³⁴Id., loc. cit.

²³⁵ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002. p. 169.

²³⁶Id., loc. cit.

Podemos afirmar que, não havendo prova de ter ocorrido a providência a que se refere o artigo 6º (manifestação inequívoca da parte que pretende a instauração do juízo arbitral, com o conseqüente não comparecimento da parte convocada ou a recusa em firmar o compromisso arbitral), a hipótese é de inadmissibilidade da ação proposta com base no artigo 7º, por carência de interesse de agir.

Se uma das partes, diante de um conflito previsto na cláusula compromissória, pretender instaurar o juízo arbitral, deverá dirigir-se ao órgão instituído para tal, e não dirigir-se ao Poder Judiciário. Entretanto, diante da ausência de acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada deverá solicitar da outra que venha a firmar compromisso, em cuja solicitação deverão constar os elementos a isso necessários²³⁷.

Quando da interpretação dos artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem, verifica-se que a recusa ou ausência da parte para a instauração do procedimento arbitral é condição estabelecida *ex lege* com caráter de imprescindibilidade (condição de procedibilidade) para se possa cogitar da demanda, a que se refere o artigo 7º.

Quando as partes estabelecerem que a arbitragem seja administrada por uma instituição arbitral, com regulamento próprio e discipline a forma de eleição dos árbitros, estará afastada a aplicação do artigo 7º, podendo a parte dar início à arbitragem diretamente perante a referida instituição. Semelhante hipótese ocorrerá para as arbitragens *ad hoc*, em que a escolha dos árbitros esteja previamente prevista pelas partes ou já esclarecido o modo de iniciar o processo arbitral²³⁸.

Já o artigo 7º da Lei de Arbitragem²³⁹ refere-se à execução específica de cláusula compromissória vazia, ou à execução de cláusula compromissória que não contenha mecanismos de atuação imediata para nomeação de árbitros.

O referido artigo 7º da Lei de Arbitragem outorga à cláusula compromissória eficácia positiva, diante da resistência da parte em instituir a arbitragem²⁴⁰.

²³⁷ ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. op. cit., p. 170.

²³⁸ LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. Op. cit., p. 192.

²³⁹ O Artigo 7º da Lei de Arbitragem determina que: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. (...)”

²⁴⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes, cit., p. 191.

Neste mesmo artigo 7º, a Lei prevê amplos poderes para o juiz nomear árbitro, definir as questões a serem resolvidas, indicar prazo para apresentação do laudo e determinar local para realização dos atos²⁴¹.

Este procedimento judicial estabelece o cumprimento de uma obrigação de fazer, fazendo com a parte tenha o resultado esperado, desta forma, verifica-se que o descumprimento desta obrigação de fazer não resulta somente em perdas e danos.

Não havendo cláusula compromissória cheia será necessária a celebração do compromisso arbitral para se instituir a arbitragem. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra a sua intenção de dar início à arbitragem, esta manifestação dar-se-á por via postal ou por outro meio eficaz de comunicação, com aviso de recebimento, indicando o dia, hora e o local que a parte deverá comparecer.

O procedimento previsto no artigo 7º da Lei da Arbitragem tem função supletiva, isto é, só deve ser acionado na presença de estipulação arbitral vazia (ou branca), e deve ser interpretado em sua função teleológica, uma vez que sua finalidade é a de instituir a arbitragem.

Se a parte convocada não comparecer, ou comparecer porém se recusar a firmar o compromisso, poderá a outra parte propor a demanda nos termos do artigo 7º citado, perante o órgão do Poder Judiciário²⁴².

Mesmo após instituída a arbitragem, se o árbitro verificar a necessidade de explicitar ou completar alguma questão disposta na convenção de arbitragem e não tendo ele competência para tal e não havendo acordo entre as partes para firmar o aditivo, caberá à parte interessada a propositura do procedimento previsto no artigo 7º para sanar as dúvidas.

Cumprе ressaltar que o procedimento do artigo 7º não é obrigatório, desde que as partes tenham previsto outra forma de celebração do compromisso arbitral, sem a necessidade do juízo estatal para suprir a declaração da vontade inadimplida²⁴³.

²⁴¹CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 36.

²⁴²MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. op. cit., p. 225.

²⁴³Id. Ibid., p. 231.

Por fim, nos apoiando no exposto por Rodrigo Almeida Magalhães indicamos que são pressupostos processuais para essa ação de cumprimento compulsório da cláusula compromissória:

a existência escrita da cláusula arbitral, referindo-se a determinada relação jurídica; o surgimento do conflito no negócio jurídico acobertado pela cláusula arbitral, que faz surgir a necessidade da celebração do compromisso arbitral para instalação regular da Arbitragem; a recusa de uma das partes a firmar o compromisso arbitral, provada pela notificação prevista no artigo 6º²⁴⁴.

A sentença proferida neste caso valerá como compromisso arbitral e a instituição da arbitragem somente dependerá da aceitação pelo árbitro do encargo.

7.6. Requisitos de Validade

Para que a cláusula compromissória seja considerada válida, ela deverá preencher algumas condições. Estas condições podem ser divididas pelos seus aspectos subjetivos, objetivos e formais. Os requisitos indicados agora para a cláusula compromissória são os aplicáveis à arbitragem em si.

Quanto aos aspectos subjetivos, apontamos que as partes devem consentir livremente ao firmar a cláusula compromissória, tal como para celebrar qualquer contrato, bem como mais amplamente, os negócios jurídicos.

A vontade das partes não pode estar viciada, isto é, com vícios de consentimento, erro, dolo, coação, simulação e fraude.

Além disso, como requisito subjetivo, as partes devem ser capazes, assim como afirmado anteriormente para a Arbitrabilidade Subjetiva.

Quanto aos requisitos objetivos estes estão relacionados ao objeto da cláusula, assim como ocorre com na Arbitrabilidade Objetiva.

O objeto da cláusula compromissória deve ser relacionado a direito patrimonial disponível.

²⁴⁴MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. op. cit., p. 231.

Pelos requisitos formais, tem-se que a cláusula compromissória deve ser escrita, podendo estar inserida no contrato ou em documento apartado conforme já falamos. A cláusula compromissória não se presume.

E diante de tempos modernos, com meios de comunicação bastante eficazes, tais como fax, esclarece Rodrigo Almeida Magalhães²⁴⁵ que, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra, a cláusula compromissória poderia ser lavrada por estes meios.

Por fim, destacamos que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que está inserida, de maneira que a nulidade do contrato não implica, necessariamente, da nulidade da cláusula. Entretanto, há situações em que a nulidade da cláusula compromissória é inevitável, como por exemplo, para os casos em que no contrato foi aposta assinatura falsa²⁴⁶.

7.7. Vícios

Considerando que não é exigido que a convenção arbitral siga determinado modelo formal, mas sim que reflita de forma inequívoca a vontade das partes em adotar a arbitragem como método para solução dos conflitos abrangidos ou a serem abrangidos pelas partes para esse efeito, isto poderia originar controvérsias e dificuldades.

No entanto, o compromisso arbitral, segundo o artigo 10 da lei de arbitragem²⁴⁷, dispõe de vários itens obrigatórios que definem, de maneira funcional, a arbitragem como a matéria que será seu objeto, os dados das partes e dos árbitros, e outros. Para a cláusula compromissória devem ser dados maiores cuidados em sua elaboração, a fim de não gerar dificuldade ou até mesmo impedir a adoção da arbitragem²⁴⁸.

As cláusulas omissas, defeituosas, contraditórias e ambíguas são denominadas "cláusulas doentes" ou "patológicas".

Selma Lemes, citando Frederic Eisemamm, conceitua cláusulas doentes como sendo as cláusulas defeituosas, imperfeitas ou incompletas, "que pela ausência de

²⁴⁵MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. op. cit., p. 207.

²⁴⁶Id. Ibid., p. 208.

²⁴⁷O artigo 10 da Lei da Arbitragem determina o que deverá constar obrigatoriamente do compromisso arbitral.

²⁴⁸GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 65.

elementos mínimos suscitam dificuldades ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem”²⁴⁹.

Ainda nas palavras de Selma Ferreira Lopes²⁵⁰,

Muitos contratos estabelecem de maneira omissa e defeituosa que as dúvidas e controvérsias que surgirem serão solucionadas por arbitragem, mas não indicam a forma de operacionalizá-la, isto é, se farão uso da arbitragem institucional, quando nomeiam uma Câmara ou Centro de Arbitragem para administrar o processo arbitral, ou a “ad hoc”, quando as partes estabelecem as regras nas quais a arbitragem será processada naquele caso específico.

As cláusulas patológicas são entraves para o caminho da instituição da arbitragem. Para viabilizar a arbitragem, quando se depara com cláusula patológica, existem dois procedimentos possíveis: a) quando a cláusula denotar que a arbitragem seria institucional, a parte interessada dirigirá solicitação de abertura de processo arbitral, competindo ao órgão arbitral efetuar análise prévia para decidir se tem competência para administrar o processo, dando, então, início então à arbitragem. O tribunal arbitral verificará se tem competência para decidir a controvérsia; caso o tribunal arbitral entenda ser negativa sua competência, determinará que as partes instituem a arbitragem no judiciário; b) na hipótese de na cláusula não constar qualquer orientação de como as partes devem proceder, as partes também procurarão o judiciário para a instituição da arbitragem²⁵¹.

Essas cláusulas podem ser classificadas em cláusulas compromissórias a) inválidas, que são aquelas redigidas de tal forma incongruente, que da leitura não se pode aferir tratar-se de cláusula compromissória, não permitem que se afirme que as partes elegeram a arbitragem para solucionar seus conflitos e, por consequência, serão consideradas nulas e sem efeito no que se refere à instância arbitral; ou b) suscetíveis de validade, que são aquelas em branco ou vazias que, por exemplo, não esclarecem a forma de eleição dos árbitros ou o modo da arbitragem (institucional ou *ad hoc*), ou ambíguas, quando no mesmo documento ou em apartado prevê também a indicação de foro judicial.

O artigo 20, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem trata de nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem que deverá ser alegada pelo interessado logo na

²⁴⁹LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes, cit., p. 189.

²⁵⁰Id. As cláusulas arbitrais omissas e defeituosas, cit.

²⁵¹Id. Ibid.

primeira oportunidade em que for se manifestar. Trata-se de vício formal da cláusula ou do compromisso que impedem o desenvolvimento válido do processo arbitral²⁵².

A decisão do árbitro, quando da alegação de uma das hipóteses elencadas no *caput* do artigo 20 da referida lei, com a extinção do processo arbitral, não está sujeita a revisão judicial. A decisão do árbitro é definitiva e não comporta reexame. Por consequência, as partes estarão livres para proporem eventual litígio perante o Poder Judiciário competente para tanto. O árbitro extinguirá o processo arbitral, deixando que as partes proponham demanda judicial se assim quiserem²⁵³.

Identificadas as cláusulas compromissórias patológicas e a possibilidade de avaliação prévia quanto à sua validade e existência, observamos que princípios são aplicados para esses casos, e além dos princípios de interpretação, para as cláusulas compromissórias são aplicáveis também os princípios comuns à interpretação dos contratos.

Apoiando-nos no exposto por Selma Lemes, uma vez identificadas as cláusulas patológicas com a possibilidade de avaliação prévia quanto à validade e existência das cláusulas compromissórias, devem-se observar os princípios interpretativos serem aplicados para se verificar se efetivamente houve o consentimento das partes à arbitragem. São exemplos de alguns desses princípios²⁵⁴:

I – Princípio de Interpretação de Acordo com a Boa-fé

Conforme afirmamos em capítulo anterior, as partes têm o dever de adotar comportamento leal, padrão de conduta com probidade, honestidade em toda a fase prévia da elaboração contratual, durante a execução do contrato, se estendendo ao cumprimento de obrigações que remanescem durante a fase pós contratual.

A boa-fé é princípio basilar da vida negocial, “com o que não há dúvida que o princípio da boa-fé não é exclusivo do campo do Direito Civil, mas um paradigma de toda e qualquer relação humana”²⁵⁵.

²⁵²CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 247.

²⁵³Id., loc. cit.

²⁵⁴LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes, cit., p. 195-208.

²⁵⁵LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 314.

A interpretação de boa-fé consiste em aplicar este princípio, não se limitando apenas à disposição literal, mas sim perquirir a real intenção das partes ao estabelecerem a convenção de arbitragem.

Faz-se necessário pesquisar e levar em consideração as consequências que as partes contratantes visaram, bem como verificar o comportamento das partes, seja na fase prévia como na posterior ao contrato ou a controvérsia.

O artigo 112 do Código Civil, que determina que nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem, sustenta a possibilidade de se pesquisar a real intenção das partes ao firmarem a cláusula compromissória, em vez que ater-se à interpretação literal da cláusula.

Quando nos deparamos com uma cláusula compromissória ambígua ou contraditória, deverá ser pesquisada a real intenção das partes, verificando se os contratantes desejam estabelecer a cláusula compromissória, e para isso, tanto pode ser considerado o comportamento anterior das partes quanto o posterior à conclusão do contrato.

Por fim, importante ressaltar que o artigo 113 do Código Civil determina que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Nos ensinamentos de Renan Lotufo, referido artigo representa a função interpretativa da boa-fé, que deverá orientar os destinatários do negócio jurídico – cláusula compromissória – visando atribuir o real significado que as partes lhe atribuíram, procedendo com honestidade, ou, na hipótese de cláusulas ambíguas, conferir preferência ao significado que a boa-fé indique como mais razoável²⁵⁶.

II – Princípio do Efeito Útil ou da Efetividade

“O princípio de interpretação da cláusula arbitral patológica consoante seu efeito útil é universalmente aceito e aplicado na jurisprudência arbitral, representando antes de tudo regra de bom senso”²⁵⁷.

Com base neste princípio, a interpretação de acordo com o efeito útil significa que devemos supor que as partes, ao redigirem cláusula compromissória, tinham a intenção

²⁵⁶ LOTUFO, Renan. op. cit., v. 1, p. 316.

²⁵⁷ LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes, cit., p. 199.

de conceder-lhe um significado real e possível de operacionalização, isto é, de fato pretendiam que eventuais conflitos fossem solucionados pela arbitragem.

Desta forma, ainda que nos deparemos com cláusulas ambíguas, contraditórias, defeituosas, isto é, patológicas, a cláusula compromissória pode resultar na instituição da arbitragem, desde que esteja em consonância com a vontade das partes. E, para se chegar à vontade das partes, há que se fazer uso do processo hermenêutico indicado pela jurisprudência e doutrina, por meio dos princípios gerais do direito contratual e arbitral.

8. LIMITES DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

8.1. Código de Defesa do Consumidor

Pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor (CDC) não pode haver cláusula contratual que deixe as deliberações contratuais a cargo de apenas uma das partes. Portanto, considera nula a cláusula que deixar ao critério exclusivo e unilateral do fornecedor, não somente a escolha entre a jurisdição estatal e jurisdição arbitral, como também a escolha do árbitro.

Não se está afirmando que estas duas opções, estatal e arbitral, e a escolha da própria pessoa do árbitro não possam ocorrer nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. A afirmação é no sentido de que, nesta circunstância, as referidas opções devem ser objeto de deliberação bilateral, equitativa e equilibrada pelas partes, sem que haja sobreposição de uma sobre a outra²⁵⁸.

O Código de Defesa do Consumidor não impede a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos. O fato de estar-se no âmbito das relações de consumo não é motivo suficiente para o afastamento da arbitragem.

A respeito da cláusula compromissória nos contrato de adesão, sua eficácia depende da vontade do aderente ou da expressa concordância com a cláusula.

O artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor tem caráter de proteção em relação ao consumidor, que, na sistemática deste Código, é presumidamente a parte economicamente mais fraca na relação jurídica. Evita-se, com isso, que o fornecedor de bens e serviços possa impor a solução arbitral nos contratos em geral.

A cláusula compromissória imposta ao consumidor em contrato que discipline uma relação de consumo será considerada abusiva. Porém, isso não significa a absoluta impossibilidade de se introduzir a arbitragem pela via do compromisso arbitral. Surgida a controvérsia, as partes podem, de comum acordo, celebrar compromisso arbitral para submeter o dissenso à solução de árbitros.

²⁵⁸ ALEM, Fabio Pedro; MEDICI JR, Fernando. Novas tendências para solução de conflitos nas relações de consumo – arbitragem. In: VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307/1996, cit., p. 286.

Os contratos de adesão caracterizam-se pela desigualdade entre os contratantes, uma vez que uma das partes impõe à outra as condições e cláusulas previamente redigidas.

Em seu artigo 54, o Código de Defesa do Consumidor define o contrato de adesão como sendo aquele em que as cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou até mesmo modificar o seu conteúdo.

O artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem prevê requisitos de validade e eficácia da cláusula compromissória nos contratos de adesão.

Referido artigo da Lei de Arbitragem teve o objetivo de favorecer aquele que é considerado em tese economicamente mais fraco, a fim de se evitar imposição de uma parte à outra, nas condições gerais dos contratos de adesão, prevendo solução de conflito por meio da Arbitragem. Porém, não conseguiu proteger nem mesmo favorecer aquele que adere a um contrato.

Podemos verificar duas hipóteses decorrentes do parágrafo 4º acima citado. Na primeira hipótese que trata da eficácia da cláusula, esta ficaria condicionada à iniciativa do aderente, sendo o seu objetivo o de proteção ao aderente. Isto porque a inclusão de cláusula no contrato não resultará, necessariamente, na instituição da arbitragem, a menos que o aderente queira que o conflito seja solucionado por esse meio. Não ocorrendo a manifestação da vontade do aderente, a cláusula só vincularia o contratante que propôs o contrato de adesão, isto é, aquele que é economicamente mais forte. Caso o aderente não quera optar pela via arbitral, bastará que demande pela via judicial

Já na segunda hipótese, a cláusula compromissória será eficaz desde que tenha havido manifestação expressa do aderente, por escrito, em documento que se reporte ao contrato a que se refere a cláusula, ou por visto especial.

Tal proteção não ocorre na segunda hipótese. Carmona²⁵⁹ afirma que a segunda hipótese lançada no parágrafo 2º decorre de uma emenda que foi apresentada na Câmara dos Deputados. Esta emenda pretendia proteger o aderente contra eventuais abusos, mas foi exatamente o oposto que ocorreu. Explica-se.

A lei afirma que, para a eficácia da cláusula compromissória, o aderente deverá concordar expressamente com a instituição da arbitragem, por escrito.

²⁵⁹CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 107.

A redação original do artigo 4º, parágrafo 2º, então aprovada pelo Senado Federal, determinava que “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”.

Verifica-se que na versão original não poderia ser imposta a concordância prévia quanto à instituição da arbitragem, uma vez que somente com a aceitação dos árbitros é que se daria por instituída a arbitragem, tudo de maneira a deixar plenamente protegido o contratante mais fraco²⁶⁰.

Com a emenda apontada acima, a Câmara não aumentou a proteção ao aderente, e mais, causou grande polêmica na interpretação e aplicação das normas, uma vez que o artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor não foi revogado.

Considerando que o artigo 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) considera abusiva a cláusula que impõe o uso compulsório da arbitragem, tal artigo deixaria de ser tão relevante se tivesse sido adotada a redação original do artigo 4º, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem, uma vez que somente seria instituída a arbitragem se assim o aderente quisesse. Porém, com a redação final que foi dada ao citado parágrafo 2º, entende-se de rigor que a norma que deve prevalecer é a disposta no Código de Defesa do Consumidor²⁶¹.

Relativamente à revogação ou não do artigo 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, que afirma ser abusiva a cláusula contratual relativa ao fornecimento de produtos ou serviços que determina a utilização compulsória da arbitragem, apontam-se duas teses. A primeira tese defende a compatibilidade entre os artigos; a segunda afirma ter sido o CDC, neste ponto, derogado pela lei de arbitragem.

Conforme afirmado por Carlos Alberto Carmona²⁶², o artigo 4º da Lei de Arbitragem não revogou tacitamente o disposto no Código de Defesa do Consumidor, e é conveniente que não o seja a não ser depois da correção do equívoco cometido pela Câmara de Deputados, quando da alteração do artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem (“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

²⁶⁰CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 108.

²⁶¹Id. Ibid., p. 109.

²⁶²Id. Ibid., p. 397.

sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”).

Com a redação original do anteprojeto (aprovada pelo Senado indicada acima), não haveria nenhum prejuízo com a revogação do artigo 51, VII do CDC. Verifica-se que, com a redação aprovada pelo Senado, o artigo 51, VII do CDC referido, não teria grande relevância, pois somente seria instituída a arbitragem se o aderente assim o quisesse; entretanto, com a redação dada pela emenda da Câmara, no entendimento de Carlos Alberto Carmona²⁶³, é de rigor a salvaguarda do Código de Defesa do Consumidor.

Em artigo Fabio Pedro Alem e Fernando Medici Jr. indicam o entendimento de Selma Maria Ferreira Lemes, qual seja, de que o artigo 51, VII, do CDC teria sido revogado pela Lei de Arbitragem. O artigo 4º, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem teria derogado as restrições impostas pelo Código de Defesa do Consumidor com relação aos contratos de adesão envolvendo relações de consumo referentes a direitos disponíveis e que não afrontem a ordem pública. Este entendimento de que teria ocorrido derrogação baseia-se nos fundamentos: lei posterior revoga lei anterior naquilo que forem incompatíveis; e aplicação do princípio da especialidade da Lei de arbitragem com relação à aplicação da arbitragem em contratos de adesão²⁶⁴.

Em interessante Acórdão o Superior Tribunal de Justiça afastou a alegação de nulidade da cláusula compromissória uma vez que não havia relação de consumo comprovada e mais, expressou entendimento de que a Lei de Arbitragem tem aplicação imediata, o que tornaria irrelevante a data em que foi celebrado o contrato.

Processo civil e consumidor. Recurso especial. Contratos interligados para construção de navio. Previsão de cláusula arbitral. Obrigatoriedade da solução de conflitos por tal via, acarretando a extinção sem julgamento de mérito de ação de reparação por perdas e danos. Alegada relação de consumo a invalidar esse dispositivo. Suposta impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.307/96 a contratos firmados antes de sua vigência. Alegação de violação ao art. 535 do CPC inexistente.

- Não se reconhece violação ao art. 535 do CPC quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade no acórdão. - Aplica-se a Lei nº 9.307/96 aos contratos constituídos antes da sua vigência se, nestes, há previsão de cláusula compromissória anteriormente regida pelo CC/16 e pelo CPC.

- Não se conhece de recurso especial quando ausente o prequestionamento da matéria, e também na parte em que este se encontra deficientemente fundamentado.

²⁶³CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 109.

²⁶⁴ALEM, Fabio Pedro; MEDICI JR, Fernando. op. cit., p. 284.

Recurso especial não conhecido. (REsp 653733 / RJ RECURSO ESPECIAL 2004/0102276-0)

Conforme entendimento de José Maria Rossani Garcez²⁶⁵, o que a Lei de Arbitragem quis dizer foi que o consumidor não pode ser obrigado a aceitar a arbitragem, uma vez que esta decorre do exercício da autonomia da vontade e do livre acordo de vontade entre as partes. Desta forma, se o consumidor for compelido a aceitar a arbitragem, se não houver contrato e caso ele não aceite que tal cláusula seja imposta, a cláusula compromissória não será firmada ou, se o for, sob pressão ou coação, será considerada nula.

Por fim, não se pode perder de vista que o próprio artigo 4º, V do CDC estimula a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos ao dispor que, na política das Relações de Consumo, um de seus princípios será o do “V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.”

8.2. Trabalhistas

A Lei 9307/1996 determina que a arbitragem será possível para solucionar as questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, e desta forma, poderá ser utilizada no universo das relações do trabalho.

A Lei de Arbitragem não traz previsão expressa vedando que questões decorrentes do direito do trabalho pudessem ser resolvidas por meio de arbitragem. Desta maneira as causas trabalhistas em princípio são arbitráveis.

Nas palavras de Carmona²⁶⁶,

[...] parece predominar entre os juslaboristas o entendimento de que os direitos trabalhistas não comportariam renúncia nem transação, sob pena de afronta ao disposto no art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, sustentando-se, então, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Em consequência, a doutrina ainda dominante acaba sustentando uma ordem protecionista das regras inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho, tudo de modo a fazer crer serem

²⁶⁵GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 103.

²⁶⁶CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 58.

indisponíveis os direitos ali regulados, o que impediria a utilização da arbitragem.

Entretanto, para a utilização da arbitragem nesta seara faz-se necessária a organização de entidades que possibilitem às partes interessadas amplo acesso a seu corpo de árbitros, especialistas em direito trabalhista, além disso, também é imprescindível o envolvimento da classe dirigente sindical dos trabalhadores e patronal; deles dependerá a inclusão de cláusula compromissória em acordo e convenções coletivas do trabalho como forma de solução de conflitos individuais e coletivos de trabalho²⁶⁷.

Importante inovação trouxe a Constituição Federal, em seu artigo 114, parágrafo 1º, no qual determina que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

Reconheceu o Constituinte que ao menos nas convenções coletivas, no qual o âmbito de disponibilidade de direitos é amplo, não haveria impedimento para a solução arbitral do litígio.

No que diz respeito aos conflitos individuais, não se pode negar que, a despeito do caráter protetivo, nem todos os direitos constantes da Consolidação das Leis do Trabalho assumiriam o perfil de irrenunciabilidade.

Foram proferidas decisões por juízes federais em São Paulo para conceder ordem em mandado de segurança no qual era garantida a liberação do valor do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Estas sentenças reconheceram, ainda que indiretamente, a validade da convenção de arbitragem nestas relações de trabalho.²⁶⁸

Em consequência das decisões acima citadas, verificou-se que a solução arbitral de controvérsia trabalhista decorrente de relação jurídica finda seria possível, uma vez que as controvérsias estariam ligadas apenas às verbas indenizatórias, sendo, portanto, de natureza disponível os direitos em disputa.

Quanto à arbitrabilidade de controvérsias trabalhistas ainda em curso, para alguns autores, em tais casos não seria aceitável a solução arbitral por conta da própria natureza protetiva do Direito do Trabalho. Porém, no entendimento de Carmona,²⁶⁹ a

²⁶⁷YOSHIDA, Márcio. A arbitragem no âmbito do direito do trabalho. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 80.

²⁶⁸CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 60.

²⁶⁹Id., loc. cit.

restrição à aplicabilidade da arbitragem para controvérsias em curso não deveria prosperar, pois ainda que em sede de relações de trabalho em curso há um vasto espaço para atuação da vontade dos contratantes, tratando-se de disponibilidade do direito.

Para Carmona²⁷⁰, tanto para as questões ligadas aos direitos coletivos, quanto para aquelas relacionadas aos direitos individuais (seja relação jurídica finda ou em curso) pode-se aplicar a lei de arbitragem.

Quanto às vantagens e desvantagens da via arbitral em matéria trabalhista, no que diz respeito à produção de prova oral e a gratuidade, citando Márcio Yoshida verifica-se que é plenamente possível a produção de prova oral no juízo arbitral nas mesmas condições que a via jurisdicional, a despeito do árbitro não possuir poder para obrigar a testemunha, impor o comparecimento coercitivo, nada o impede de requisitá-la ao órgão judiciário que seria originalmente competente para julgar a causa. Quanto à gratuidade, de fato não há que se falar em gratuidade do procedimento arbitral: os custos devem ser arcados pelas partes que a requisitaram. No caso de sucumbência do trabalhador hipossuficiente, sugere o autor que sejam criados meios de proteção adequado, custeados por seus sindicatos profissionais²⁷¹.

De acordo com Marcos Fava²⁷², a questão que se impõe para a aplicação da arbitragem nos litígios individuais de trabalho consiste na proposital omissão do constituinte acerca de sua implementação. Isto porque a Constituição Federal autoriza, de maneira expressa, a incidência da arbitragem para os conflitos coletivos do trabalho. Pela omissão, poder-se-ia chegar à conclusão de que para os conflitos individuais de emprego a arbitragem não seria aplicável.

Entretanto, para aqueles que sustentam que a omissão da Constituição Federal equivaleria à proibição da utilização da arbitragem nos conflitos individuais, Márcio Yoshida afirma estar equivocada esta posição, uma vez que para os conflitos cíveis e comerciais a Constituição Federal não traz dispositivo autorizando a arbitragem, e nem por isso diz-se que em tais hipóteses também haveria proibição, aliás, de acordo com o princípio da legalidade as proibições não se presumem da omissão da lei²⁷³.

²⁷⁰CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 61.

²⁷¹YOSHIDA, Márcio. op. cit., p. 82.

²⁷²FAVA, Marcos. A arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas. In: VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*, cit., p. 327.

²⁷³YOSHIDA, Márcio. op. cit., p. 91.

José Maria Rossani Garcez afirma que ultimamente tem-se percebido maior aceitação da jurisprudência quanto à arbitragem em matéria trabalhista. A jurisprudência tem reconhecido a existência de direitos disponíveis em alguns temas relacionados ao direito do trabalho e a possibilidade da aplicação da arbitragem para dirimir referidos temas. De acordo com o autor, a arbitragem seria aplicada até mesmo em questões relacionadas a contratos individuais de trabalho, ainda que seja discutido que alguns casos de processos arbitrais têm sido utilizados tão somente para ratificar acordos laborais por meio de sentença arbitral²⁷⁴. O Enunciado nº 330 do Tribunal Superior do Trabalho²⁷⁵, aprovado pela Resolução nº 22/93, trata da eficácia da transação e da medida dos seus efeitos, dando valor à quitação firmada pelo empregado, desde que assistido pelo seu sindicato.

Relativamente ao Enunciado acima, Márcio Yoshida afirma tratar-se de negócio jurídico celebrado sem a intervenção do Estado ou do Judiciário, que tem por finalidade impor a definitiva quitação ao seu objeto e impedir a sua posterior discussão no âmbito judicial.

Desta forma, o autor entende que esta orientação jurisprudencial afirma a validade da quitação passada pelo empregado, uma vez que ele é detentor de direito patrimonial disponível, e reconhece o sindicato como defensor dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, com a “prerrogativa de transacionar direitos trabalhistas, quer como representante da categoria, quer como substituto processual.”²⁷⁶

Verifica-se, desta forma, que a arbitragem abrange conflitos relativos a direitos patrimoniais os quais os seus titulares, capazes, poderão ceder, alienar, renunciar e transacionar, tal como visto nos subitens – Arbitrabilidade Objetiva e Subjetiva expostos acima.

²⁷⁴GARCEZ, José Maria Rossani. op. cit., p. 65.

²⁷⁵Enunciado 330 do TST – Homologação. Quitação. Parcelas. Redação anterior – A quitação passada pelo empregado, com assistência de Entidade Sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo. (Res. TST 22/93, DJ, 21.12.93).
Redação atual do Enunciado 330 – A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.
I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que essas constem desse recibo.
II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação. (Res. TST 108/01, DJ, 18.04.01) (Revisão do Enunciado 41)

²⁷⁶YOSHIDA, Márcio. op. cit., p. 94.

Conforme indicado por Márcio Yoshida é possível indicar alguns direitos trabalhistas que são passíveis de renúncia ou transação, e, por conseguinte, passíveis de arbitragem²⁷⁷.

A título de exemplo, sem a pretensão de esgotar o rol de direitos passíveis de arbitragem no âmbito do direito do trabalho, citamos os direitos relativos a salário e a jornada de trabalho, direitos decorrentes de contratos de trabalho extintos e a possibilidade de conciliação.

Por fim, com o intuito de viabilizar a arbitragem nesta seara, é recomendável que haja participação do sindicato dos trabalhadores no procedimento arbitral, com a finalidade de evitar eventual desequilíbrio de forças entre as partes – empresa e empregado hipossuficiente -, e de eliminar qualquer arguição de nulidade fundada na obrigação de intervenção daquele para a transação de alguns direitos trabalhistas.

²⁷⁷YOSHIDA, Márcio. op. cit., p. 95.

9. CONCLUSÃO

O direito não pode se manter avesso às transformações porque à lei incumbe garanti-las, propiciando a evolução orgânica e sistematizada das nossas instituições.

As formas alternativas de soluções de conflitos têm-se intensificado nos últimos anos, em decorrência, dentre outros fatores, da incapacidade do Judiciário de prestar um serviço de solução de demandas em um tempo razoável.

Com este crescimento vão surgindo também questionamentos com relação à Lei de Arbitragem, que nos levam, por consequência, a um maior amadurecimento de nossas condutas frente à possibilidade de se escolher a Arbitragem.

Em síntese, a submissão de conflitos atuais e futuros ao juízo arbitral é acordada entre as partes por meio da celebração de uma convenção privada, qual seja a convenção arbitral. Por sua vez, a elaboração de cláusula compromissória também leva às partes a possibilidade de solução de conflitos que possam surgir no desenvolvimento do contrato e sua execução e, até mesmo, para uma melhor interpretação de suas cláusulas sem que se leve à extinção do contrato.

Para elucidação, destacamos que a distinção principal entre Compromisso Arbitral e Cláusula Compromissória é seu caráter temporal, isto é, para o Compromisso o que se tem em mira é um conflito atual; diferentemente, a cláusula aponta para conflito futuro, eventual, definível.

A convenção arbitral pode assumir a forma de cláusula compromissória, que se constitui no instrumento pelo qual as partes se comprometem a submeter ao juízo arbitral eventual litígio futuro. Pode, ainda, configurar-se como compromisso arbitral, que é o contrato que as partes celebram a fim de submeter um conflito existente à arbitragem.

A cláusula compromissória também é entendida como contrato de organização, desde que se tratar de "cláusula cheia", a ponto de conter todos os detalhes para a instituição da Arbitragem, de tal sorte que estará organizado o juízo arbitral sem a necessidade do compromisso.

A Arbitragem é uma ferramenta de negociação. A cláusula compromissória é um acordo mediante o qual as partes renunciaram à solução estatal.

Pela sua importância, a cláusula compromissória não deve ser tratada como apenas mais uma simples cláusula que pode ser inserida sem maiores cuidados e de forma padronizada nos contratos.

A cláusula compromissória poderá ser inserida ou não no contrato a que se refere, e por se tratar de um negócio jurídico, podemos afirmar que se inadimplido, foi dotado pela lei de execução específica, de acordo com o disposto no artigo 7º da Lei de Arbitragem.

Vislumbramos no desenrolar deste trabalho que para a cláusula compromissória também são aplicáveis os elementos gerais que são aqueles indispensáveis à existência de qualquer negócio jurídico, são eles: forma que a declaração toma, que no caso da cláusula compromissória deve ser escrita; objeto, isto é, matéria que será objeto da arbitragem, seu conteúdo; e as circunstâncias negociais, as quais fazem como que seja reconhecida socialmente a manifestação de vontade como destinada a produzir efeitos jurídicos.

Quanto aos elementos categoriais, que aqueles que são próprios de cada tipo de negócio jurídico e permitem uma tipificação básica, não resultam da vontade das partes, e sim da lei; e os particulares pertencem a um específico negócio indicado pelas partes, também são identificáveis nas cláusulas compromissórias, uma vez que quando essa traz regras próprias determinadas pela lei de arbitragem, como por exemplo, a cláusula compromissória nos contratos de adesão; ser inserida no próprio contrato ou em apartado; ser cheia ou vazia; fazer referência à arbitragem *ad hoc* ou institucional.

Tal qual um negócio jurídico, a cláusula compromissória depende da declaração de vontade das partes, matéria que será objeto do litígio (elementos intrínsecos ou constitutivos), agente capaz, lugar e o tempo (elementos extrínsecos ou antecedentes). Estes últimos não são apenas antecedentes ou extrínsecos, mas sim elementos pressupostos, uma vez que precisam existir antes que o negócio ser feito, ou mais especificamente que a cláusula compromissória seja proposta.

Do elemento geral extrínseco, agente capaz, afirmamos que para a celebração das cláusulas compromissórias o agente deve ser capaz de contratar, além disso o objeto da cláusula compromissória (elemento geral intrínseco) também deve ser lícito, possível e determinado, ou ao menos, determinável.

Por fim, ainda que nos deparemos com as cláusulas compromissórias patológicas, além da possibilidade de avaliação prévia quanto à sua validade e existência, tal como nos negócios jurídicos, observamos que são aplicáveis também os princípios comuns aos contratos.

Reforçamos a idéia da cláusula compromissória que deve ser entendida como um negócio jurídico 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.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALEM, Fabio Pedro; MEDICI JR., Fernando. Novas tendências para solução de conflitos nas relações de consumo – arbitragem. In: VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 280-298.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *A função social dos contratos no novo Código Civil*. Texto fornecido pelo Autor no Curso de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 06 nov. 2008.

ARENDT, H. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 3. ed. Trad. de Abranches A, Almeida Car, Martins H. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Vallandro L. Bornheim G. São Paulo: Abril, 1979. (Os Pensadores – Aristóteles II).

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffré, 1987.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio (Orgs.). *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Organização Yussef Cahali. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

COSTA, Marcos Roberto N.; DE BONI, Luis Alberto. *Ética medieval face aos novos desafios da contemporaneidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coords.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

FAVA, Marcos. A arbitragem como meio de solução dos conflitos trabalhistas. In: VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 309-336.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato de acordo com o novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONZAGA, Maria Cristina de Brito. *Frases de latim forense: sentenças e origens com tradução, anotadas ao direito brasileiro vigente*. 1. ed. São Paulo: Livr. de Direito, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; CAETANO NETO, Lagrasta. *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem: doutrina, legislação, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

_____. (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. (Coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Ed., 2004.

JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coords.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LEI DE ARBITRAGEM. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Organização Yussef Cahali. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

_____. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado. *La Corte Espanhola de Arbitraje*, v. 7, p. 31-57, 1991.

_____. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 686, p. 73-89, dez. 1992.

_____. Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 115, p. 441-4678, jul./set. 1992.

_____. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. As cláusulas arbitrais omissas e defeituosas. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

LEMES, Selma Ferreira. As cláusulas arbitrais omissas e defeituosas. *Valor Econômico*, São Paulo, 22 ago. 2003. Caderno Legislação & Tributos, p. E 2.

_____; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

LICATTI, Taissa Macaferri. Novo mercado: influência e aspectos relacionados à inserção da cláusula compromissória arbitral nos estatutos sociais. In: VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 233-279.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e convenção arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem: [comentários à Lei 9.307/96]*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre arbitragem: memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1, t. 1.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico*. 8. ed. São Paulo: Ed. Método, 2006.

MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2008.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos: la responsabilidad contractual*. Santa Fe: Rubinzal-Culzonis Editores, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem institucional: fatores críticos na escolha da instituição arbitral. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 254-257.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. riveduta ed integrata. Ed. Scientifiche Italiane, 1991.

PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, 2004. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.org.br>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

ROCHA, Sílvio L. F. da. Princípios contratuais. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 507-521.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. 4.tir. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

_____. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. 6. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SADDI, Jairo. O princípio da boa-fé e a arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 64-77.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *O pacto antenupcial e a autonomia privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TALAVERA, Glauber Moreno. In: CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio (Orgs.). *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo *Direito civil parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2005.

VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

WALD, Arnaldo. Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: VERÇOSA, Haroldo M. D. (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

_____. (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 16, jan./mar. 2008.

_____. (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 17, abr./jun. 2008.

_____. (Coord.) *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 6, n. 20, jan./mar. 2009.

_____. (Coord.) *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, ano 6, n. 20, abr./jun. 2003.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Latim no direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

YOSHIDA, Márcio. A arbitragem no âmbito do direito do trabalho. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 79-97.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)