RODRIGO ARAUJO GABARDO

A EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O ESTUDO DE SUA NATUREZA JURÍDICA

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

RODRIGO ARAUJO GABARDO

A Existência, Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem: uma contribuição para o estudo de sua natureza jurídica

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração do Direito Internacional, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Augusto Fontoura Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

AUTORIZO A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Assinatura:_____ Data: 18/01/2019

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Gabardo, Rodrigo Araujo
A Existência, Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem: uma contribuição para o estudo de sua natureza jurídica/
Rodrigo Araujo Gabardo - São Paulo, 2019.
198 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.
Orientador: Prof. Dr. Associado José Augusto Fontoura Costa

1. Arbitragem. 2. Convenção de Arbitragem. 3. Direito de Acesso ao Árbitro. 4. Existência. 5. Validade. 6. Eficácia. I. Fontoura Costa, José Augusto, orient. II. Título.

Nome: GABARDO, Rodrigo Araujo

Título: A Existência, Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem: uma contribuição para o estudo de sua natureza jurídica

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração do Direito Internacional.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr._____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento: _____ Assinatura:_____

Lucas, minha força. Paola, meu coração. Sacrifícios momentâneos para recompensas duradouras. Tudo é para vocês. Papai os ama.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em especial, a Camila. Foi ela quem dedicou inúmeros dias e noites nessa empreitada. O fez, cuidando com atenção e carinho de nossos pequenos. Sem sua dedicação e apoio incondicional, nada aconteceria. Este trabalho também é seu.

Agradeço ao professor José Augusto Fontoura Costa pela confiança e sempre pronto apoio.

Agradeço ao avô Belmiro, alfaiate, ao avô Nerinho, fiscal, ao pai Dalton, pelos exemplos de vida.

Agradeço a avós Regina e Selba, pelo apoio fundamental com as crianças.

Agradeço ao João Bosco Lee por me apresentar o fascinante mundo da arbitragem, ser um mentor e um amigo nesses últimos 15 anos.

A todos também dedico esse trabalho.

RESUMO

Rodrigo ARAUJO GABARDO. A Existência, Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem: uma contribuição para o estudo de sua natureza jurídica. 198 p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

A arbitragem é um mecanismo convencional de solução de controvérsias que depende da formação de um negócio jurídico, denominado convenção de arbitragem, ou de um conjunto de relações jurídicas que também englobam o contrato de árbitro e o contrato de organização da arbitragem. O direito subjetivo de ação não se confunde com o direito material. A Constituição Federal reconhece um direito subjetivo de ação (acesso à justiça) e uma autonomia para o exercício fora da jurisdição estatal. A convenção de arbitragem é o alicerce jurídico fundamental da arbitragem. Por meio dela, as partes modelam o direito constitucional de ação - seu verdadeiro objeto – para adequar à sua concepção de acesso à justiça. O fazem por meio de um instrumento de direito material - o negócio jurídico - com conteúdo processual – o direito subjetivo de ação, constituindo um direito processual de acesso ao árbitro. Seus efeitos materiais/processuais, de um lado positivo, impõem a uma obrigação de fazer as partes e constituem a base da missão jurisdicional do árbitro. De outro lado, obrigam o Estado a se abster da apreciação de demandas submetidas à convenção de arbitragem. Por sua gênese e por seus efeitos, a convenção de arbitragem possui natureza mista que repercute na análise dos requisitos de existência, validade e eficácia.

Palavras-Chave: Arbitragem; Convenção de Arbitragem; Existência; Validade; Eficácia.

ABSTRACT

Rodrigo ARAUJO GABARDO. The Requirements of Existence, Validity and Effectiveness of the Arbitration Agreement: a contribution to study of its legal nature. 198 p. Doctoral degree – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

Arbitration is a contractual dispute settlement mechanism that depends on a set of legal relationships, including the arbitration agreement, arbitrator agreement and the agreement to organize the arbitration. The right of action is a part of the substantive rights. The Federal Constitution recognizes a right of action (access to justice) and an autonomy for the exercise it out of the state jurisdiction. The arbitration agreement is the fundamental legal basis of arbitration. Through it, the parties shape the constitutional right of action - its object - to fit its conception of access to justice. The arbitration agreement creates constituting a right of access to the arbitrator. Its material / procedural effects impose an obligation to the parties and creates the basis of the arbitrator's judicial powers. On the other hand, the State is forbidden to judge claims submitted to the arbitration agreement. Due to its genesis and its effects, the arbitration agreement has a mixed legal nature reflecting the analysis of the requirements of existence, validity and effectiveness.

Keywords: Arbitration; Arbitration Agreement; Existence; Validity; Effectiveness.

RÉSUMÉ

Rodrigo ARAUJO GABARDO. Les conditions d'existence, validité et d'efficacité de la convention d'arbitrage : une contribution à l'étude de son nature juridique. 198 p. Thèse – Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2019.

L'arbitrage est un mécanisme conventionnel de règlement des litiges qui repose sur la formation d'une convention d'arbitrage, ou d'un ensemble de relations juridiques qui englobe également le contrat d'arbitre et le contrat d'organisation d'arbitrage. Le droit d'action en justice ne se confond pas avec le droit matériel. La Constitution Fédérale reconnaît un droit d'action en justice (accès à la justice) et d'une autonomie pour l'exercice en dehors de la juridiction de l'État. La convention d'arbitrage est la base juridique fondamentale de l'arbitrage. Par cette convention, les parties adaptent sa conception de l'accès à la justice. La convention d'arbitrage a un instrument de droit matériel et contenue de droit subjectif d'action, constituant un droit procédural d'accès à l'arbitre. Leurs effets matériels / procéduraux, du côté positif, imposent une obligation de faire et constituent le fondement de la mission judiciaire de l'arbitre. En revanche, ils obligent l'État à s'abstenir de l'évaluation des droits soumises à la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage a une nature juridique mixte qui a des répercussions sur l'analyse des conditions d'existence, de validité et d'efficacité.

Mots-clés : Arbitrage ; Convention d'arbitrage ; Existence ; Validité ; Effets.

ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CCI	Câmara de Comércio Internacional
Código Civil	Lei n. e alterações
Código de Processo Civil	Lei n. e alterações
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ed.	edição
Lei de Arbitragem	Lei n. 9.307/1996 com alterações promovidas pela Lei n. 13.129/2015
n.	número
p.	página
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
vol.	volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 25
2. BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL 27
2.1. O PERÍODO DAS ORDENAÇÕES 27
2.2. O PERÍODO IMPERIAL 28
2.3. O PERÍODO REPUBLICANO 32
2.4. O PERÍODO RECENTE 35
2.5. O NOVO REGIME DA ARBITRAGEM 37
3. A ARBITRAGEM COMO RESULTADO DE UM CONJUNTO DE RELAÇÕES JURÍDICAS 39
3.1. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM 40
3.2. O CONTRATO DE ÁRBITRO 41
3.2.1. A existência do contrato de árbitro 41
3.2.2. A natureza do contrato de árbitro 43
3.2.3. A existência do contrato de árbitro reforçada pela autonomia da convenção de arbitragem em face do contrato de árbitro 46
3.2.4. A vinculação do contrato de árbitro em face da convenção de arbitragem 50
3.2.5. O termo de arbitragem como adendo à convenção de arbitragem 51
3.3. O CONTRATO DE ORGANIZAÇÃO DA ARBITRAGEM 53
3.3.1. A existência do contrato de organização da arbitragem 53
3.3.2. A autonomia da convenção de arbitragem em face do contrato de organização de arbitragem 57
4. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SUA NATUREZA JURÍDICA 59
4.1. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NOS TRATADOS INTERNACIONAIS 59
4.1.1. A Convenção de Nova Iorque 59
4.2. A NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO DIREITO ESTRANGEIRO 61
4.2.1. No direito francês 61
4.2.2. No direito português 62
4.2.3. No direito americano 62
4.3. A NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO 63
4.3.1. A natureza jurídica da arbitragem 63
4.3.2. A natureza jurídica da convenção de arbitragem 65

4.3.2.1. A teoria do negócio jurídico 66
4.3.2.2. A convenção de arbitragem como negócio jurídico 68
4.3.3. A importância da definição da natureza jurídica da convenção de arbitragem70
4.4. O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM 72
4.4.1. A convenção de arbitragem como negócio jurídico "material" 72
4.4.2. A cláusula compromissória como negócio jurídico processual 75
4.4.2.1. O negócio jurídico processual como consequência do efeito processual 75
4.4.2.2. O negócio jurídico processual como consequência da norma jurídica incidente sobre o suporte fático 76
4.4.2.3. O negócio jurídico processual como consequência da organização da jurisdição privada 77
4.4.2.4. O negócio jurídico processual como consequência de seu objeto 78
4.4.3. A convenção de arbitragem como negócio jurídico misto 79
4.5. A NATUREZA JURÍDICA MISTA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM - JUSTIFICATIVAS 80
4.5.1. A investigação da gênese da convenção de arbitragem 82
4.5.1.1. O conteúdo da convenção de arbitragem 82
4.5.1.2. O objeto da convenção de arbitragem 84
4.5.1.2.1. O direito material como objeto da convenção de arbitragem 85
4.5.1.2.2. A análise do objeto da convenção de arbitragem repercute numa natureza mista. 97
4.5.2. A análise do conteúdo eficacial da convenção de arbitragem 98
4.5.2.1. O Direito de Acesso ao Árbitro – como elemento atributivo do caráter material da convenção de arbitragem 98
4.5.2.2. Os efeitos da convenção de arbitragem 101
4.5.2.2.1. O efeito positivo da convenção de arbitragem 102
4.5.2.2.2. O Efeito Negativo da Convenção de Arbitragem 108
4.5. CONCLUSÃO DA SEGUNDA PARTE 109
5. A EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM 111
5.1. A EXISTÊNCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM 112
5.1.1. Os elementos gerais 112
5.1.1.1. Os elementos gerais intrínsecos 113
5.1.1.1.1. A forma 113
5.1.1.1.2. O Objeto 113
5.1.1.1.3. As circunstâncias negociais 113
5.1.1.2. Os elementos gerais extrínsecos 114
5.1.1.2.1. O agente 114
5.1.1.2.2. O tempo e lugar 114

5.1.1.3. Os elementos categoriais da convenção de arbitragem 115
5.1.1.3.1. A caracterização da arbitragem 116
5.1.1.3.4. Os elementos categoriais próprios..... 122
5.2. A VALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM 124
5.2.1. O agente capaz de celebrar a convenção de arbitragem..... 124
5.2.2. O objeto da convenção de arbitragem 129
5.2.2.1. Licitude..... 129
5.2.2.2. Possibilidade..... 132
5.2.2.3. Determinação..... 133
5.2.3. A forma da convenção de arbitragem 135
5.3. A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM..... 142
5.3.1. A natureza condicional da cláusula compromissória..... 143
5.3.2. A eficácia imediata da cláusula compromissória..... 144
5.3.2. O princípio do "*pas de nullité sans grief*" 146
6. CONCLUSÃO..... 149
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 155
ANEXO A - Lei de Arbitragem 183

1. INTRODUÇÃO

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem é, antes de tudo, um mecanismo para a obtenção da justiça.

Na sua origem, possuía um conceito simples. Indivíduos, incapazes de solucionar uma disputa por consenso, concordavam em se submeter ao julgamento de um terceiro particular, cuja experiência ou discernimento ambas confiavam. Em razão dos atributos reconhecidos a esse terceiro e da confiança em um resultado justo, a decisão vinculava os litigantes naturalmente.

A história da arbitragem, como o próprio desenvolvimento do conceito de justiça, confunde-se com a história da humanidade.

O conceito simples, inerente ao convívio social, teve em Roma a sua institucionalização. Isso ocorreu de tal modo que um ilustre arbitralista francês afirma que "*após o Digesto de Justiano, todo o direito da arbitragem não foi mais que reeditos*".

A efetivação da justiça, ferramenta essencial para a manutenção da paz social, foi em muitas sociedades atrelada ao poder centralizador. Reis, imperadores e governantes centralizaram o poder de "fazer a justiça", como forma de controle social. Assim, a arbitragem hibernou, como mecanismo efetivo de solução de controvérsias privadas, por séculos.

Com o surgimento dos Estados-Modernos e, em especial, o reconhecimento ampliado das liberdades individuais, a arbitragem ressurgiu como ferramenta de acesso à justiça.

Atualmente, a arbitragem é entendida como o mecanismo consensual de solução de controvérsias pelo qual as partes convencionam submeter certas pretensões ao julgamento de particulares - os árbitros - por meio da celebração de um acordo prévio, a chamada convenção de arbitragem.

Assim, a convenção de arbitragem é a origem, a pedra fundamental da arbitragem[1]. Não havendo tema mais estudado pelo direito arbitral do que ela.

No Brasil, recentemente, um debate histórico teve sua importância ressuscitada pela doutrina: a natureza jurídica da convenção de arbitragem.

---

[1] BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 71.

A aprovação do novo Código de Processo Civil, em 2015, ampliou as hipóteses de celebração de negócios jurídicos processuais.

Atrelado aos debates doutrinários sobre os efeitos, em especial, do artigo 190 do novo Código de Processo Civil, questionamentos surgiram sobre o enquadramento da convenção de arbitragem como negócio jurídico processual. Repercutindo em reações daqueles que defendem a natureza material da convenção de arbitragem.

Esse debate, por muitas vezes, fundou-se em entendimentos clássicos sobre a natureza do negócio jurídico e princípios aplicáveis à teoria geral de processo. Abstendo-se da análise da gênese própria da convenção de arbitragem e da arbitragem.

Para tanto, no intuito de colaborar com o debate atual, a presente pesquisa terá por objeto o estudo da convenção de arbitragem.

Na primeira parte será demonstrado que a arbitragem advém de um conjunto de relações jurídicas, dentre as quais, a principal é a convenção de arbitragem.

Na segunda parte, investigar-se-á a natureza jurídica da convenção de arbitragem, com a apresentação da posição doutrinária corrente no Brasil e o entendimento deste doutorando, a partir da análise da gênese e dos efeitos da convenção de arbitragem.

Nesse ponto, a natureza mista da arbitragem, de origem contratual e eficácia jurisdicional, sugere que a natureza jurídica da convenção de arbitragem seja híbrida.

Desse modo, o objetivo será confirmar se, de fato, a natureza jurídica da convenção de arbitragem apresenta um caráter híbrido ou misto.

Definido o entendimento sobre a natureza jurídica da arbitragem, a terceira parte do trabalho será dedicada para a análise das consequências da natureza jurídica da arbitragem na definição de sua existência, validade e eficácia.

Enfim, em linhas gerais, é o que se propõe.

2. BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Antes da adentrar na análise da convenção de arbitragem sob a legislação vigente, apresenta-se um resumo de sua história normativa no Brasil.

2.1. O PERÍODO DAS ORDENAÇÕES

O início da regulamentação da arbitragem no Brasil remonta ao período anterior às codificações propriamente nacionais, em que vigeram as "Ordenações do Reino" de Portugal[2].

Nas Ordenações Afonsinas, o título CXIII do Livro Terceiro reproduzia uma "lei" de Dom Dinis – na realidade, um extrato de direito processual – que referia a prática de uma arbitragem voluntária por meio dos "Os Juízes Árbitros" (*"Alvidros"*).

Pela celebração de um compromisso ("*Compromiffo*"), as partes poderiam disciplinar a renúncia da submissão de uma apelação, a aplicação de lei diversa das (Ordenações)[3] e a possibilidade de escolha de juiz ou delegado para atuar como árbitro.

Por outro lado, existiam normas que restringiam a autonomia concedida às partes na celebração do compromisso.

Na hipótese de impossibilidade de qualquer dos árbitros julgar o litígio, os demais somente poderiam fazê-lo mediante expressa autorização contida no compromisso. Caso a arbitragem fosse iniciada com uma pluralidade de árbitros – não havia expressa indicação de um número mínimo ou ímpar de árbitros - e um ato processual fosse realizado, não seria mais possível o julgamento por apenas parte ou um deles, ainda que houvesse autorização expressa de julgamento isolado no

---

[2] Uma análise detalhada sobre o conteúdo das Ordenações pode ser obtida em: NOGUEIRA, José A. A. Duarte. A arbitragem na história do direito português: subsídios. Revista Jurídica, Lisboa, Nova série n. 20 (Nov.1996); ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de. **História do direito Português**, 8 ed., Lisboa: Pedro Ferreira, 1992.

[3] Consta expressamente na Ordenação Afonsina um reconhecimento a autonomia das partes na disciplina daquela espécie de arbitragem, a saber: *"[mandamos que fe guarde o dito compromiffo, fem embargo defta Ley, porque achamos per Direito, que cada huum pode renunciar todo direito, que por fua parte for introduzido[...]*".

compromisso. A priori, por analogia ao contido no item 10 do título CXIII do Livro Terceiro[4], a referida situação remeteria a uma anulação do compromisso.

Era vedado também que o compromisso estipulasse a possibilidade de dois árbitros, que discordassem em seu julgamento, escolhessem um terceiro árbitro para desempate. Caso os árbitros assim o fizessem, as partes não seriam obrigadas a aceitar o árbitro escolhido, podendo – de outro modo - escolher o terceiro árbitro de forma consensual.

No tocante à eficácia do compromisso, a morte de uma das partes ou do árbitro único repercutia na nulidade do compromisso, não podendo os herdeiros se aproveitarem do mesmo.

As Ordenações Manuelinas, vigentes no Brasil entre os anos de 1514 a 1603, disciplinavam a arbitragem voluntária no Livro III, Título LXXXI ("Dos Juizes Aluidros").

Com relação ao compromisso, não se verificam alterações no regime jurídico atribuído pelas Ordenações Afonsinas. Entretanto, destacam-se avanços no regime jurídico relativo à sentença arbitral, como a definição de prazo para apelação dirigida aos "Sobre-Juízes" e a execução da sentença pelo juízo estatal, do mesmo modo que se daria se a sentença tivesse sido proferida por este último.

Nas Ordenações Filipinas, vigentes entre os anos de 1603 a 1916, as disposições sobre arbitragem encontravam-se no Livro III, Título XVI e não se diferenciaram daquelas contidas nas Ordenações Manuelinas. Merece destaque, apenas, o uso da palavra "Juízes Árbitros" em substituição aos "Juízes Aluidros".

2.2. O PERÍODO IMPERIAL

À semelhança do que ocorrera na primeira Constituição portuguesa datada de 1822[5], a Constituição Imperial de 1824 elevou o regime jurídico da arbitragem para a esfera constitucional.

---

[4] "*Em sendo feito compremiffo em humm Juiz Alvidro, e ele, ou cada huuma das partes morreffem ante da Sentença definitiva, loguo espirará, e ferá em todo defoluto o compremiffo, afsy como fe nunqua foffe feito [...]*".

[5] Portugal, Constituição Política da Monarquia Portuguesa, aprovada em 23 de setembro de 1822: "*Artigo 194.º. Nas causas cíveis, e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juízes árbitros, para as decidirem*".

O art. 160 estabeleceu a possibilidade de as partes litigantes optarem pela arbitragem e renunciarem ao recurso contrário à sentença arbitral, assim o fazendo: "*Nas cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes*".

No âmbito infraconstitucional, consta-se o regramento da arbitragem para os contratos de seguro na Lei de 26 de julho de 1831, sem que, contudo, houvesse uma alteração no regime disciplinado nas Ordenações Filipinas para o compromisso.

Na Lei de 26 de julho de 1831, o artigo terceiro dispunha que questões relativas aos contratos de seguro deveriam ser decididas por árbitros nomeados pelas partes, enquanto não se estabelecessem o juízo por jurados. Enquanto os artigos quarto e quinto disciplinavam sobre a possibilidade de as partes renunciarem a possibilidade de recurso contra a sentença arbitral e a execução das sentenças arbitrais pelas justiças ordinárias e de paz.

A Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837, fazia referência à admissão de uma decisão por árbitros nos litígios que envolvessem a locação de serviços dos colonos.

No entanto, ao contrário do que defende Diego Franzioni[6], entende-se que o artigo 14 remetia a uma espécie de arbitramento e não arbitragem, quando analisados os dispositivos legais em sintonia com as Ordenações Filipinas ainda em vigor.

Isso ocorre, porque ao dispor que tal decisão ocorresse perante o juiz de paz do foro do locatário, mediante o requerimento de uma das partes, o dispositivo contrariaria com o Livro III, Título XVI das Ordenações Filipinas que exigia a presença de um compromisso para a ocorrência da arbitragem. Outrossim, ao tratar da possibilidade de decisão por "árbitro", quando as ambas as partes entenderem que as provas não seriam "liquidas", o conteúdo não jurídico da decisão do "árbitro" assemelha-se aquele atribuído aos "aluidradores" no Livro III, Título XVII das Ordenações Filipinas; os quais, ressalta-se poderiam intervir no litígio, inclusive, por orientação do juiz.

---

[6] FRANZIONI, Diego. Histórico Legislativo da Arbitragem no Brasil. In: TEIXEIRA, Tarcisio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub C. (Org.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**, v. 1, Barueri: Manole, 2017, p. 23-36.

Também não se vislumbra, a ocorrência de uma arbitragem obrigatória, como sugerido por Pedro Batista Martins[7], em especial, diante do contido no artigo 14 que dispunha sobre a competência privativa dos juízes de paz do foro do locatário para dirimir tais controvérsias[8].

O Código Comercial, por sua vez, alterou o regime da arbitragem no Brasil, ao introduzir a figura do juízo arbitral e prescreve-lo como obrigatório[9] aos litígios entre comerciantes que resultassem de contrato de locação mercantil[10], societária[11], direito marítimo[12] e outros[13].

Apesar da imposição da arbitragem compulsória, ressalta-se que o art. 302. (5) do Código Comercial estabelecia a obrigatoriedade de os contratos de sociedade conterem a forma de nomeação dos árbitros[14].

Ainda no ano de 1850, o Decreto n. 737, de 25 de novembro, passou a regular o julgamento dos litígios em matéria comercial, tal como disposto no Código Comercial[15].

Em seu artigo 411 havia a previsão do "juízo arbitral voluntário", instituído por compromisso das partes, e do "juízo arbitral necessário", nas hipóteses previstas no Código Comercial.

---

[7] MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 43.

[8] Brasil, Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837: "*Art. 14. O conhecimento de todas as acções derivadas de contractos de locação de serviços, celebrados na conformidade da presente Lei, será da privativa competencia dos Juizes de Paz do foro do locatario, que as decidirão summariamente em audiencia geral, ou particular para o caso, sem outra fórma regular de processo, que não seja a indispensavelmente necessaria para que as partes possão allegar, e provar em termo breve o seu direito; admittindo a decisão por arbitros na sua presença, quando alguma das partes a requerer, ou elles a julgarem necessaria por não serem liquidas as provas*".

[9] Brasil, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850: "*Art. 20. Serão necessariamente decididas por arbitros as questões e controversias a que o Codigo Commercial dá esta fórma de decisão*".

[10] Brasil, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850: "*Art. 245. Todas as questões que resultarem de contractos de locação mercantil serão decididas em Juizo arbitral*".

[11] Brasil, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850: "*Art. 294. Todas as questões sociaes que se suscitarem entre socios durante a existencia da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em Juizo arbitral*".

[12] Brasil, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850: "*Art. 739. As questões que se moverem sobre o pagamento de salvados, serão decididas por arbitros no lugar do districto onde tiver acontecido o naufrágio*".

[13] Cita-se os artigos 739, 749, 750 e 783, (os três últimos ainda em vigor) tratam da arbitragem aplicada ao transporte marítimo de cargas, além dos artigos 846 e 854.

[14] Brasil, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850: "*Art. 302. A escriptura, ou seja publica ou particular, deve conter: [...] 5. A fórma da nomeação dos arbitros para juizes das duvidas sociaes*".

[15] Ressalta-se que o regime aplicável ao procedimento arbitral, em muito, se assemelha com aquele atualmente em vigência no Brasil.

Esse compromisso pelo “juízo arbitral voluntário” poderia, inclusive, ser firmado antes ou na pendência da demanda, mesmo depois de interposta ou concedida a revista (recurso).

Os artigos 413 a 417 disciplinavam os requisitos legais inerentes à forma e à capacidade mínima das partes contratantes. Somente as partes dotadas de capacidade jurídica para transigir poderiam firmar o compromisso, o qual poderia ser realizado no âmbito judicial ou extrajudicial.

Na hipótese do compromisso judicial, o artigo 429 estabelecia ainda a obrigatoriedade da qualificação das partes e árbitros, além da definição do objeto do litígio. Era facultado às partes incluir também o prazo para proferimento da sentença arbitral e a pena convencional imposta à parte que recorrer da sentença ou “*dolosamente embaraçar que esta se dê no prazo marcado*”.

Ademais, o artigo 437 disciplinava ainda quatro hipóteses de anulação do compromisso. No caso de não aceitação, falecimento ou impossibilidade de um árbitro e o compromisso não prever a sua substituição, no caso de procedência do pedido de impugnação de árbitro e o compromisso não prever a sua substituição, na hipótese de expirado o prazo convencional ou legal para o proferimento da sentença arbitral e as partes não concordarem por sua renovação, e no caso de falecimento de uma das partes.

Essa dualidade entre arbitragem voluntária e necessária para matérias de ordem comercial vigorou, em sua essência, até 1866. Momento em que a Lei n. 1.350, de 14 de setembro de 1866, derrogou o art. 20 do Título Único do Código Comercial, para afastar o juízo arbitral necessário, estabelecendo que “*o Juízo Arbitral será sempre voluntário mediante o compromisso das partes*”.

No entanto, uma guinada mais drástica no regime jurídico da arbitragem pode ser verificada no Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867.

Ao regular o “*Juízo Arbitral do Commercio*”, o Decreto distinguiu, em duas, as modalidades de acordo para a submissão da arbitragem: o compromisso e a cláusula de compromisso. Contudo, atribuiu somente ao compromisso a eficácia necessária para a instituição do juízo arbitral.

De acordo com o artigo 9, a cláusula de compromisso, fosse ela firmada sem a nomeação dos árbitros ou relativa a questões eventuais, teria eficácia de mera

promessa, ficando pendente "*para a sua perfeição*" a execução de novo e especial acordo das partes, o compromisso.

Não havia, entretanto, penalidade imposta à parte reticente na celebração do compromisso; o que repercutiu, nas palavras de Pedro Batista Martins, em *captu mortum*[16].

No entanto, a ineficácia atribuída à cláusula compromissória não era uma exclusividade do direito brasileiro. Por exemplo, na França, em 1843, a *Cour de Cassation* recusou a validade da cláusula compromissória para litígios de natureza comercial interna[17].

2.3. O PERÍODO REPUBLICANO

A Constituição Republicana de 1891 não tratou da arbitragem entre particulares, limitando-se a dispor sobre a realização de arbitragem[18] pelo Estado brasileiro, como ferramenta para a evitar declaração de guerra.

Por outro lado, a descentralização federativa teve por efeito a edição, pelos estados brasileiros[19], de Códigos de Processo Civil. Em alguns casos, foram disciplinadas regras aplicáveis à arbitragem[20] que já espelhavam as disposições que passariam a vigorar no Código Civil de 1916.

Merece destaque o litígio envolvendo o Estado de Minas Gerais contra Américo Werneck, em que o jurista Rui Barbosa foi contratado pelo Estado de Minas Gerais para anular um laudo arbitral – cujo procedimento havia sido sugerido pelo próprio Estado de Minas Gerais – perante o Supremo Tribunal Federal. No memorial, em que defende a supremacia da justiça estatal em face da arbitral, Rui Barbosa apresentou

---

[16] Pedro Batista Martins faz referência a posição de Waldemar Ferreira, Alfredo Bernardes e Eduardo Espínola. (MARTINS, Pedro Batista. Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 209.

[17] DAVID, René. Arbitrage du XIXe et arbitrage du XX Siècle. In : WALD, Arnoldo (Coord.) **Doutrinas Essenciais – Arbitragem e Mediação**. São Paulo, RT, 2014, p.59.

[18] Erroneamente indicado no texto legal como "arbitramento".

[19] No Estado de São Paulo, Lei n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930.

[20] MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 44.

interessante comentário que exemplifica o entendimento sobre a validade e eficácia do compromisso do início do século XX. Cita-se[21]:

> *"Não há compromisso, quando o convênio, a que se der este nome, se celebre entre as pessoas, que, para comprometer, não tem capacidade, ou sobre coisas, a respeito das quais não se pode comprometer. Não o haverá, outrossim, quando se lhe omitir qualquer das solenidades ou declarações, que lhe exige a lei sob cominação formal de nulidade. Tampouco o pode haver, quando ele se houver extinguido, pela ocorrência de qualquer das eventualidades a que a lei ou o próprio contrato arbitral ligarem tal efeito. E, se, por nulo ou extinto, não existe compromisso, da sua extinção ou invalidade participará, e com elas desaparecerá o juízo arbitral, como desparece a competência de toda e qualquer autoridade, em desaparecendo a lei da sua criação e a carta de sua investidura".*

O Código Civil (Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916) no Capítulo X apresentou um novo regramento para a arbitragem, extrapolando os limites do direito material que disciplinariam o compromisso "arbitral".

Nos artigos 1.037 a 1.040, observa-se o regime aplicável à formação do compromisso (capacidade das partes, forma e objeto) e a confirmação do compromisso como instrumento apto para a submissão à arbitragem.

Nos artigos 1.041 a 1.048 foram disciplinadas regras inerentes ao procedimento arbitral, a possibilidade de recurso e a execução da sentença arbitral.

Passo importante para o regime jurídico arbitral no Brasil foi a promulgação, em 22 de março de 1932, do Decreto n. 21.187, que internalizava o protocolo relativo a cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923 ("Protocolo de Genebra").

Por meio da ratificação deste tratado, o Brasil reconhecia a validade de compromisso ou de cláusula compromissória pela qual as partes num contrato teriam se obrigado, em matéria comercial internacional.

Apesar do avenço no regime jurídico da arbitragem, a aplicação do Protocolo de Genebra em território nacional fora, contudo, singela. Fato esse justificado pela ausência de um consentimento sobre a eficácia desse tratado internacional no regime jurídico interno.

---

[21] BARBOSA, Rui. Questão Minas Werneck. **Obras completas de Rui Barbosa**, vol. XLV-1918, t. IV, Rio de Janeiro: MEC/Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980, p. 3 - 15.

Jürgen Samtleben[22] denota que a aplicação do Protocolo de Genebra transitou entre o entendimento de total inaplicabilidade – em face da ausência de uma lei especial de execução – e uma aplicação limitada aos casos internacionais.

No entanto, segundo José Carlos Magalhães[23], com a manifestação de Clóvis Bevilacqua[24] sobre a validade da cláusula compromissória no âmbito do Protocolo de Genebra, a doutrina e a jurisprudência teriam passado a reconhecer a eficácia de *pactum de compromittendo* à cláusula compromissória e submeter a parte relutante à celebração do compromisso ao ressarcimento por perdas e danos.

Com a Constituição de 1934 reafirmou-se a competência da União para legislar privativamente sobre a arbitragem comercial[25], sem prejuízo de uma legislação estadual supletiva ou complementar.

No âmbito do direito público, a nova constituição dispôs sobre a submissão de controvérsias entre o Brasil e outros Estados Nacionais à arbitragem[26], bem como para o caso de indenização devida pela União aos Estados e litígios envolvendo a disputa por limites territoriais entre os estados[27].

As constituições seguintes (1937, 1946 e 1967) tão pouco acrescentaram ao regime jurídico da arbitragem e da convenção arbitral. Tendo transitado entre um repúdio geral ao instituto à reintrodução da arbitragem em matéria de direito público internacional[28].

Diego Franzioni[29] denota que, no art. 141, parágrafo quarto da Constituição de 1946, pela primeira vez, foi fixado o princípio de que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 141, §4o). Reproduzido na Constituição de 1967[30], e posteriormente afastado pelo Ato

---

[22] SAMTLEBEN, Jürgen. O histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem – lei brasileira e a praxe internacional**. 2 ed., São Paulo: LTR, 1999, p. 36-37.

[23] Cf. MAGALHÃES, José Carlos. Perspectivas da Arbitragem Comercial no Brasil. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro***,* n. 69, jan.-mar., São Paulo: RT, 1988.

[24] BEVILAQUA, Clóvis Parecer sobre o Protocolo de Genebra de 1923 - cláusulas de arbitramento comercial. **Revista de Mediação e Arbitragem***,* n. 9, São Paulo: RT, 2006, p. 315-316.

[25] (art. 5, inc. XIX, letra "c").

[26] (arts. 4o e 40, letra "b")

[27] (Disposições Transitórias, art. 13).

[28] Cf. MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 44.

[29] FRANZIONI, Diego. Op. cit., p. 30.

[30] (art. 150, §4o).

Institucional no 5/68, trata-se de relevante disposição para o debate em torno da constitucionalidade da arbitragem no Brasil.

Nesse ínterim, entrou em vigência o Código de Processo Civil de 1939.

A despeito de apresentar inovações quando ao procedimento arbitral, como as hipóteses de "nulidade" da sentença arbitral, e retrocessos, como a proibição de árbitros estrangeiros, destaca-se a ausência de qualquer disposição sobre a cláusula compromissória.

O legislador, assim, foi incapaz de se apropriar da inovação dogmática contida no Protocolo de Genebra, de modo a atribuir uma eficácia autônoma à clausula compromissória para a submissão dos litígios à arbitragem. Hoje, sabe-se, que tal fato contribuiu para décadas de estagnação da prática arbitral no Brasil.

2.4. O PERÍODO RECENTE

Fatores políticos verificáveis entre as décadas de 30 a 80 no Brasil repercutiram em um processo de estatização que avançou, inclusive, sobre a jurisdição privada. O Estado "provedor" reduziu as ferramentas de autocomposição paulatinamente, subjugando os particulares a uma quase que exclusiva jurisdição estatal[31].

Dentro desse contexto, o Código de Processo Civil de 1973, apresentou singelos avanços se comparado com Código de Processo Civil CPC anterior.

Merece destaque o artigo 1.086 que autorizava a tomada de medidas coercitivas e cautelares pelo árbitro com o eventual suporte da autoridade judiciária.

Ressalta-se ainda o artigo 1.082 que previa a responsabilização do árbitro, por perdas e danos, quando não proferido o laudo no prazo, acarretando a extinção do compromisso, e quando, depois aceitar o encargo, a ele renunciar sem motivo justificado.

O mal maior do Código de Processo Civil de 1973, contudo, adveio da consolidação da prerrogativa exclusiva do compromisso arbitral como único

[31] Nesse ponto tem razão Pedro Batista Martins. (MARTINS, Pedro Batista. Op. cit., 1999, p. 45).

instrumento de submissão dos litígios à arbitragem; o que, ao cabo, contribui para condenar a prática arbitral a décadas de hibernação[32].

No entanto, a culpa não deve recair tão somente ao legislador. Havia, ainda, na época uma *mentalidade jurisdicionalista*[33] estatal[34].

A época, duas correntes se desenvolveram sobre a eficácia da cláusula compromissória e a consequência advinda do fato de uma das partes signatárias da cláusula compromissória recusar-se a celebrar o compromisso.

Para os negativistas, representados por Waldemar Ferreira, Alfredo Bernardes e Eduardo Espínola, a cláusula compromissória expressava apenas um dever de ordem moral, não produzindo qualquer obrigação de ordem civil. Esse entendimento, que antes fora positivado no artigo 9 do Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867, atribuía à cláusula compromissória uma natureza de *pacto de contrahendo*, sem eficácia legal.

Com o passar dos anos, uma terceira corrente de "modernistas"[35], inspirados pelas mudanças normativas verificadas alhures, reivindicavam a admissão de um efeito vinculativo à cláusula compromissória para instituição do juízo arbitral e a possibilidade de execução específica da cláusula nos casos de inadimplemento por uma das partes.

Luiz Olavo Batista e José Carlos Magalhães[36] ainda defendiam que, a partir da entrada em vigência da Lei das Sociedades (Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976), a cláusula compromissória inserida no acordo de acionista de sociedade anônima

---

[32] "A despeito disso (previsão do Código Civil de 1916 sobre o compromisso), não se tem notícia de prática significativa, ao longo de todo o século XX, até a edição de lei de arbitragem. (MAGALHÃES, José Carlos. Op. cit., 2006, p. 165-172).

[33] Luiz Olavo Batista e José Carlos Magalhães, ao tratarem da eficácia prática da arbitragem nos anos 80, afirmam que "*De tudo que foi exposto, conclui-se que o tratamento dado à arbitragem no Brasil, seja no âmbito interno, seja proveniente do exterior, é reflexo de uma mentalidade jurisdicionalista*". BATISTA, Luiz Olavo; MAGALHÃES, José Carlos. **Arbitragem Comercial**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 16.

[34] Pontes de Miranda asseverou que o juízo arbitral "é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo". MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, t. XV/344, São Paulo: Forense, 1977 *apud* CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Brasil: Em busca de uma nova lei. *In:* WALD, Arnoldo (Coord.) **Doutrinas Essenciais – Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2014, p. 286.

[35] Cf. MAGALHÃES, José Carlos. Perspectivas da Arbitragem Comercial no Brasil. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n. 69, jan.-mar., São Paulo: RT, 1988. MAGALHÃES, José Carlos. Op. cit., 2006, p. 165 a 172. BATISTA, Luiz Olavo; MAGALHÃES, José Carlos. Op. cit., p. 24.

[36] Idem, p. 23.

representaria uma exceção à obrigatoriedade da celebração do compromisso arbitral para a instituição da arbitragem. Defendiam os referidos juristas que, diante da obrigatoriedade de observação dos acordos de acionistas pela companhia, o artigo 118 da Lei das Sociedade Anônimas estabeleceria uma hipótese de execução específica da cláusula compromissória em face da eventual recusa da instituição da arbitragem.

A Constituição Federal de 1988, apesar de concebida e promulgada em um ambiente que almejava maiores liberdades individuais, em nada fez avançar o regime da arbitragem no Brasil. Resumindo-se a facultar a realização de arbitragem em matéria de negociação coletiva de direitos trabalhistas[37].

Ao retomar o preceito de que "*a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*"[38], uma análise preliminar poderia remeter ao entendimento de que a nova Carta Magna teria reforçado a tendência de estatização das disputas privadas.

Sabe-se, agora, que a interpretação dada pela Jurisprudência e as leis extravagantes que a sucederam - em especial, a partir do final dos anos 2000, seguiram uma tendência de maior flexibilização e valoração dos mecanismos privados de solução de controvérsia.

No plano internacional, contudo, houve avanços. Em 1995, o Brasil ratificou e promulgou a Convenção do Panamá de 1975 relativa ao reconhecimento e homologação de laudos arbitrais estrangeiros.

2.5. O NOVO REGIME DA ARBITRAGEM

Para a arbitragem, o divisor de águas ocorreu com a promulgação da Lei n. 9.306, de 23 de setembro de 1996.

O novo regime geral de arbitragem[39], por suas inovações[40], apresentou-se como propulsor da prática da arbitragem no Brasil.

---

[37] (art. 114, §§1o e 2o)

[38] (art. 5o, inc. XXXV)

[39] O atual regime jurídico aplicável à convenção de arbitragem será trabalhado na sequência da presente tese.

[40] Sobre as expectativas da doutrina à época da entrada em vigência da Lei n. 9.307/06, ver: FONTOURA COSTA, José Augusto; TUSA, Gabriela. Expectativa e Âmbito de Aplicação da Nova Lei

Com relação à convenção de arbitragem, à semelhança do ocorrido na França nos anos 80, o novo regime atribuiu à convenção de arbitragem a eficácia e força vinculante necessária para a instituição da arbitragem, dividindo-a em duas sub-espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Regulamentou a execução específica da cláusula compromissória como forma de superação da resistência indevida da parte à instauração da arbitragem.

Atribuiu ao árbitro a prerrogativa inicial para decidir sobre a sua própria competência poderes.

Qualificou a sentença arbitral como título executivo judicial, retirando-lhe a necessidade de sua homologação por via judicial para obtenção de eficácia executória.

Na esteira da Lei de Arbitragem, em 2002, o Brasil promulgou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras celebrada em Nova Iorque em 1958 ("Convenção de Nova Iorque")[41].

A última onda de modernização do regime jurídico da arbitragem ocorreu em 26 de maio de 2015, com a entrada em vigor da Lei n. 13.129 que alterou e inclui disposições da Lei n. 9.307/96.

Dentre as alterações de destaque, cita-se: a autorização expressa para a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem, a autorização legal para que as partes afastem a aplicação de dispositivo contido em regulamento de instituição de arbitragem que limite a escolha do árbitro à respectiva lista, a definição do momento processual de interrupção da prescrição, a regulamentação da carta arbitral e da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social.

É sob esse regime jurídico que a convenção de arbitragem será analisada.

---

de Arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**, São Paulo: LTr, 1996, p. 187-196.

[41] Brasil, Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002.

3. A ARBITRAGEM COMO RESULTADO DE UM CONJUNTO DE RELAÇÕES JURÍDICAS

Arbitragem é uma criatura da vontade do contrato[42]. Ao tecer tal afirmação, Bernard Hanotiau relacionava a origem da arbitragem à celebração de uma convenção de arbitragem.

Os ordenamentos jurídicos, em sua quase absoluta maioria[43], definem a convenção de arbitragem de modo semelhante ao contido no art. 7 da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL[44], ou seja, é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica.

A convenção arbitral é a pedra angular da arbitragem. Ela instrumentaliza a manifestação de vontade das partes em resolver seus litígios por meio do procedimento arbitral, dando os contornos normativos para a sua realização.

No entanto, a despeito da convenção de arbitragem (1) representar a gênese da arbitragem, sua efetivação como mecanismo de solução de controvérsias decorre também da formação de outras relações jurídicas: do contrato de árbitro (2) e, eventualmente, do contrato de organização de arbitragem (3).

---

[42] HANOTIAU, Bernard. The Parties to the Arbitration Agreement. In: LÉVY, Laurent; DERAINS, Yves. (Coord.). **Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff**. Paris: Pedone, 2011, p. 323.

[43] Como exemplo, tem-se: Brasil, Lei nº 9.307/96, art. 3º: "*Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral*"; França, Code de procédure civile, art. 1442: "*La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat*"; Inglaterra, English Arbitration Act, Section 6: "*In this Part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not)*"; Portugal, Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro de 2011, art. 1º (1): "*Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros*".

[44] UNCITRAL ARBITRATION MODEL LAW (As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006), art. 7: "*Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not*". Ambas as opções 1 e 2 preveem essa disposição.

3.1. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A legislação brasileira reconhece a origem consensual da arbitragem, ao estabelecer no artigo 3 da Lei de Arbitragem[45] que as partes interessadas em submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral, assim o farão, por meio da celebração de uma convenção de arbitragem.

A lei não conceitua a convenção de arbitragem, cabendo então a doutrina[46] tal tarefa.

A convenção de arbitragem é entendida como o acordo de vontade das partes[47] pelo qual se vinculam a submeter litígios determinados ou determináveis, presentes ou futuros, ao julgamento por particulares – os árbitros[48] – derrogando, para os mencionados litígios à jurisdição estatal.

Em outras palavras, a convenção de arbitragem é o instrumento jurídico pelo qual as partes, atualmente ou em tese, litigantes entre si, exercem sua opção pela jurisdição arbitral[49].

A Lei de Arbitragem, apesar de criar o gênero convenção de arbitragem, optou pela manutenção da tradicional dualidade da "cláusula compromissória- compromisso arbitral", atribuindo a elas a qualidade de espécies da convenção de arbitragem.

Assim, a despeito de disporem do mesmo efeito jurídico, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral apresentam elemento categorial próprio que as distingue no tocante aos requisitos de validade.

---

[45] Brasil, Lei de Arbitragem: "Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral".

[46] Cf. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77; GUERREIRO, Luiz Fernando. Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5; BATISTA MARTINS, Pedro. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76.

[47] Geneviève Burdeau, ao analisar Convenções Internacionais que permitem o início unilateral de arbitragem, afirma: "However, the resolution of a dispute by private judges without the parties' consent is not arbitration". BURDEAU, Geneviève. Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats. Revue de l'arbitrage, n° 3, Kluwer: Paris, 1995.

[48] "*The fact that the basis of arbitration is contractual is not disputed: an arbitrator's power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute*". FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emanuel; GOLDMANN, Bertrand. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.), Paris: Kluwer Law International, 1999, p. 28.

[49] CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5 ed., São Paulo: RT, 2015, p. 153.

Por hora, cumpre-se destacar que a cláusula compromissória é a convenção por meio da qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a um contrato. O compromisso arbitral, por sua vez, é a convenção por meio da qual as partes submetem um litígio à arbitragem.

3.2. O CONTRATO DE ÁRBITRO

Celebrada a convenção de arbitragem e existente a pretensão, faz-se necessária a instauração da arbitragem; o que, de acordo com o artigo 19 da Lei de Arbitragem, ocorre quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Aceita a nomeação pelo(s) árbitro(s), origina-se uma relação jurídica entre, de um lado, o(s) árbitro(s), e de outro lado, as partes litigantes[50].

3.2.1. A existência do contrato de árbitro

Denominada como "*contrat d'arbitre*" [51], "*contrat d'arbitrage*"[52] ou "*receptum arbitrii*"[53], a relação jurídica existente entre o(s) árbitro(s) e partes litigantes, tem por objeto o exercício da "missão arbitral"[54] pelo(s) árbitro(s) escolhidos, ou seja, a condução do procedimento arbitral de forma regular até o proferimento da sentença arbitral[55].

Nesse diapasão, o exercício dessa missão arbitral repercute no atendimento de duas ordens de obrigações impostas aos árbitros[56].

---

[50] Cf. DITCHEV, Alexander. Le contrat d'arbitrage - – Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer, Revue de l'arbitrage, 1981.395, spéc nº 2 e 4. FOUCHARD, Philippe. Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale. In : Écrits. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

[51] CLAY, Thomas. **L'Arbitre**. Paris: Dalloz, 2001, p. 496-498.

[52] LALIVE, Pierre et ali. **Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse**, Lausanne, Switzerland: Éditions Payot, 1989, p. 332 e 333..

[53] DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international**. Paris: Economica, 1982, p. 371.

[54] CLAY, Thomas. Op. cit. 2001, p. 518.

[55] *«ayant pour objet l'exercice par l'arbitre d'une mission très particulière: trancher le litige qui oppose ses cocontractants».* Rapport de la Commission de l'arbitrage international de la CCI sur le statut de l'arbitre, *Bull. de la CIA,* CCI, mai 1996, p. 28 et s.

[56] Para essa classificação, considerou-se os conceitos de obrigação de meio e de resultado definidos por Roberto Senise Lisboa (_____*Op. cit.,* 2013, p. 115).

O árbitro obriga-se a julgar a controvérsia que lhe é submetida pelas partes, na exata dimensão de seus pedidos[57] e no prazo por elas fixado[58], por meio do proferimento de uma sentença arbitral[59]. Essa obrigação de resultado[60] imposta ao árbitro pode ser observada na previsão contida no art. 29 da Lei de Arbitragem[61], que condiciona o fim da arbitragem ao proferimento da sentença arbitral, bem como na autorização dada a parte interessada para ingressar em juízo visando requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem[62].

Para alcançar esse resultado, impõe-se ao árbitro a preservação da regularidade do procedimento arbitral, em respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa, igualdade das partes e devido processo legal[63 e 64], desempenhando a sua função com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição[65]. Tratam-se todas de obrigações de meio e de execução continuada[66], vinculando o árbitro desde o marco inicial de sua investidura até o proferimento da sentença arbitral, sob pena de nulidade da sentença arbitral[67].

Para as partes, impõem-se a obrigação de remunerar a atuação do árbitro e de colaborar com o correto desenvolvimento do procedimento arbitral.

---

[57] Segundo CARMONA, "*cabe ao árbitro manifestar-se sobre toda a controvérsia que lhe seja submetida, não podendo deixar de decidir a respeito de todas as questões que, no seu conjunto, formam o mérito do processo arbitral. […]julgar toda a controvérsia (isto é, todos os pedidos formulados pelas partes)*." (CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., 2009, p. 407).

[58] Na ausência de acordo das partes, o art. 23 da Lei nº 9.307/96 determina que a sentença arbitral seja proferida no prazo de seis meses.

[59] Na forma dos arts. 26 e 27 da Lei de Arbitragem.

[60] LISBOA, Roberto Senise, Op. cit., 2013, p. 115.

[61] Brasil, Lei nº 9.307/96: "*Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo*".

[62] Brasil, Lei nº 9.307/96: "*Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei*".

[63] Brasil, Lei nº 9.307/96: "*Art. 21, § 2º: Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento*".

[64] Cf. KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due Process in International Commercial Arbitration.** 2. ed. Oxford: Oxford Publishers, 2010.

[65] O artigo 21, § 7º da Lei nº 9.307/96 disciplina que "*no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição*".

[66] LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., 2013, p. 352.

[67] Conforme disciplina o art. 32 da Lei nº 9.307/96.

Sob a definição clássica de contrato[68], não restaram dúvidas quanto a natureza contratual da relação existente árbitro e partes litigantes da arbitragem. Afinal, ao nomearem um indivíduo como árbitro, seja de forma direta ou indireta, e este aceitar tal atribuição, tem-se configurada uma declaração bilateral de vontade[69] cujo propósito é criar direitos e deveres inerentes à realização de atividade de natureza intelectual de conteúdo patrimonial, o julgamento do litígio.

A instrumentalização da relação jurídica existente entre partes litigantes e o(s) árbitro(s) é entendida pela doutrina de duas formas bastante diversas.

Para uma primeira parcela, a relação jurídica "partes-árbitro" advém da própria convenção de arbitragem, em especial, da adesão do(s) árbitro(s) à ela[70].

Para outra, trata-se de uma relação jurídica cujo objeto não se confunde com a convenção de arbitragem, apesar de sua existência estar intimamente atrelada à ela.

3.2.2. A natureza do contrato de árbitro

A convenção de arbitragem tem por objeto a manifestação declarada de vontade das partes em submeter um ou mais litígios à arbitragem. Trata-se de uma relação jurídica assumida de uma parte vis-à-vis a outra e que somente as vincula. Por sua vez, a relação jurídica "partes-árbitro" repercute na investidura, aos árbitros escolhidos, dos poderes jurisdicionais necessários[71] para solucionar aquele litígio

---

[68] Toma-se como referência de conceituação, a teoria clássica que define contrato como um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial" (TARTUCE, Flávio. Direito Civil – **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie**, 10 ed., vol. 3, São Paulo: Método, 2015, p. 2). Nesse mesmo sentido, o professor Álvaro Villaça de Azevedo ensina que contrato é a "manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar ou extinguir uma relação jurídica de caráter patrimonial". (AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 21).

[69] A parte, ao escolher um indivíduo que pretende nomear como árbitro, apresenta sua oferta; ou seja, promove um convite a tal indivíduo para que ele julgue determinado litígio mediante uma remuneração. Obtido o aceite de tal profissional, a parte promove a sua nomeação, informando a parte adversa de sua escolha. É nesse momento em que, partindo da análise das premissas que pressupõe o exercício da função de árbitro, a parte *ex adversa* pode impugnar tal escolha ou concordar, expressa ou tacitamente, com a nomeação do árbitro. A efetivação de processo de oferta/aceite/confirmação coloca, de um lado, ambas as partes litigantes como contratantes e, de outro lado, o árbitro, como contratado; de modo que as obrigações do árbitro serão prestadas a ambas as partes contratantes, às quais, inclusive, restarão responsáveis para partilha dos honorários devidos.

[70] STALEV,Zhivko. The Arbitral Tribunal vis-à vis the Arbitration Agreement. **Revue Hellenique de Droit International**, 1989-1990, n. 3, p. 236.

[71] Entende-se que pode há uma variação dos poderes jurisdicionais quando as partes escolhem por autorizar que o árbitro decida também por equidade.

específico[72]. Poderes jurisdicionais estes que tem por origem a convenção de arbitragem.

Assim, a relação jurídica "partes-árbitro" distingue-se da convenção arbitral por apresentarem objetos diversos[73].

A identificação de que a relação jurídica "partes-árbitro" difere-se da convenção de arbitragem repercutiu em inúmeras propostas de atribuição de sua qualificação jurídica, como mandato[74 e 75], prestação de serviços[76], agência[77].

Parece-nos, contudo, acertado o entendimento de que o "contrato de árbitro" possui uma natureza contratual *sui generis*[78 e 79].

A atipicidade do contrato de árbitro advém, essencialmente, da natureza das obrigações assumidas para o cumprimento da missão jurisdicional atribuída aos árbitros.

Ao julgar um litígio envolvendo aqueles que diretamente o investiram de poderes jurisdicionais, o árbitro exerce uma missão particular caracterizada por inúmeros aspectos subjetivos que o diferenciam de qualquer outra prestação de natureza intelectual. O processo de deliberação, em primeira ordem, demanda uma análise subjetiva de fatos, provas, depoimento, instrumentos jurídicos e de legislação aplicável que remeterão a um resultado, o julgamento. Julgamento esse que, na

---

[72] CLAY, Thomas. Op. cit., 2001, p. 520.

[73] A despeito da imprecisão do conteúdo atribuído ao que denomina contrato de arbitragem, Adalberto Pasqualotto identifica a existência de uma relação jurídica "partes-árbitro" diversa da convenção de arbitragem. (PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III**, São Paulo: RT, 2008, p. 310).

[74] Matthieu de Boissésson afirma que, em princípio, poderia ser considerado que as partes outorgam uma espécie de mandato aos árbitros para decidirem o conflito. Todavia, o próprio autor entende haver incompatibilidades entre esta figura jurídica e a dimensão da atuação dos árbitros; o que estaria representado, também no fato dos árbitros proferirem a sentença arbitral em nome próprio e não em nome de seus supostos mandatários. (BOISSÉSSON, Matthieu. **Le droit français de l'arbitrage - interne et international**, Paris: GLN JOLY, 1990, p. 175-176.)

[75] Christophe Seraglini e Jérôme Ortscheidt afastam a qualificação de "mandato" aduzindo que: "[*le contrat d'arbitre] Il ne peut s'agir d'un mandat : l'arbitre ne représente pas les parties. Il n'y a pas pour mission de défendre les intérêts de la partie représente pas les parties*". (SERAGLINI, Christophe e ORTSCHEIDT, Jérôme. **Droit de l'arbitrage interne et international**, Paris : Montchrestien, 2013, p. 273.

[76] DAVID, René. Op. cit., 1982, p. 371.

[77] LALIVE, Pierre; POUDRET, Jean-François ; REYMOND, Claude. **Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse**. Lausanne : Payot Lausanne, 1989, p. 332.

[78] FOUCHARD, Philippe, Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale. FOUCHARD, Philippe, **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007, p. 432.

[79] "Il s'agit d'un contrat sui generis". (SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. Op. cit., 2013, p. 274).

maioria dos casos, favorecerá a um dos contratantes em detrimento dos interesses do outro.

Acrescente-se a este arcabouço obrigacional os deveres inerentes à manutenção dos princípios gerais de processo, como ampla defesa, igualdade das partes, contraditório e livre convencimento dos árbitros; os quais não estão submetidos à discricionariedade das partes litigantes, ante ao seu caráter impositivo.

Por outro lado, em contrapartida as obrigações que lhe são impostas no exercício dessa missão jurisdicional, reconhece-se ao árbitro o direito ao livre convencimento em suas decisões e a garantia da preservação de sua independência. Isso porque, para que um julgador seja independente, seria razoável que o mesmo estivesse protegido de eventuais ameaças e pressões impostas pelas partes, dentre elas a responsabilização por eventual erro não doloso no processo intelectual de compreensão dos fatos ou aplicação do direito[80].

Dada a particularidade que norteia a função jurisdicional, a preservação da independência e imparcialidade do julgador seria fundamental para o resguardo da plena autonomia para julgar[81], em atendimento do princípio do juiz natural[82].

Para assegurar a livre apreciação dos fatos e das provas e a liberdade na formação da convicção pelo julgador, é comum a legislação assegurar ao julgador, um certo grau de imunidade, exonerando-o de responsabilização pelo *error in judicando*[83].

Essa natureza jurisdicional da missão do árbitro situa o contrato de árbitro numa confluência entre os aspectos jurídicos de natureza contratual e processual[84], portanto, *sui generis*.

---

[80] CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n.28, São Paulo: RT, 2011, p. 690.

[81] RIZZARDO, Arnoldo. **Responsabilidade Civil**, 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 377.

[82] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 31 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 92.

[83] CARMONA defende a responsabilização do árbitro somente por dolo ou culpa grave. (CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., 2011, p. 690) e BERALDO entende haver responsabilização "*por qualquer dano causador por má-fé ou dolo*". (BERALDO, Leonardo de Faria. Op. cit., 2014, p. 267).

[84] "Ce contrat participe de la nature mixte de l'arbitrage, contractuelle par source, juridictionnelle par son objet". FOUCHARD, Philippe, Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale. FOUCHARD, Philippe, **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007, p. 432.

3.2.3. A existência do contrato de árbitro reforçada pela autonomia da convenção de arbitragem em face do contrato de árbitro

O reconhecimento da existência de um contrato de árbitro é confirmado pela constatação de uma autonomia da convenção de arbitragem em face do contrato de árbitro.

Diante de uma situação em que as partes de um contrato decidem também pela celebração de uma cláusula compromissória que estabelece a submissão dos litígios à uma arbitragem institucional específica (por exemplo, remetendo à aplicação do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI), a autonomia da convenção de arbitragem é facilmente verificável.

Nessa hipótese, a despeito da existência de acordo que outorga poderes jurisdicionais aos árbitros, as partes ainda não os escolheram. Até porque, a referida cláusula compromissória pode remeter a inúmeras arbitragens, como também a nenhuma.

Existente o litígio, as partes, então, farão a identificação dos potenciais árbitros. E, para os escolhidos, proporão a assunção da missão jurisdicional em contrapartida do pagamento de uma remuneração[85].

Até este momento não há árbitros, não há missão jurisdicional atribuída, não há arbitragem.

Faz-se, então, necessária que ocorra a efetiva aceitação da nomeação pelo(s) árbitro(s), o que no período romano caracteriza a *receptium*, para que se inicie a missão jurisdicional e se tenha instaurada a arbitragem.

Essa aceitação pode ser realizada de modo expresso ou por ato inequívoco, como a participação do árbitro nos atos organizacionais iniciais ou deliberações da arbitragem[86].

Como se verifica, na hipótese supramencionada a convenção de arbitragem é firmada exclusivamente pelas partes em uma etapa inicial. Somente após o

---

[85] Não se descarta a possibilidade, remota mas existente, da atuação como árbitro ser gratuita; o que não descarta a necessidade de aceitação da incumbência pelo potencial árbitro e de seu caráter vinculante.

[86] Fato é que, na arbitragem institucional, de mais em mais, existe um ato pelo qual a instituição de arbitragem confirma a aceitação da missão jurisdicional pelo árbitro.

surgimento de uma pretensão que o contrato de árbitro é concluído, tendo as partes, de um lado, e o(s) árbitro(s) de outro.

No entanto, há situações em que não há separação temporal ou mesmo instrumental entre a convenção de arbitragem e o contrato de árbitro.

Tal situação poderia colocar em dúvida a origem autônoma da relação jurídica "partes-árbitro"? A resposta é não.

Na situação da cláusula compromissória e do contrato objeto do litígio, a mesma identidade de instrumento não representa unicidade de objeto e de efeitos. Nesse sentido, a doutrina[87] é uníssona em afirmar a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que estiver inserta.

De modo similar, a convenção de arbitragem e o contrato de árbitro podem estar presentes no mesmo instrumento jurídico, mas não se confundem.

Isso ocorre, primeiro, em razão dos objetos distintos dos referidos negócios jurídicos, como explicado acima.

Segundo, porque as partes integrantes das posições jurídicas são diversas. Na convenção de arbitragem, o núcleo do suporte fático é a declaração de vontade em submeter litígios à arbitragem. O árbitro não expressa tal declaração de vontade, portanto não é parte de uma relação jurídica que envolve tão somente àquelas partes potencialmente litigantes.

Por outro lado, no contrato de árbitro, as partes, em conjunto, contratam um ou mais indivíduos para que estes exerçam uma missão jurisdicional de solucionar uma determinada controvérsia. Assim, no polo dos contratantes encontram-se as partes litigantes (ou potencialmente litigantes) e, no polo dos contratados, encontram-se o(s) árbitros(s).

Pela distinção do objeto e diversidade de partes, conclui-se que a convenção de arbitragem e o contrato de árbitro permanecem autônomas, inobstante estarem inseridas no mesmo instrumento.

Com relação à vinculação dos efeitos, esta também inexiste.

A legislação brasileira, ao estabelecer a "extinção" do compromisso arbitral na situação de escusa, falecimento ou impossibilidade de proferir voto, condicionou tal efeito à expressa declaração das partes de não aceitação de substituto.

---

[87] BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória – autossuficiência da cláusula cheia. **Revista dos Tribunais**. v. 91, n. 800. São Paulo: RT, 2002.

Assim, ao fazê-lo, o legislador claramente buscou tutelar a hipótese em que a escolha de determinado árbitro é condição *sine qua non* para o engajamento das partes à arbitragem. Situação em que a confiança e qualidades do indivíduo, por vezes, são atributos personalíssimos que estão atrelados à própria confiança e aceitação da arbitragem[88].

Como se percebe, a ineficácia superveniente do contrato de árbitro não repercute na automática ineficácia da convenção de arbitragem. É sim a ocorrência de uma condição extintiva do negócio jurídico – não substituição de árbitro - entabulada na própria convenção de arbitragem.

Ausente a expressa declaração das partes pela não aceitação de árbitro substituto, o desaparecimento do contrato de árbitro não atingirá a eficácia da convenção de arbitragem, cabendo apenas a necessária celebração de um novo contrato – com novos árbitros - para a continuidade da arbitragem.

Esse entendimento é reforçado pelo disposto no artigo 16 da Lei de Arbitragem[89] que estabelece o procedimento para substituição do árbitro escuso, falecido ou impossibilitado. Não havendo substituto pré-determinado, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional eventualmente escolhido pelas partes e, na ausência dessa previsão e de acordo das partes, facultar-se-á o ajuizamento da ação judicial prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem para a escolha do novo árbitro.

Outra hipótese prevista na legislação brasileira que repercute em certa confusão é a extinção do compromisso arbitral quando expirado o prazo de proferimento da sentença arbitral[90].

Apesar de a expiração do prazo convencional ou legal para o proferimento da sentença arbitral repercutir na extinção da missão jurisdicional dos árbitros, dada a

---

[88] CAHALI, Francisco José. Op. cit., 2015, p. 185.

[89] Brasil, Lei n. 9.307/96: "*Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver. § 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem. § 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto*".

[90] Brasil, Lei n. 9.307/96: "*Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral: III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral*".

invalidade da sentença arbitral conferida pelo artigo 32, VII da Lei de Arbitragem[91], não é esse o fato - extinção do contrato de árbitro - que repercute na ineficácia superveniente do compromisso arbitral.

Como ocorrido na hipótese de substituição do árbitro, o prazo de proferimento da sentença arbitral pode representar uma condição subsumida pelas partes para o engajamento à arbitragem. Superado tal prazo, não há mais interesse das partes em submeter seus litígios à arbitragem.

Tutelando tal hipótese, o legislador brasileiro estabeleceu que a superação do prazo fixado para o fim da arbitragem (apresentação da sentença arbitral) remeterá a extinção do compromisso arbitral, autorizando, então, a tomada de outras medidas para a solução do litígio.

Não basta, contudo, que haja a fixação de prazo convencional para a apresentação da sentença arbitral no compromisso arbitral[92]. Exige-se ainda que, transcorrido o prazo, haja uma manifestação da parte interessada na forma do artigo 12, inciso III da Lei de Arbitragem; pois, do contrário, ter-se-á prorrogada a missão jurisdicional por prazo indeterminado, extinguindo-se somente com o proferimento da sentença arbitral[93].

Note-se que a resolução do compromisso arbitral não decorre da resolução do contrato de árbitro, o qual estava apto a dar continuidade na produção dos seus efeitos.

Em verdade, ambos os negócios jurídicos são atingidos por uma condição extintiva concomitante, o encerramento do termo para o proferimento da sentença arbitral.

---

[91] Brasil, Lei n. 9.307/96: "*Art. 32. É nula a sentença arbitral se: VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei*".

[92] Na forma do artigo 11, inciso III da Lei de Arbitragem.

[93] Nesse sentido ver: BERALDO, Leonardo de Faria. Op. cit.,2014, p. 190.

3.2.4. A vinculação do contrato de árbitro em face da convenção de arbitragem

A formação do contrato de árbitro caracteriza o início da arbitragem[94]. É a realização de uma, dentre inúmeras outras etapas necessárias para a satisfação do objeto da convenção de arbitragem, ou seja, a submissão do litígio à arbitragem.

Nesse sentido, é de ordem lógica a existência de uma vinculação de dependência entre o contrato de árbitro e a convenção de arbitragem. Afinal, somente há necessidade de se ter um árbitro se a este as partes escolheram submeter a apreciação de seu litígio.

No entanto, a vinculação é também de ordem jurídica.

Como afirmado por Gerard Cornu e Jean Foyer[95], a celebração da convenção de arbitragem repercute numa obrigação de submissão à arbitragem e, para tanto, de todas as etapas necessárias à sua realização. Dentre elas, a de maior relevância, é o contrato de árbitro, pois repercute na instauração da arbitragem.

Para tanto, é comum encontrar na convenção de arbitragem a incorporação de um acordo das partes quanto as etapas a elas atribuídas para a celebração do contrato de árbitro ou, como normalmente denominado, etapas de instauração da arbitragem.

Comumente feito por referência a um regulamento de arbitragem, estabelece-se a quantia, forma de remuneração e a incumbência de custeio que cada uma das partes assumirá. As partes pactuam pelo número de árbitros, a forma de sua escolha e eventualmente atributos e características pessoais que devem ser verificadas nos potenciais candidatos, como: nacionalidade, conhecimento técnico, domínio de idioma ou mesmo sexo e idade.

Restando – apenas – a posterior aceitação do(s) árbitro(s) para a sua efetivação. Como bem afirma Carlos Alberto Carmona, a convenção de arbitragem representa uma “mera expectativa de formação do tribunal arbitral”[96].

---

[94] Brasil, Lei n. 9.307/96: “*Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários*”.

[95] CORNU, Gerard e FOYER, Jean. **Le Procédure Civil**, 3 ed., Paris : Presses Universitaires de France, 1996, p. 78 apud CLAY, Thomas. Op. cit., 2001, p. 537.

[96] CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., 2009, p. 279.

Quando a forma de instauração da arbitragem é inserida na cláusula compromissória, tem-se a denominada "cláusula compromissória cheia"[97].

Interessante verificar que a ausência das etapas para a instauração da arbitragem não descaracteriza a convenção de arbitragem, o que reforça a autonomia desta em face do contrato de árbitro.

Ademais, a obrigação de dirimir litígios na arbitragem repercute numa irrenunciável submissão à relação jurídica a ser efetivada com os árbitros.

De modo que, a submissão à arbitragem, desde logo, incorpora uma obrigação de fazer às partes no tocante ao contrato de árbitro. Ou seja, preenchidas as condições indicadas na convenção de arbitragem para sua formação, mesmo na situação em que a parte se recuse a colaborar, ela estará vinculada ao contrato de árbitro.

3.2.5. O termo de arbitragem como adendo à convenção de arbitragem

Situação que repercute certa confusão sobre a autonomia do contrato de árbitro e a convenção de arbitragem advém do disposto no artigo 19, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a saber: "*instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem*".

A confusão deflagra quando da assunção de que o Termo de Arbitragem instrumentaliza a relação jurídica existente entre árbitro(s) e partes, este considerado um adendo à convenção de arbitragem. Repercutindo na falsa ideia de que a relação jurídica existente entre árbitro(s) e partes se aperfeiçoa com a adesão daqueles à convenção de arbitragem.

---

[97] Dentro de um contexto em que se compreende pela formação de um contrato de árbitro, a denominação de cláusula compromissória cheia aparenta ser equivocada. Isso porque, a mera indicação da submissão dos litígios à arbitragem bastaria para se ter uma cláusula compromissória "cheia" ou "completa". A forma de instauração da arbitragem seria, então, um mero complemento relacionado com a aceleração dos trâmites de início do procedimento arbitral. Ver ainda: BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória – autossuficiência da cláusula cheia. **Revista dos Tribunais**. v. 91, n. 800. São Paulo: RT, 2002.

Para clarear tal situação, é suficiente uma breve análise do momento em que o termo de arbitragem, ou o adendo previsto no artigo 19, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, é celebrado.

Francisco José Cahali[98] informa que o termo de arbitragem é um ato de organização que pode desempenhar tripa finalidade: explicitar as regras arbitragem, fixar o objeto da arbitragem e estabelecer o cronograma provisório.

Como um ato de organização em que a participação do(s) árbitro(s) é exigida pela lei, o termo de arbitragem somente pode ocorrer após a instauração da arbitragem; ou seja, em momento posterior à aceitação do encargo feita pelo(s) árbitro(s) e, portanto, a formação do contrato de árbitro.

Assim, o termo de arbitragem pode representar uma evidência de que houve a celebração do contrato de árbitro quando da instauração da arbitragem, por exemplo, na eventualidade de cobrança dos honorários por via judicial. Força probatória essa que também pode ser obtida com a juntada das ordens processuais proferidas pelo árbitro e mesmo da sentença arbitral.

Poderá, contudo, o termo de arbitragem instrumentalizar um aditivo ao contrato de árbitro e, portanto, a manifestação de seu consentimento poderá ocorrer pela oposição de assinatura no instrumento.

Considerando que, para a instauração da arbitragem, o árbitro aceitou o encargo jurisdicional na forma prevista originalmente na convenção de arbitragem, qualquer alteração nas regras anteriormente previstas deve ser realizada mediante a concordância do árbitro, sob pena de resolução do contrato de árbitro.

Não se advoga a tese de que o árbitro poderá vetar alteração acordada pelas partes, por exemplo, no procedimento arbitral. Contudo, caso discorde de tal mudança, ao árbitro estará facultado a renúncia de seu encargo.

---

[98] CAHALI, Francisco José. Op. cit., 2015, p. 253.

3.3. O CONTRATO DE ORGANIZAÇÃO DA ARBITRAGEM

No exercício da autonomia privada que reveste a escolha da arbitragem, podem as partes signatárias de uma convenção arbitral confiar a um terceiro – normalmente uma pessoa jurídica - a responsabilidade pela organização e administração da arbitragem.

Ao fazê-lo, uma terceira relação jurídica “arbitral” surgirá quando da existência de um litígio, à qual não se confunde com a convenção de arbitragem.

3.3.1. A existência do contrato de organização da arbitragem

As instituições, câmaras ou centros de arbitragem são, normalmente, pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços relacionados à administração e organização de procedimentos arbitrais.

Os serviços de administração do procedimento são aqueles atos ou decisões tomadas pela administração da instituição arbitral, no âmbito dos poderes atribuídos por seu regulamento, visando permitir o seguimento regular do procedimento arbitral. Como exemplo, pode-se citar: a nomeação de árbitro, a decisão em caso de impugnação de árbitro, a fixação do valor da demanda, a prorrogação do prazo para proferimento da sentença arbitral e o escrutínio do projeto de sentença arbitral.

Os serviços de organização estão atrelados à elaboração de um conjunto de regras processuais mínimos a serem aplicáveis à arbitragem, comumente denominados de regulamento de arbitragem, e a realização de atos de ordem logística necessários ao desenrolar do procedimento arbitral, como: o recebimento e envio de manifestação, a gestão do pagamento de honorários a árbitros e peritos e a logística para a realização de audiência.

De modo a atrair potenciais contratantes, as instituições de arbitragem ofertam seus serviços por meio da publicação de seus regulamentos de arbitragem, regimento interno e tabela de custas. Esses documentos contém o conjunto de normas e regras procedimentais que fundamentam a atuação da respectiva instituição de arbitragem na prestação de seus serviços, bem a remuneração que lhe será devida para tal.

Por apresentarem os requisitos essenciais do serviço a ser executado e por se destinar a um contingente indefinido de potenciais contratantes, a publicização feita pelas instituições de arbitragem representa, sob o ponto de vista jurídico, uma oferta ao público de prestação de serviços de organização de arbitragem.

Oferta essa que, nos termos do artigo 429 do Código Civil[99], equipara-se a uma proposta vinculante ao proponente, e que carece, para a formação da relação jurídica, da ocorrência de uma mera aceitação feita por terceiro.

Em havendo a aceitação dessa oferta pelas partes integrantes de uma convenção de arbitragem, ter-se-á constituído um contrato de organização de arbitragem[100].

A doutrina, em especial a francesa, dedicou-se a analisar o momento em que a aceitação do contrato de organização de arbitragem efetivamente ocorre. Dividindo-se, resumidamente, em duas vertentes. Aquela em que aceitação se opera pela celebração da convenção de arbitragem contendo a designação de aplicação de um regulamento de arbitragem específico[101] e aquela em que a aceitação se opera com a apresentação do requerimento de arbitragem[102].

O direito brasileiro, no artigo 434 do Código Civil[103], estabelece que os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida; o que significaria a adesão a teoria da expedição[104].

Assim, ter-se-ia a configuração do contrato de organização de arbitragem quando as partes signatárias da convenção de arbitragem expedem, ou seja, enviam à instituição proponente a sua manifestação de vontade em concordância com a proposta ofertada.

---

[99] Brasil, Código Civil: "*Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos*".

[100] Eric Loquin denomina "contrat d'organization d'arbitrage". LOQUIN, Eric. Arbitrage. Institutions d'arbitrage. J-Cl. Proc. Civ., fasc. 1002.

[101] FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. Op. cit., 1996, p. 619.

[102] Cf. JARRONSON, Charles. L'instance arbitrale : Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale. **Revue de l'arbitrage**, issue 2, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1990, p. 381 a 394.

[103] Brasil, Código Civil: "*Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I - no caso do artigo antecedente; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencionado*".

[104] Em divergência, cita-se: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21 ed., v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45; LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 7 ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2013, 162.

A questão que se coloca, então, é: pela celebração da convenção de arbitragem, as partes emitem à respectiva instituição de arbitragem sua aceitação quanto a celebração do contrato de organização de arbitragem? Ou tal emissão ocorre tão somente quando do envio do requerimento de instauração da arbitragem?

Como se percebe, apresenta-se aqui, no direito brasileiro, debate semelhante àquele vivido pelo direito francês.

Aproveitando-se dos entendimentos apresentados alhures, filiamo-nos ao entendimento de que a simples referência ao regulamento de arbitragem de uma determinada instituição arbitral não repercute na formação do contrato de organização de arbitragem.

Como já manifestado acima, o núcleo do suporte fático da convenção de arbitragem é a manifestação declarada de vontade das partes em submeter um ou mais litígios à arbitragem. Com essa relação jurídica, as partes assumem, vis-à-vis a outra, uma obrigação de submissão à arbitragem que comporta todas as etapas necessárias à sua realização.

Na hipótese de as partes optarem por realizar a arbitragem em conformidade com o regulamento de arbitragem de uma determinada instituição arbitral, a referência a tal regulamento na convenção de arbitragem poderia ser entendida como uma aceitação da proposta ofertada pela referida instituição arbitral.

Não há dúvidas que, à luz dos artigos 5º e 11º, IV da Lei de Arbitragem[105], a referência, na convenção de arbitragem, às regras de algum órgão arbitral institucional repercute na obrigatoriedade de a arbitragem ser instituída e processada de acordo com tais regras.

Obrigação essa imposta às partes signatárias da convenção de arbitragem, podendo ser exigida vis-à-vis a outra quando do surgimento do litígio, mas não pela instituição arbitral. Isso porque, ainda não há a formação do contrato de organização de arbitragem.

Para a teoria da expedição, a mera declaração da aceitação não é suficiente para a formação do contrato, sendo necessária à sua expedição[106].

---

[105] Brasil, Lei de Arbitragem: "*Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem*".

[106] LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., 2013, 162.

Como a convenção de arbitragem não representa uma declaração de vontade das partes dirigida à instituição arbitral e, caso inexista o litígio, tal declaração nunca chegará ao conhecimento da instituição arbitral. Consequentemente, a mera indicação do regulamento de arbitragem não perfaz o contrato de organização de arbitragem.

No entanto, há ainda um segundo obstáculo para se reconhecer a teoria da formação do contrato de organização de arbitragem por meio da celebração da convenção de arbitragem.

Isso ocorre em razão da própria natureza condicional da convenção de arbitragem, à qual somente produzirá efeitos se existente o litígio.

As partes somente necessitarão dos serviços da instituição arbitral se houver uma arbitragem. Assim, a aceitação manifestada por meio da cláusula compromissória apresentaria também uma condição suspensiva - a existência de litígio.

Considerando, então, que ao ofertar seus serviços, a instituição estaria apta a presta-los imediatamente após a efetivação da relação jurídica, a aceitação com a condição suspensiva representaria uma divergência da oferta pública efetuada pela instituição; o que, à luz do artigo 431 do Código Civil, importaria em nova proposta[107].

Assim, para que a formação desse contrato de organização de arbitragem condicional ocorresse, o teor da declaração de vontade contida na convenção de arbitragem deveria ser expedido e aceita pela instituição de arbitragem antes da existência do litígio; o que, na prática, não acontece.

Analisando os regulamentos propostos por algumas instituições de arbitragem sediadas no Brasil, verifica-se um comportamento padrão. Em todos[108], o início da

---

[107] "*O art. 431 outorga eficácia de "nova proposta" à resposta tardia do destinatário, bem como a qualquer reposta que não represente adesão plena e incondicional aos termos da proposta*". DE ASSIS, Araken; DE ANDRADE, Ronaldo Alves; PESSOA ALVES, Francisco Glauber. **Comentários ao Código Civil – Do Direito das Obrigações**, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 215.

[108] Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional: "*Art. 4(1) A parte que desejar recorrer à arbitragem segundo o Regulamento dever apresentar o seu Requerimento de Arbitragem ("Requerimento") à Secretaria em qualquer de seus escritórios especificados no Regulamento Interno. A Secretaria notificará o requerente e o requerido do recebimento do Requerimento e da data de tal recebimento*". Regulamento de Arbitragem da CAMARB – CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL: "*3.1 Aquele que desejar dirimir litígio por meio de arbitragem sob a administração da CAMARB deverá, na forma do item 2.1, comunicar sua intenção à Secretaria, apresentando[...]*". (Disponível em: http://camarb.com.br/regulamento-de-arbitragem/. Acesso em 20 de outubro de 2018). Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá : "*A parte que desejar instituir arbitragem notificará o CAM-CCBC, na pessoa de seu Presidente, mediante protocolo ou carta registrada, em vias suficientes para que todas as partes,*

prestação dos serviços de organização de arbitragem ocorre quando do recebimento da comunicação feita por uma das partes litigantes de sua intenção em realizar uma arbitragem conforme o regulamento e sob a administração da referida instituição.

Essa situação equipara-se, ao nosso ver, com a exceção ao regime da expedição contida no artigo 431, inciso II do Código Civil, na qual o proponente se compromete a esperar por uma resposta para se ter o contrato[109].

Desse modo, aplica-se à formação do contrato de organização de arbitragem a teoria da informação, ou seja, considera-se perfeito o contrato quando o proponente toma conhecimento da aceitação do oblato[110].

O entendimento acima exposto não se aplica, por óbvio, a rara situação em que o compromisso arbitral seja firmado pelas partes litigantes e também por representante de uma instituição de arbitragem.

Hipótese essa que se estará diante de um contrato firmado entre presentes, em que a manifestação de vontade é oposta por meio da assinatura do instrumento, com a imediata formação do contrato.

Ressalta-se, contudo, que o contrato de organização de arbitragem não se confunde com o compromisso arbitral, inobstante figurarem em mesmo instrumento.

3.3.2. A autonomia da convenção de arbitragem em face do contrato de organização de arbitragem

A despeito da discussão existente sobre o momento da efetivação do contrato de organização de arbitragem, dúvidas inexistem quanto a autonomia existencial deste em relação à convenção de arbitragem.

Por mais que, na convenção de arbitragem, as partes signatárias possam, ao incorporar o regulamento de arbitragem de uma instituição, estabelecer o conjunto de

---

árbitros e a Secretaria do CAM-CCBC recebam uma cópia, contendo[...]".(Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/. Acesso em 20 de outubro de 2018). Dentre outros, cita-se: Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (Art. 4º do Regulamento de Arbitragem Ordinária).

[109] Brasil, Código Civil: "*Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: [...]; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta[...]".*

[110] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21 ed., v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 42.

regras pelas quais a arbitragem será instituída e processada, a verificação de qualquer impedimento à existência, validade e eficácia do contrato de organização de arbitragem não atingirá a convenção arbitral.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em três oportunidades[111], manifestou entendimento de que o desaparecimento da instituição de arbitragem indicada na convenção de arbitragem não repercutia na ineficácia da convenção de arbitragem, quando ausente a expressa rejeição de indicação de instituição substituta. Configurando-se em situação análoga a cláusula compromissória vazia, passível de saneamento por via da ação judicial prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem.

Interessante identificar que duas das três decisões, apoiaram suas conclusões numa aplicação análoga do artigo 16, parágrafo segundo da Lei de Arbitragem que estabelece a substituição de árbitro, por meio do artigo 7º da Lei de Arbitragem, na hipótese de discordância das partes.

[111] São elas: (1) TJSP, 29ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 220419440.2014.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 11/03/2015; (2) TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado, Apelação com revisão nº 0019267-08.2012.8.26.0011, Rel. Des. Maria Cláudia Bedotti, j. 01/09/2014; (3) TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 1016868-56.2016.8.26.0008, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 28/11/2018.

4. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SUA NATUREZA JURÍDICA

4.1. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os Tratados Internacionais são firmados no plano internacional de modo a se adaptar, com menores impactos, às diferentes tradições jurídicas. Assim, não se identifica nos tratados ratificados pelo Brasil em matéria de arbitragem elementos que remetem na qualificação jurídica da convenção de arbitragem.

Dentre eles, destaca-se a Convenção de Nova Iorque.

4.1.1. A Convenção de Nova Iorque

No ano de 2002, o Brasil promulgou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras celebrada em Nova Iorque em 1958 ("Convenção de Nova Iorque")[112].

Apesar do nome propositivo, o ponto de partida da Convenção de Nova Iorque é, em verdade, o reconhecimento dos requisitos de eficácia da convenção de arbitragem[113].

Pela Convenção de Nova Iorque, os Estados-Partes assumiram o compromisso de reconhecer e dar eficácia a convenção de arbitragem que possua determinados requisitos.

O primeiro requisito é que a convenção de arbitragem seja firmada por escrito.

Considerando a importância dos efeitos da convenção de arbitragem para a relação jurídica privada, em especial, diante da impossibilidade de submissão da análise do mérito dos litígios à jurisdição estatal, o motivo de tamanho conservadorismo é óbvio: permitir a fácil e inequívoca existência da convenção de arbitragem.

---

[112] Brasil, Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002.

[113] Sobre o assunto, ver: NUNES PINTO, José Emílio; DA FONSECA, Rodrigo Garcia. Convenção de Nova Iorque: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008.

O artigo II (2) da Convenção de Nova Iorque considerada como "escrita" a convenção de arbitragem[114] inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes, ou contido em troca de cartas ou telegramas.

No entanto, modernamente, uma interpretação mais flexível[115] é dada ao artigo II (2) da Convenção de Nova Iorque, de modo que a assinatura no contrato ou na convenção de arbitragem não é exigência para se comprovar o consentimento em arbitrar, desde que a convenção de arbitragem em si conste na forma escrita[116].

Ademais, acomodando a evolução tecnológica nas comunicações havidas após 1958, a doutrina[117] faz-se uma leitura mais abrangente do artigo II (2) da Convenção de Arbitragem para incluir, dentre os possíveis meios de inserção da convenção de arbitragem, as comunicações realizadas por meio de telex, fax, e-mails e os contratos virtuais.

O segundo requisito é que a convenção de arbitragem englobe disputas presentes ou futuras. Tal dispositivo visa acomodar, no conceito de "*arbitration agreement*", os ordenamentos jurídicos internos que dividem a convenção em duas espécies distintas, dependendo do momento da celebração da convenção de arbitragem em face do litígio. O ordenamento jurídico brasileiro é um exemplo.

O terceiro requisito é que a disputa verse sobre uma relação jurídica específica, contratual ou não.

O quarto requisito refere-se a arbitrabilidade objetiva dos litígios a serem submetidos à arbitragem. Nesse ponto, a Convenção de Nova Iorque teve a cautela

---

[114] A tradução feita para fins do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002, erroneamente traduziu "arbitration agreement" como cláusula arbitral, sendo que o correto seria "convenção de arbitragem".

[115] A despeito de ainda persistirem opiniões tradicionalistas, como a tomada pela Corte de Apelação de Halogaland (Noruega), em 16 de agosto de 1999, que recusou o reconhecimento de uma sentença arbitral proferida em Londres com base no fato de que os e-mails trocados não satisfaz os requisitos contidos no art. II(2) da Convenção de Nova Iorque.

[116] BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 76;.

[117] LANDAU, Toby. The requirement of a written form for an arbitration agreement: when 'written'means 'oral', in: VAN DEN BERG, Albert (ed.). **International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions 19**, Hague: International Council for Commercial Arbitration, 2003, p. 25 a 33; STRONG, S.I. **What Constitutes an Agreement in Writing in International Commercial Arbitration? Conflicts between the New York Convention and the Federal Arbitration Act**, University of Missouri School of Law Scholarship Repository, Stan. J. Int'l L. 47, 2012.

de não confrontar os ordenamentos jurídicos, no tocante a matéria de ordem pública cuja atribuição jurisdicional é exclusivamente outorgada ao Estado[118].

Há ainda outros dois requisitos inseridos no Artigo V(1) (a) da Convenção de Nova Iorque[119], que estabelece a possibilidade de não reconhecimento da sentença arbitral nas hipóteses de a convenção de arbitragem ser celebrada por pessoa incapaz ou quando a convenção de arbitragem for considerada inválida, segundo a lei aplicável.

4.2. A NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO DIREITO ESTRANGEIRO

4.2.1. No direito francês

O direito francês, como o direito brasileiro, divide a convenção de arbitragem em duas espécies: "*la clause compromissoire*" e "*le compris*".

No tocante a natureza jurídica, a doutrina francesa entende que a convenção de arbitragem é uma "*convention de procédure*"[120], ou seja, uma modalidade convencional que restringe o direito de ação, que somente poderá ser exercido em face da jurisdição arbitral.

Jean Baptiste Racine explica que, por sua natureza jurídica, a convenção de arbitragem possui um regime próprio. Na sua estrutura, repousa sobre um acordo de vontades e, portanto, submete-se ao regime geral dos contratos. No conteúdo, possui um objeto processual, de "*droit d'agir em justice*"[121].

Portanto, afirma o autor que a convenção de arbitragem é uma "*convention à l'objet processuel*" e que esta natureza mista guia o regime jurídico a ela aplicável.

---

[118] Cf. MARTINS, Pedro Baptista. Artigo II (3) –Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II(3), da Convenção de Nova Iorque. WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

[119] Cf. BISHOP, R. DOAK; CORIELL, Wade D.; CAMPOS, Marcelo Medina. The 'Null and Void' Provision of the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico (ed.). **Enforcement of arbitration agreements and international awards - The New York Convention in Pratice**. Londres, Reino Unido: Cameron May, 2008.

[120] LOQUIN, Eric. **L'arbitrage du Commerce International**, Paris: Joly Editions, 2015, p.117.

[121] RACINE, Jean Baptiste. **Droit de l'arbitrage**, Paris: PUF, 2016, p. 97.

4.2.2. No direito português

Luís de Lima Pinheiro[122] afirma que a convenção de arbitragem produz essencialmente efeitos processuais - atribuição de competência ao tribunal arbitral e exceção processual perante os tribunais estatais -, o que a qualifica como negócio jurídico processual. Antonio Sampaio Caramelo defende o mesmo entendimento[123].

Por sua vez, Mariana França Gouveia[124] afirma que a convenção de arbitragem tem natureza contratual, na medida em que é um negócio jurídico bilateral. No entanto, ao reconhecer que a convenção de arbitragem repercute na renúncia do direito de ação em face dos tribunais judiciais, conclui por qualifica-la como negócio jurídico processual.

Carlos Ferreira de Almeida[125] afirma que a convenção de arbitragem tem natureza de negócio jurídico processual. Sua natureza contratual configura a fonte dos poderes jurisdicionais enquanto sua natureza processual advém do conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato. No entanto, defende o entendimento de que, perante o direito português, não haveria sentido na oposição doutrinária as teses contratualistas, jurisdicionais ou mistas acerca da natureza jurídica da convenção de arbitragem; vez que nenhum efeito prático poderia se extrair da aplicação de qualificações absolutas.

4.2.3. No direito americano

O parágrafo segundo do "Federal Arbitration Act"[126] estabelece que um acordo escrito que submete litígios existentes à arbitragem deve ser considerado válido,

---

[122] PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional – A determinação do Estatuto da Arbitragem**, Coimbra, Almedina, 2005, p. 86. Em mesmo sentido, Lebre de Freitas. Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem. Estudos em Homenagem a Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, vol. II, Coimbra: Almedina, 2002, p. 625-641.

[123] CARAMELO, António Sampaio. A "Autonomia" da Cláusula Compromissória e a Competência do Tribunal Arbitral. In: **Temas de Direito da Arbitragem**, Coimbra: Coimbra ed., 2013, p. 116.

[124] GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**, Coimbra: Almedina, 2011, p. 96-97.

[125] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Convenção de Arbitragem: Conteúdo e efeitos**. Intervenções – I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2007, p. 83.

[126] U.S. Code, Title 9, Chapter 1, Paragraph Second: "*A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an*

irrevogável e exigível, ressalvados os casos em que a lei ou equidade permita a anulação de um contrato.

Assim, no caso *American Express Co. v Italian Colors Restaurant*[127], a Corte Suprema Americana afirmou que arbitragem é uma questão de natureza contratual e que o Judiciário deve observar as cláusulas compromissórias de acordo com os termos adotados pelas partes, incluindo os termos e as condições com as quais se escolheu arbitrar e as regras sob as quais a arbitragem será conduzida.

A natureza contratual da convenção de arbitragem, confirmada em outras oportunidades pela Corte Suprema Americana [128], foi ainda reafirmado no primeiro voto apresentado pelo Justice Kavanaugh à Corte Suprema Americana, em 8 de janeiro de 2019. Nele, Justice Kavanaugh afirmou que "*the question of who decides arbitrability is itself a question of contract*" e que "under the Act, arbitration as matter of contract, and courts must enforce arbitration contracts according to their terms"[129].

4.3. A NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de analisar a natureza jurídica da convenção de arbitragem (2), deve-se expor, resumidamente, o debate existente sobre a natureza jurídica da arbitragem (1).

4.3.1. A natureza jurídica da arbitragem

A doutrina apresenta quatro possíveis variações da natureza jurídica da arbitragem[130]: a contratual, a jurisdicional, a autônoma e a mista.

---

agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract".

[127] O resumo da decisão pode ser obervado em: GUANDALINI, Bruno Guandalini. 'Note: American Express Co. et al. v. Italian Colors Restaurant et al., Supreme Court of the United States, 20 June 2013', **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 40, São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem & IOB, 2013, p. 176 – 186.

[128] Estados Unidos da America, Epic Systems Corp. v. Lewis, Supreme Court of the United States, No. 16-285, 584 U.S. --, 138 S.Ct. 1612, 21 maio 2018.

[129] Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1272_7l48.pdf. Acesso em 12 de janeiro de 2019.

[130] Aplica-se a divisão sugerida por BORN. BORN, Gary B., op. cit., p. 184.

A corrente contratualista defende que a arbitragem se resume a uma relação puramente contratual[131] e que, portanto, os árbitros não são juízes da causa ou exercem qualquer função pública ou atribuída pelo Estado[132]. A decisão é proferida em razão de um mandato outorgado pelas partes, cujo resultado se obrigaram a reconhecer.

A corrente jurisdicionalista argumenta que o árbitro possui um poder jurisdicional advindo da lei estatal. Em outras palavras, o poder dos árbitros não teria origem na convenção de arbitragem, mas sim numa legislação estatal que autoriza tal escolha; assim, a missão jurisdicional do árbitro seria uma espécie de extensão da tutela do Estado, revestindo-se de um interesse público.

A corrente autonomista diverge do embate existente entre as teorias contratual e jurisdicional, defendendo uma autonomia da arbitragem. Para Jacqueline Rubellin-Devichi, a teoria dos contratos não se aplicaria integralmente a convenção de arbitragem e também não haveria equiparação entre o poder jurisdicional estatal e o arbitral[133]. Acrescenta ainda que não há como estabelecer limites entre os aspectos contratuais e jurisdicionais na arbitragem, o que repercutiria no entendimento de que a arbitragem é um instituto *sui generis* e, portanto, autônomo[134].

---

[131] "*It is the arbitration agreement that gives [the arbitral award] its existence; it is from the arbitration agreement that it derives all its substance; it has, then, like the arbitration agreement, the caracter of a contract; and the precise truth is that it is only the performance of the mandate that the parties have entrusted to the arbitrators; it is even, to put it precisely, only an agreement to which the parties have bound themselves by the hands of the latter (the arbitrators)*". MERLIN, P. **Recuil alphabétique des questions de droit.** apud BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 185.

[132] Sobre a corrente contratalista, ver: COSSIO, Francisco González de. La natureza Jurídica del Arbitraje: un Ejercicio de Balanceo Químico. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 16, São Paulo: IOB, 2007, p. 55 a 67.

[133] "*It is out of the question to apply the law of contract to the arbitral agreement and that relating to judgements to the award. The award is not a judgement and the arbitral agreement is not a contract like any other*". RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. **L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international privé**. Paris: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1965, p. 365.

[134] "*In order to allow arbitration to enjoy the expansion it deserves, while all along keeping it within its appropriate limits, one must accept, I believe, that its nature is neither contractual, nor jurisdictional, nor hybrid, but autonomous*". Idem.

O entendimento majoritário da doutrina internacional[135,136,137,138] atribui uma natureza jurídica mista ou híbrida, com aspectos contratuais e jurisdicionais, a arbitragem. Em síntese apertada, fundam-se os esclarecimentos no fato de que o poder de jurisdicional do árbitro é conferido por uma convenção privada[139].

No Brasil, a doutrina filia-se a esta corrente. Como exemplo, cita-se Carreira Alvim que afirma ser a arbitragem brasileira, por natureza e definição, indiscutivelmente de caráter jurisdicional, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes[140].

Como visto, os planos contratual (material) e jurisdicional (processual) formam o palco para as discussões sobre a natureza jurídica do instituto da arbitragem. Eles também o serão para a convenção de arbitragem.

4.3.2. A natureza jurídica da convenção de arbitragem

O estudo da natureza jurídica da convenção de arbitragem e dos posicionamentos jurídicos apresentados demanda, inicialmente, o enquadramento da teoria de negócio jurídico a ser considerado no presente trabalho.

---

[135] JARROSSON, Charles. op. cit., 1987. GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Paris: Kluwer Law International, 1999, p. 9; CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 31.

[136] BORN filia-se na corrente mista ao afirmar que "it is impossible not to consider arbitration as a hybrid, combining elements of both contractual relations and jurisdiction authority". BORN, Gary B. op. cit., p. 188.

[137] ROBERT aparenta considerar a natureza jurídica da arbitrage como mista. "*On entend par arbitrage l'institution d'une justice privée à laquelle les litiges sont soustraits aux jurisdictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger". Todavia, na sequência, afirma que "c'est cet aspect contractualiste qui fait de l'arbitrage la branche la plus dinamique du droit des obligations*" ROBERT, Jean. **L'arbitrage – droit interne, droit international privé**. 6 ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 3 e 4.

[138] HUNTER afirma que "*international commercial arbitration" is a hybrid" [...] In short, this essentially private process has a public effect, implemented with the support of the public authorities of each State and expressed through that State's national law*". BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. op. cit., 2009, p. 30.

[139] HANOTIAU afirma que "*Arbitragem é uma criatura do contrato*". HANOTIAU, Bernard. The Parties to the Arbitration Agreement. In: LÉVY, Laurent; DERAINS, Yves. (Coord.). **Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff.** Paris: Pedone, 2011, p. 323.

[140] CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 68.

4.3.2.1. A teoria do negócio jurídico

O convívio em sociedade é constituído por um conjunto de eventos da natureza e de condutas humanas. Contudo, nem todos os eventos ou condutas apresentam a mesma importância para a vida em sociedade.

Somente na hipótese desses eventos ou condutas interferirem no relacionamento inter-humano ou social, tem-se a necessidade de regulá-los com a imposição de efeitos condizentes com a sua relevância no plano da convivência social.

Esses efeitos são editados pelo Estado ou por uma comunidade de Estados por meio de normas jurídicas oponíveis à sociedade que valorizam os interesses e os bens da vida, de modo a promover uma estabilidade social[141].

A norma jurídica, portanto, "adjetiva os fatos do mundo"[142], conferindo-lhes características de um fato gerador de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico. Destarte, o chamado "fato jurídico" é entendido como o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático[143] quando concretizado no mundo dos fatos.

Inúmeros são os critérios e intepretações existentes para classificar os fatos jurídicos. No Brasil, a classificação proposta por Pontes de Miranda, focada na análise do núcleo do suporte fático, apresenta grande expressão.

Para a teoria ponteniana, o fato jurídico *stricto sensu* apresenta na composição do seu suporte fático, apenas fatos da natureza que independem de ato humano essencial. Quando, o núcleo do suporte fático apresenta uma conduta humana exercida sem manifesta vontade ou vontade irrelevante, tem-se um ato-fato jurídico.

Os atos jurídicos *lato sensu* são, por sua vez, fatos jurídicos cujo suporte fático tem como cerne a exteriorização consciente de vontade, com objetivo de obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido em lei. Suas espécies são duas.

---

[141] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Parte Geral - Tomo II, São Paulo, RT, 2013, p. 13.

[142] MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14 ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.

[143] Segundo Pontes de Miranda, é a previsão, por norma jurídica, da hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico.

O ato jurídico *stricto sensu,* em que a vontade manifestada pelas pessoas apenas se limita a compor o suporte fático de certa categoria jurídica cujos efeitos invariáveis são previamente estabelecidos pela lei.

E o negócio jurídico, cujo elemento nuclear do suporte fático consiste na declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro dos limites pré-determinados, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação de seu conteúdo eficacial, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico[144].

Para Antonio Junqueira de Azevedo, o negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração negocial, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide[145].

Como bem esclarece Francisco Paulo de Crescenzo Marino[146], qualquer tentativa de conceituar o negócio jurídico ainda envolve o embate entre as concepções "subjetivas"[147] e "objetivas"[148] do negócio jurídico, bem como as suas diferentes vertentes[149].

Apesar de reconhecer a relevância do tema, não se objetiva no presente estudo avançar sob os detalhes de sua discussão.

Fato é que a doutrina brasileira qualifica a convenção de arbitragem como negócio jurídico.

---

[144] MELLO, Marcos Bernardes. Op. cit., 2007, p.189.

[145] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed., 5 tir. São Paulo: Saraiva, 2007, p.15 e 16.

[146] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

[147] A corrente voluntarista conceitua o negócio jurídico como um ato de vontade[147 e 147], uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos. Assim, como pressuposto básico tem-se que é a vontade de produção de efeitos – jurídicos ou práticos - que caracteriza o negócio jurídico. ("A característica principal do negócio jurídico é ser um ato de vontade". BARROS MONTEIRO, Washington de; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**, vol. 1, 44 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 228. Ver ainda: RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Parte Geral**, vol. I, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1974, p. 145; STOLFI, Giuseppe. **Teoría del negocio jurídico**. Tradução em espanhol de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

[148] Segundo Scognamiglio, a corrente verdadeiramente antagonista à voluntarista seria a precetiva, na qual o negócio jurídico constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece uma eficácia vinculante (SCOGNAMIGLIO, Renato. **Contributo all teoria del negozio giuridico**, Napoli: Jovene, 1950, p. 66 apud AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., 2007, p.15-16).

[149] MARINO cita, por exemplo, as diferenças existentes nas teorias de Emilio Betti e Hans Kelsen, ambos autores ditos como partidários da teoria "objetiva". (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Op. cit., 2011, p. 23-29.

4.3.2.2. A convenção de arbitragem como negócio jurídico

A Lei de Arbitragem[150] estabelece que, mediante a celebração de uma convenção de arbitragem, as partes interessadas submeterão a solução de seus litígios ao juízo arbitral. Ademais, estabelece que a convenção de arbitragem poderá ser firmada por meio de duas espécies distintas: a cláusula compromissória e a convenção de arbitragem.

Pela simples leitura do conceito legal, extrai-se a conclusão de que a convenção de arbitragem é um pacto consensual das partes firmado mediante declaração de vontade; portanto, enquadrando-se no conceito legal de negócio jurídico.

Desde Pontes de Miranda, para o qual o compromisso arbitral era uma espécie de negócio jurídico bilateral[151], convenção de arbitral é entendida como negócio jurídico.

Giovanni Etore Nanni afirma que "referido pacto consubstancia negócio jurídico"[152]. Sendo esse o mesmo entendimento de Francisco José Cahali[153], Pedro Batista Martins[154] e Carlos Alberto Carmona[155].

Leonardo de Faria Beraldo aparenta destoar desse entendimento majoritário, ao atribuir a convenção de arbitragem uma natureza jurídica de contrato[156], sendo a cláusula compromissória um contrato acessório, típico e autônomo.

No entanto, analisando a integralidade de seu pensamento, a diferente qualificação pode ser atribuída à aplicação de um conceito amplo de contrato[157] – ou

---

[150] Brasil, Lei de Arbitragem: "*Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral*".

[151] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Junior, Parte Especial - Tomo XXVI, São Paulo, RT, 2013, p. 123.

[152] NANNI, Giovanni Etore. O Direito Civil da Arbitragem e na Arbitragem. In: NANNI, Giovanni Etore. **Direito Civil e Arbitragem**, São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

[153] CAHALI, Francisco José. Op. cit., 2015, p. 178.

[154] MARTINS, Pedro Batista. Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 211.

[155] CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., 2009, p. 189.

[156] BERALDO, Leonardo de Faria. Op. cit., 2014, p. 158.

[157] Aplica-se o entendimento de Orlando Gomes, a saber: "Emprega-se o vocábulo contrato em sentido amplo e restrito. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patromonial". (GOMES,

seja, um acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos[158] - e não aquele conceito em sentido estrito que vincula o contrato a uma relação jurídica de natureza patrimonial[159].

É com base nesse conceito "genérico" de contrato que o Código Civil de 2002 qualificou o compromisso como contrato, alocando suas breves disposições no Título VI, dedicado aos contratos em espécie.

Apesar de historicamente o compromisso disciplinado no Código Civil estar intimamente atrelado à arbitragem, sendo a submissão dos conflitos ao árbitro vista como uma forma de extinção das obrigações[160], filio-me a um entendimento mais abrangente.

Como bem destacado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[161], a redação dos artigos 851 e 852 do Código Civil[162], ao se referir genericamente a "resolução de litígios entre pessoas" não vinculou a utilização do compromisso à arbitragem. Assim, trata-se de um pacto em que os participantes admitem celebrar um contrato para pôr fim a um conflito que os envolve, quer seja por meio da arbitragem ou por outros mecanismos de solução de controvérsia.

Dentre outros exemplos de compromisso citados pelos autores, têm-se: o Termo de Ajustamento de Conduta concebido pelo artigo 5º, parágrafo 6º da Lei n. 7.347/85, e os compromissos de cessação de atividades e desempenho disciplinados na Lei n. 8.884/94. Acrescenta-se, ainda, a possibilidade para a submissão de litígios a um painel técnico, o chamado "dispute board".

Orlando. Contratos, 26 ed., atualizadores Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10).

[158] Como o fazem Clóvis Beviláqua e Sílvio Rodrigues (_____, Direito Civil, 30 ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, p. 10-11).

[159] Nesse sentido, ver: GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Contratos em espécie**, v. 4, t. II, 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

[160] Quanto ao compromisso arbitral, trata-se de um contrato bilateral, oneroso, consensual e comutativo. Como ocorre com a transação, o compromisso muito se aproxima das formas de extinção das obrigações por pagamento indireto, como, aliás, antes era tratado. (TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie, v. 3, São Paulo: Forense, 2017, p. 63).

[161] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, *v. 4, t. II – Contratos em espécie, 10ª edição., 10th edição*. Editora Saraiva, 2017, p. 684).

[162] Brasil, Código Civil: "*Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar". "Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial*".

Nesse sentido, dentre as modalidades de compromisso admitidas pelo Código Civil, ter-se-ia o compromisso arbitral, disciplinado nos artigos 9 a 12 da Lei de Arbitragem.

No entanto, a despeito do enquadramento do compromisso como "espécie de contrato" pelo Código Civil, ter-se-á um negócio jurídico, se aplicado o conceito estrito de contrato ao nosso entendimento, diante da ausência de caráter patrimonial.

4.3.3. A importância da definição da natureza jurídica da convenção de arbitragem

Para Pontes de Miranda[163], o negócio jurídico somente produz efeito jurídico se assim regra jurídica o determinou. Ou melhor, a norma jurídica contém uma previsão normativa hipotética (ou propositiva) do fato jurídico que, caso preenchida pelo suporte fático, atribui certas consequências, ou seja, efeitos jurídicos ao relacionamento intersubjetivo.

Desse modo, a eficácia jurídica não está atrelada, isoladamente, à lei ou à vontade materializada no negócio jurídico, mas sim de seu conjunto. A lei, per se, não cria efeito jurídico. Define-os, sim, mas a atribuição da eficácia jurídica somente acontece quando o suporte fático se materializa. Por sua vez, a vontade (suporte fático) sem previsão legal não repercute em nenhuma consequência jurídica.

Para tanto, o fenômeno da eficácia jurídica depende da conformação do suporte fático a norma jurídica, repercutindo na produção do fato jurídico.

Na conformação dos efeitos jurídicos, a norma jurídica ainda estabelece os limites ao conteúdo do negócio jurídico ou à sua eficácia[164], de modo que, para a correta apreensão do conteúdo e eficácia do negócio, faz-se necessário identificar a norma propositiva a ele incidente.

Assim, a definição da convenção de arbitragem como negócio jurídico não basta. Deve-se avançar.

---

[163] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Marcos Bernardes Mello e Marcos Ehrhardt Junior, Parte Geral - Tomo III, São Paulo, RT, 2013, p. 98.

[164] Idem, p. 99.

Se há convergência na identificação da natureza jurídica da convenção de arbitragem como negócio jurídico, essa sintonia desaparece quando de sua qualificação como material ou processual.

Como poderá ser observado no transcurso deste trabalho, a conveniência do estudo da qualificação jurídica da convenção de arbitragem, precedente à análise dos aspectos de sua existência, validade e eficácia, apresenta dupla justificação.

Primeiro, sob o ponto de vista estrutural da análise, visa permitir uma mais completa compreensão do instituto.

Segundo, porque a depender da qualificação jurídica da convenção de arbitragem, verificam-se relevantes diferenças de regime jurídico a ela aplicável[165].

Diante de um negócio jurídico material, a sua validade está condicionada a capacidade de contratar do agente disciplinada no artigo 104 do Código Civil. Enquanto que para o negócio jurídico processual, se afigura capaz para celebrar o negócio jurídico todo aquele que tem capacidade processual, na forma regida pelos artigos 70 a 73 do Código de Processo de 2015.

Ademais, o próprio conjunto das normas inderrogáveis pela vontade das partes é diversa. Se de um lado, para o direito material, estar-se-á falar das garantias constitucionais de caráter individual (i.e. como direito a vida, a imagem, a liberdade de expressão e outros) para outro, no tocante ao direito processual, estar-se-á diante das garantias de direito de ação e ampla defesa (i.e. direito ao contraditório, devido processo legal, igualdade das partes e outros).

Outrossim, no regime de invalidação, os negócios jurídicos processuais, em virtude do princípio da ausência de nulidade processual sem prejuízo ("*pas de nullité sans grief*"), diferenciam-se daqueles de natureza material, pois diante de vícios que ensejem a nulidade ou a anulabilidade, estas consequências somente serão decretadas se houver prejuízo.

Nesse sentido, faz-se necessário refinar a natureza jurídica da convenção de arbitragem, de modo que, possa se acessar o conteúdo da norma jurídica a ela incidente.

---

[165] Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico - plano da eficácia***, 10 ed.,* São Paulo: Saraiva, 2015, p.47-48; FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Teoria Geral do Direito Civil**, vol. II, 5 ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 55.

4.4. O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Há décadas, a doutrina pátria divide-se em três correntes sobre a correta modalidade de negócio jurídico atribuída à convenção de arbitragem: a corrente material, processual e mista.

Abordar-se-á o entendimento dessas diferentes correntes para, então, apresentar nosso entendimento.

4.4.1. A convenção de arbitragem como negócio jurídico "material"

A convenção de arbitragem caracterizar-se-ia como um negócio jurídico de direito material porque constitui vínculos obrigacionais entre as partes signatárias e consequentemente direitos subjetivos exigíveis de parte a parte.

O aspecto material é atribuído a partir da identificação de que, pelo compromisso - arbitral ou não – criam-se, modificam-se ou extinguem-se direitos[166 e 167].

Celebrada a convenção de arbitragem, seriam produzidos três vínculos de cunho obrigacional[168]: uma obrigação de fazer, constituída na obrigação de submeter a controvérsia - atual ou futura – à arbitragem; uma obrigação de não fazer, constituída na obrigação de não submeter a controvérsia à apreciação da Justiça Estatal; e, uma obrigação de dar, constituída pelo dever de arcar com a sua parcela nos custos e despesas da arbitragem.

---

[166] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Contratos, Vol. 3, 18 ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 237.

[167] "*Como ocorre com a transação, o compromisso muito se aproxima das formas de extinção das obrigações por pagamento indireto, como, aliás, antes era tratado*". (TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie, v. 3, Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 63).

[168] Defendem esse entendimento: ROMERO, Eduardo Silva. Los efectos del contrato de arbitraje - introducción. In: ROMERO, Eduardo Silva; ESPINOSA, Fabricio Mantilla. **El Contrato de Arbitraje**. Bogotá: Legis, 2005, p. 523-524; NANNI, Giovanni Etore, Op. cit., 2014, p. 17-18.

Novamente, o aspecto material é atribuído a partir da identificação de que, pelo compromisso - arbitral ou não – criam-se, modificam-se ou extinguem-se direitos[169 e 170].

Assim, a gênese da convenção de arbitragem possuiria uma natureza de pacto material, disciplinada, portanto, pelo Direito Civil e devendo adequar-se a todas as características de uma relação jurídica privada[171].

Ainda sob a égide do Direito Civil é que se obteriam as soluções jurídicas decorrentes da arbitrabilidade dos litígios, da capacidade das partes e da validade da convenção de arbitragem[172].

Os defensores da corrente pura materialista atribuem à própria arbitragem uma natureza exclusivamente contratual[173], visto que toda arbitragem advém essencialmente de uma convenção de arbitragem. Para essa corrente[174], a arbitragem é exclusivamente um conjunto de atribuições obrigacionais, em que, de um lado, os árbitros não são juízes da causa ou não exercem qualquer função pública ou atribuída pelo Estado, decidem com base no mandato confiado a eles pelas partes. E, de outro lado, a decisão arbitral vincula as partes em razão da obrigação contratual assumida de por uma parte vis-à-vis a outra.

Outra parte dos defensores da corrente materialista[175] não desconsideram a existência de efeitos processuais da convenção de arbitragem, todavia, descartam a

---

[169] VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., 2017, p. 237.

[170] "*Como ocorre com a transação, o compromisso muito se aproxima das formas de extinção das obrigações por pagamento indireto, como, aliás, antes era tratado*". (TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**, v. 3, Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 63).

[171] NANNI, Giovanni Etore. Op. cit., 2014, p. 17.

[172] NANNI, Giovanni Etore. Op. cit., 2014, p. 6.

[173] Sobre a corrente contratalista, ver: COSSIO, Francisco González de. La natureza Jurídica del Arbitraje: un Ejercicio de Balanceo Químico. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 16, São Paulo: IOB, 2007, p. 55-67.

[174] "*It is the arbitration agreement that gives [the arbitral award] its existence; it is from the arbitration agreement that it derives all its substance; it has, then, like the arbitration agreement, the caracter of a contract; and the precise truth is that it is only the performance of the mandate that the parties have entrusted to the arbitrators; it is even, to put it precisely, only an agreement to which the parties have bound themselves by the hands of the latter (the arbitrators)*". MERLIN, P. Recuil alphabétique des questions de droit. apud BORN, Gary B. International Commercial Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 185.

[175] Leonardo de Campos Melo aparenta corroborar com esse entendimento, ao afirmar que a cláusula compromissória consiste em negócio jurídico, tendo por conteúdo fundamental uma obrigação de fazer sujeita a uma condição suspensiva. (MELO, Leonardo Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades - A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 22).

assunção do designativo “processual” ao negócio jurídico, porque tal vertente surgiria tão somente no momento de sua eficácia.

Assim, ao atrelar-se a momento posterior – da eficácia jurídica - o aspecto processual não estaria ligado à natureza (origem) da convenção de arbitragem, que permaneceria puramente de direito material[176].

Pontes de Miranda, à quem já fora atribuído defender a corrente processualista, bem esclarece a visão da corrente materialista ao afirmar que “*quanto à sua eficácia, o compromisso é negócio de direito material com eficácia negativa no direito pré-processual (exclusão dos juízes estatais) e eficácia positiva no direito processual (submissão das partes aos efeitos do laudo arbitral homologado)*”[177].

É exatamente nesse entendimento que se filiam Leonardo de Faria Beraldo[178], que qualifica o compromisso arbitral como “contrato com efeitos na esfera processual” e Giovanni Etore Nanni que atribui a cláusula compromissória uma natureza de pacto material, em que a vertente processual surge apenas no âmbito da eficácia[179].

A natureza de “negócio jurídico material” da convenção de arbitragem é defendida entre inúmeros civilistas clássicos, como Clóvis Bevilacqua e Carvalho de Mendonça, e contemporâneos, como Silvio Rodrigues[180], Arnaldo Rizzardo[181], Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[182].

Interessante destacar que, apesar de ter expressamente afirmado que o compromisso seria “*contrato de direito material privado*”[183], Pontes de Miranda afirmava que “*no fundo, compromisso é renúncia ao juízo estatal*” e que a sua eficácia consistia em impedir a constituição da relação jurídica processual estatal (ou seja, entre as partes e Estado-Julgador).

Argumentos esses que serão a base para entendimentos favoráveis à natureza “*processual*” da convenção de arbitragem.

---

[176] NANNI, Giovanni Etore. Cláusula Compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: NANNI, Giovanni Etore. Direito Civil e Arbitragem, São Paulo: Atlas, 2014, p. 16-17.
[177] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op.cit., 2013, p. 485.
[178] BERALDO, Leonardo de Faria. Op. cit., 2014, p. 168.
[179] NANNI, Giovanni Etore. Op. cit., 2014, p.17.
[180] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, 30 ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 380.
[181] RIZZARDO, Arnaldo. Contratos, 16 ed., v.3, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1064.
[182] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., 2013, p. 685.
[183] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 2013, p. 486.

4.4.2. A cláusula compromissória como negócio jurídico processual

Em contrapartida ao entendimento de orientação civilista, observa-se entre os chamados "processualistas" nacionais, uma corrente majoritária que entende ser a convenção de arbitragem um negócio jurídico processual. As razões, contudo, são diversas.

4.4.2.1. O negócio jurídico processual como consequência do efeito processual

Uma primeira corrente defende que "*embora inequívoca a base civilista, resultante do acordo de vontades, predominam as normas processuais, seja no procedimento, seja nos efeitos*"[184], remetendo a convenção de arbitragem a uma natureza processual[185].

Carlos Alberto Carmona, há mais de 35 anos[186], defende que a natureza "*processual*" da convenção advém dos efeitos processuais marcantes que produz, ao afastar o juiz natural e investir os árbitros de poderes para dirimir, com força vinculante, a controvérsia[187].

Interessante destacar que, a despeito da classificação "*processual*", Carmona reconhece que o conteúdo do negócio jurídico envolve questões de matéria obrigacional - admitindo-se a existência de vínculos obrigacionais entre as partes, como pagamento de despesas e honorários arbitrais[188].

Seguindo a linha de Carmona, Luiz Fernando Guerreiro atribui a natureza de negócio jurídico processual à convenção de arbitragem, justificando que "o fim do acordo celebrado entre as partes é a solução de litígio"[189]. No entanto, ressalta-se que

---

[184] (Caio Mário... *Instituições de Direito Civil - Vol. III - Contratos, 22ª edição*. Forense, 11/2017, 452).

[185] Neste sentido, Giuseppe Chiovenda afirma que o 'compromisso' constitui um "contrato, dotado de relevância processual negativa", por meio do qual as partes afastam a constituição de uma relação jurídica processual judicial e atribuindo a um ou mais particulares o tratamento das controvérsias. (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução de Paolo Capitanio. 3 ed., Campinas: Bookseller, 2002, p. 104

[186] Essas foram as palavras de Carmona em evento denominado "**Negócios Jurídicos Processuais na Arbitragem**" realizado na Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP em 2 de julho de 2016.

[187] CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., 2009, p. 189.

[188] Idem.

[189] GUERREIRO, Luiz Fernando. Op. cit., 2009, p. 13.

Guerreiro equipara o sentido do termo “fim” à eficácia da convenção de arbitragem, mas a finalidade da declaração de vontade que constitui o núcleo do suporte fático do negócio jurídico.

Em mesmo sentido, Teixeira de Souza afirma que é a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade dos negócios processuais[190]. Tarcísio Araújo Kroetz alinha-se ao entendimento de que o efeito processual na convenção de arbitragem é o elemento definidor de sua natureza jurídica[191].

Esse critério da eficácia com ele qualificador do negócio jurídico é também utilizado na França, segundo Loic Cadiet, para qualificar os “*accords processuels*” [192].

No direito alemão, Christoph A. Kern explica que “*a ‘procedural’ contract whose object is exclusively the modification of the otherwise applicable procedural law is not a contract belonging to the sphere of substantive law, but belongs to the sphere of procedural law*”. Kern cita como um exemplo de “*procedural contract*” a convenção de arbitragem.

4.4.2.2. O negócio jurídico processual como consequência da norma jurídica incidente sobre o suporte fático

Perfilando uma segunda corrente, Fredie Didier Jr. afirma que o ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como suporte fático de uma norma jurídica processual e se refira algum procedimento. Podendo esse ato ser praticado durante os itinerários do procedimento ou fora do processo[193]. Assim, qualifica a convenção de arbitragem como um negócio jurídico processual atípico[194].

---

[190] SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2 ed., Lisboa: Lex, 1997, p. 193.

[191] KROETZ, Tarcísio Araújo. Arbitragem - conceito e pressupostos de validade. São Paulo: RT, 1997, p. 138.

[192] “*les accords processuels sont bien des accords de volonté et ces accords sont bien destinés à produire un effet sur l’ordonnancement juridique du procès, effet de droit, assurèment*”. CADIET, Loic. La qualification juridique des accords processuels : in PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador, Editora Jus Podium, 2017, p. 134.

[193] DIDIER, Fredie Jr.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Jurispodivm, 2011, p. 31. No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDIDA, J. M.G; CRUZ, L.P.F.; CERQUEIRA, L. O.S; GOMES JR, L.M (Org.) **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judicias**. São Paulo: RT, 2008, p.167 e ss.

[194] Ao tratar da forma exigida para o negócio processual atípico, o autor fala que a forma é livre, contudo, pontua que “há, porém, casos excepcionais (foro de eleição e convenção de arbitragem). DIDIER JR. Fredie, Negócios Jurídicos Processuais Atípicos: In PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2017, p. 119.

Para Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, negócio jurídico processual é o negócio jurídico que decorre da incidência de uma norma de natureza processual e que se refere a algum processo, ou melhor, que tem valor para o processo[195].

4.4.2.3. O negócio jurídico processual como consequência da organização da jurisdição privada

Pedro Batista Martins, em artigo publicado em 1999, defendeu que o compromisso arbitral e a cláusula compromissória cheia, por estabelecerem os contornos jurídico-processuais da jurisdição privada, possuem natureza jurídica de negócio jurídico processual. Ademais, justifica a sua inserção no campo processual, dizendo: "*esses instrumentos fixam o campo do exercício das funções do julgador, reduzindo-se, consensualmente, as incertezas criadas pelas disputas, irradiando, por conseguinte, modelo de realização de justiça e efeito no campo da ordem pública*"[196].

Rodrigo Almeida Magalhães, em tese dedicada à convenção de arbitragem, defendeu que a natureza jurídica do compromisso arbitral somente pode ser a de negócio jurídico processual. Porque, além das partes submetem um litígio à solução de terceiros (árbitros), com força vinculante para elas, afastando a jurisdição estatal, elas organizam o modo pelo qual deverá se processar a arbitragem[197].

No contexto processual, entende-se que o ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como suporte fático de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento[198].

Assim, cotejando a teoria dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda com a definição de ato jurídico processual, o negócio jurídico processual pode ser definido como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferindo, ao sujeito, o

---

[195] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. "Negócios Jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. : in PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2017, p. 292.

[196] MARTINS, Pedro Batista. Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 211.

[197] MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Arbitragem e Convenção arbitral, Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 176.

[198] DIDIER JR., Fredie; e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador, JusPodivm, 2011, p. 30 e 31.

poder de escolher e estabelecer certas situações jurídicas processuais, nos limites fixados no próprio ordenamento jurídico[199].

4.4.2.4. O negócio jurídico processual como consequência de seu objeto

Clóvis do Couto Silva defendia a tese de que o compromisso seria um "ato de organização"[200], uma síntese de negócios jurídicos constitutivos e de disposição. Da natureza constitutiva nasceria para as partes a obrigação de aceitar o juízo arbitral criado, em renúncia à via judicial ordinária. Da natureza organizacional, as regras inerentes ao juízo privado.

Ao classifica-lo, Clóvis do Couto Silva afirmava cuidar-se de negócio processual, vez que seu objeto visa "afastar a cognição judicial"[201] e dele resulta, imediatamente, o direito de extinção da jurisdição estatal.

Eduardo Silva da Silva corrobora com o entendimento de que a cláusula compromissória é um negócio jurídico dispositivo e constitutivo de instância para solução de conflitos; contudo, não o qualifica como de natureza processual[202].

José Carlos Magalhães e Luiz Olavo Baptista, em livro publicado em 1986, afirmaram, sinteticamente, que a cláusula compromissória seria autônoma frente ao contrato principal por regular "matéria de natureza processual"[203]. Citam, contudo, interessante decisão proferida por um Tribunal na Suíça em 1933 que já considerava a cláusula compromissória como uma convenção de natureza processual, *verbis*: "*une clause d'arbitrage n'est pas une convention de droit privé, mais une convention ressortissant à la procédure*"[204].

---

[199] Cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro, in PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2017, p. 96.

[200] COUTO E SILVA, Clóvis. **Comentários ao CPC**, vol. XI, t. I, 1981, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 562.

[201] Idem, p. 563.

[202] "*A cláusula é negócio jurídico dispositivo e constitutivo de instância para solução de conflitos. A instância privada é escolhida (efeito constitutivo) afastando a esfera judicial de resolução de controvérsias (efeito dispositivo)*". Eduardo Silva da Silva, *Código Civil e Arbitragem: Entre a liberdade e a responsabilidade.* **Revista de Arbitragem e Mediação**, n.5, São Paulo, RT, 2005, p.160.

[203] BATISTA, Luiz Olavo; MAGALHÃES, José Carlos. **Arbitragem Comercial**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 63.

[204] MAGALHÃES, José Carlos. Op. cit., p. 145.

4.4.3. A convenção de arbitragem como negócio jurídico misto

Uma terceira hipótese de enquadramento da convenção de arbitragem é como negócio jurídico misto.

Para aqueles que defendem esse entendimento, a convenção de arbitragem teria uma dupla natureza (material e processual) porque, na sua gênese, expressaria um acordo de vontades cuja natureza é de direito material – mas com efeitos de natureza processual[205].

Destarte, ao invés qualificar a convenção de arbitragem pela priorização de um de seus aspectos - como feito por Giovanni Etore Nanni, para qualifica-lo como "material", ou Carmona Alberto Carmona, para qualifica-lo como processual, assimilam-se ambos os aspectos para o atribuir uma denominação mista ou híbrida.

Assim o fez Clávio de Melo Valença, em brilhante tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Para ele, a convenção de arbitragem possui natureza híbrida, contratual em sua formação e processual em seus efeitos[206].

Em mesmo sentido, o Ministro João Otávio de Noronha, em voto acolhido pelos Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 606.345-RS, apresentou entendimento pela natureza híbrida da convenção de arbitragem, *in verbis*:

> "*exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário*".

De forma similar, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Fátima Nancy Andrighi, em relatório apresentado no Recurso Especial n. 712.566-RJ, afirmou que: "*não obstante seja razoável considerar que algumas regras relativas à arbitragem têm*

---

[205] "*A formação nitidamente contratual e sua finalidade processual revela para alguns autores natureza mista, de Direito Material e Processual*". KROETZ, Tarcísio Araújo. Op. cit., 1997, p. 138.

[206] VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A Arbitragem em juízo**. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2015, sob a orientação da Professora Doutora Maristela Basso.

natureza substantiva, é preciso reconhecer que são eminentemente processuais as normas que regem os efeitos da cláusula compromissória"[207].

Francisco José Cahali apresenta um entendimento único sobre a natureza jurídica da convenção de arbitragem, o qual – com a devida vênia – denomina-se como negócio jurídico híbrido alternativo.

Para o ilustre professor, a convenção de arbitragem caracteriza-se, em um primeiro momento, como negócio jurídico de direito material, considerando a existência de uma previsão, com efeito vinculante de submissão do litígio à arbitragem. No entanto, se a convenção de arbitragem prever disposições processuais de organização procedimental (v.g., prazos, forma para a prática de atos e intimações), ter-se-á uma ampliação do seu conteúdo, permitindo-lhe atribuir também a qualificação processual[208].

4.5. A NATUREZA JURÍDICA MISTA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM - JUSTIFICATIVAS

Qualificação é uma operação intelectual que possibilita classificar uma determinada situação em uma noção jurídica conhecida, a qual não ocorre sem a definição de um critério de análise[209].

Como se percebe acima, a doutrina pátria aplica diferentes elementos de qualificação para identificar a tipologia de negócio jurídico a ser atribuída à convenção de arbitragem. Fato esse que somente poderia resultar em diferentes posicionamentos. Cita-se, por exemplo, a eficácia processual atribuída à convenção. Para alguns, repercute em uma natureza processual. Para outros, desqualifica a natureza processual, remetendo à qualificação material do negócio jurídico.

Assim, o primeiro passo para a proposição de um entendimento sobre a natureza jurídica da convenção de arbitragem é apresentar o critério de qualificação.

---

[207]Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 712.566-RJ, 3ª Turma, Relatora Fátima Nancy Andrighi. Brasília, 18 de agosto de 2005. **Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação**, n. 7, São Paulo, p.212 a 237, com comentários de Emir Calluf Filho.

[208] CAHALI, Francisco José. Op. cit., 2015, p. 178.

[209] Charles Jarrosson afirma que "*Le critère est une sorte de clé de la notion, un passage obligé sans lequel on peut qualifier la situation considérée comme relavant de la notion* ». (JARROSSON, Charles. La notion d'arbitrage, Paris : Libraire générale de droit et de jurisprudence, 1987, p. 244-245).

Marcos Bernardes de Mello[210] atribui ao fato jurídico duas espécies de categorias de eficácia jurídica - de direito material ou de direito formal.

A norma jurídica de direito material é aquela cuja incidência resulta em fatos jurídicos que têm por eficácia a criação e a regulação de direitos/deveres, de pretensões/obrigações, que definem licitude de condutas, dentre outros.

A doutrina de Ada Pellegrini ensina também que o direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida[211].

A norma jurídica de direito formal, ao contrário, é aquela que regula a forma dos atos jurídicos ou o modo de exercício dos direitos, que prescrevem, exclusivamente ritos, prazos, competências e formas processuais. Essas normas, segundo Marcos Bernardes de Mello[212], não atribuem direitos passíveis de subjetivação, apenas instituem instrumentos destinados à plena efetividade do direito material.

Nesse sentido, os princípios, regras e dispositivos que regulamentam o exercício da função jurisdicional são compreendidos como normas processuais[213].

Essa classificação não leva em conta o ramo do direito em que está situada a norma jurídica, mas sim a eficácia que atribui ao fato jurídico.

Ademais, essa classificação não atende a principal crítica da corrente "materialista" sobre a "processualista", no sentido de que os aspectos processuais da convenção de arbitragem estão localizados apenas nos seus efeitos e não na sua gênese.

Na existência de inúmeros critérios reconhecidos, a análise pode ocorrer a partir de uma metodologia alternativa ou acumulativa. Considerando as sutilezas que envolvem a qualificação da convenção de arbitragem, entende-se adequado utilizar a forma cumulativa, pois permite a confirmação da conclusão alcançada por mais de um critério.

---

[210] MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit*.,* 2015, p. 47-48.

[211] GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 46.

[212] Idem.

[213] RIBEIRO, Marcelo. Curso de Processo Civil - Teoria Geral e Processo de Conhecimento - Vol. 1. São Paulo: Método, 2015, p. 23.

4.5.1. A investigação da gênese da convenção de arbitragem

Pontes de Miranda[214] afirma que todo o negócio jurídico cria relação jurídica que constitui, modifica ou extingue direitos, ações, pretensões ou exceções, representando a projeção eficacial do negócio jurídico.

A convenção de arbitragem, como negócio jurídico, confirma a regra. No entanto, tal assertiva não caracteriza a convenção de arbitragem como negócio jurídico puramente material.

4.5.1.1. O conteúdo da convenção de arbitragem

Antonio Junqueira de Azevedo afirma que elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo jurídico; assim, para que se constate, de fato, a existência de um negócio jurídico específico - nesse caso, uma convenção de arbitragem[215].

Os elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio jurídico. Os intrínsecos são a forma, o conteúdo e as circunstâncias negociais, enquanto os elementos gerais extrínsecos são o tempo, o lugar e o agente.

É o chamado “elemento categorial essencial” que, por ser inderrogável, serve para definir a categoria do negócio jurídico na ordem jurídica, diferenciando-o dos demais. Como se trata do núcleo da hipótese do suporte fático, ele não resulta da vontade das partes, mas sim, da ordem jurídica.

O Código Civil admite a celebração do negócio jurídico como forma de regulação das relações jurídicas privadas. No entanto, é a Lei de Arbitragem que, em seus artigos 3º, 4º e 9º, estabelece a previsão normativa hipotética (ou propositiva) do negócio jurídico denominado convenção de arbitragem e suas espécies, cláusula compromissória e compromisso arbitral. *In verbis*:

---

[214] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Junior, Parte Geral - Tomo III, São Paulo: RT, 2013, p. 61.

[215] Antônio Junqueira de Azevedo, Op. cit., 2010, p. 31-32.

> *Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.*
>
> *Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.*
>
> *Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.*

Depreende-se da leitura do artigo 3º que o elemento categorial essencial da convenção de arbitragem é a declaração mútua de vontade em submeter litígios à arbitragem. Pois, é a vontade-núcleo[216] que se encontra reproduzida no gênero (convenção de arbitragem) e também nas suas duas espécies (cláusula compromissória e compromisso arbitral).

Ao realizar um exercício de análise comparada, conclui-se que inúmeros ordenamentos jurídicos[217] definem a convenção de arbitragem de modo semelhante ao contido no artigo 7 da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL[218], cuja essência se reveste num consenso (acordo) pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas.

No entanto, para se compreender o que, de fato, envolve o consenso em arbitrar, faz-se necessário analisar o objeto desse tipo de negócio jurídico.

---

[216] No sentido apresentado por Pontes de Miranda. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 2013, p. 65.).

[217] Como exemplo, tem-se: França, Code de procédure civile, art. 1442: "*La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat*"; Inglaterra, English Arbitration Act, Section 6: "*In this Part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not)*"; Portugal, Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro de 2011, art. 1º (1): "*Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros*".

[218] UNCITRAL ARBITRATION MODEL LAW (As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006), art. 7: "*Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not*". Ambas as opções 1 e 2 preveem essa disposição.

4.5.1.2. O objeto da convenção de arbitragem

Uma parte da doutrina considera que o objeto do ato jurídico é constituído pelas obrigações que criam, modificam ou extinguem das relações jurídicas[219]. Ou de outro modo, pela operação jurídica considerada pelas partes[220].

A teoria intermediária considera que o objeto do negócio são as prestações assumidas pelas partes[221].

A terceira teoria restritiva[222] entende que o objeto do negócio é sua matéria; ou seja, seus bens, utilidades, interesses[223] e relações sobre as quais recai a manifestação de vontade. Para Alberto J Bueres, o objeto do negócio jurídico é aquilo que serve de matéria para o exercício do entendimento"[224].

Caio Mário, em mesmo sentido, afirma que objeto (stricto sensu) do direito subjetivo é o bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce o poder assegurado pela ordem legal.

Para ele, pode ser objeto de direito tudo que tenha existência fora do ser humano ainda que independente de materialização; todo bem jurídico sobre o qual recaia o poder de ação individual. Pode ter um valor econômico, traduzido em expressão pecuniária, mas também pode representar um valor moral para o titular, inapreciável economicamente[225].

Tomando por base a teoria restritiva, qual seria o objeto da convenção de arbitragem?

---

[219] Cf. SAVIGNY, Sistema de derecho romano actual, trad. Castellana de J.Mésia y M. Poley, t. II, p. 354 ; JOSSERAND, Derecho Civil, **Teoría General de las obligacionaes**, trad. Por S. Cunchillos y Manterola, t. II, vol. I, p.82.

[220] ITURRASPE,Mosset Iturraspe, Contractos, p. 194.

[221] BUERES, Alberto J. **Objecto del Negocio Juridico**, 2 ed., Buenos Aires: Hammulabi, 1989, p.50.

[222] CARIOTA FERRARA, Luigi**. El negocio jurídico**, Aguliar, 1957, p. 513.

[223] BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, p. 182.

[224] BUERES, Alberto J. Op. cit., 1989, p.58.

[225] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Introdução ao Direito Civil** - teoria geral de direito civil, v.1, 30 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 405.

4.5.1.2.1. O direito material como objeto da convenção de arbitragem

A doutrina clássica, por vez influenciada pela disposição dos capítulos no Código Civil de 1916, enquadrou o compromisso como uma forma de extinção de obrigações, como a compensação ou a transação.

O equívoco legislativo, corrigido no Código Civil de 2002, contudo, produziu efeitos sobre a identificação do objeto da convenção de arbitragem.

Atualmente, não é raro identificar aqueles que defendem que o objeto da convenção de arbitragem é o direito material de caráter patrimonial e disponível[226]. E que, por meio da convenção de arbitragem, as partes exercem sua autonomia privada para dispor sobre tais direitos[227] como o fazem na transação.

Não é raro, nesse sentido, encontram os defensores do argumento de que, "se as partes podem transacionar um respectivo direito, podem elas também concordar em submeter tais direitos à apreciação dos árbitros".

Para esse doutorando, essa assertiva é equivocada.

A transação é o negócio jurídico bilateral em que as partes, por meio de concessões mútuas ou troca de vantagens pecuniárias, previnem ou extinguem relações jurídicas duvidosas ou litigiosas[228].

Apesar da potencialidade de resultar na extinção de um litígio – o que ocorreria por esvaziamento do interesse de agir – o objeto da transação não se confunde com aquele da convenção de arbitragem.

O objeto (stricto sensu) da transação são os direitos subjetivos materiais das partes, os quais são manipulados - a partir de concessões recíprocas – que extinguem, declaram ou constituem obrigações de natureza puramente material de parte a parte. A natureza de direito material das estipulações feitas na transação é claramente percebida quando, como afirma Silvio Rodrigues, elas podem ser substituídas por prestações pecuniárias[229].

---

[226] FIUZA, Celso. **Teoria Geral da Arbitragem**, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 111.

[227] "*os requisites objetivos estão relacionados com o objeto da cláusula compromissória, que deverá ser direito patrimonial disponível [...]*". MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Op. Cit., 2006, p. 176.

[228] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Parte Geral das Obrigações**, v. 2, p.259

[229] Idem.

Por sua vez, o objeto da convenção de arbitragem não é o direito subjetivo material. Quando as partes negociam as disposições que formaram o conteúdo da convenção arbitral, elas não estão dispondo, constituindo ou declarando direito de natureza material.

Atribuir o objeto da convenção arbitral ao direito material é confundi-lo, equivocadamente, com a arbitrabilidade objetiva **do litígio**.

Bernard Hanotiau[230], no curso apresentado na Académie de Droit International de La Hay em 2002, afirmou que arbitrabilidade objetiva é a faculdade atribuída a um litígio em ser resolvido por meio da arbitragem. Patrice Level, por sua vez, afirma que arbitrabilidade objetiva "*exprime la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres*"[231].

Assim, o direito material é o objeto do litígio e não o objeto da celebração da convenção de arbitragem.

Ademais, encontra-se consolidado na doutrina pátria o entendimento que o árbitro exerce um poder jurisdicional[232 e 233].

Para Fredie Didier Jr., a jurisdição é função atribuída ao terceiro imparcial estranho ao conflito. A arbitragem, então, seria somente mais uma atividade puramente jurisdicional de solução de conflitos em que os conflitantes buscam em uma terceira pessoa desinteressada a resolução do litígio. Dessa forma, devido ao caráter jurisdicional do juízo arbitral é que se torna possível a afirmação de que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional, mas sim propriamente jurisdição exercida por particulares, com autorização do Estado, como consequência do exercício do direito fundamental de autonomia negocial[234].

---

[230] HANOTIAU, Bernard. **L'Arbitrabilité**. The Hague : Martins Nijhoff Publishers, 2003, p. 40.

[231] LEVEL, Patrice. L'Arbitrabilité. **Revue de l'arbitrage**, n. 213, Paris : 1992, p. 213.

[232] "Daí porque parece não haver mais sentido, hoje, em se falar de monopólio do Estado no exercício da jurisdição. Pode-se falar em origem diferenciada (contratual) da jurisdição exercida pelo árbitro, mas nem por isso deixará de ser jurisdição". GIUSTI, Gilberto. O Árbitro e o Juiz: Da Função Jurisdicional do Árbitro e do Juiz. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 5. São Paulo: IOB, 2005, p. 9.

[233] CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tratado Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 68.

[234] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. v.1. Bahia: Podium, 2011, p.104 - 107.

Desse modo, considerar que o direito material é o objeto de um negócio jurídico que visa outorgar a jurisdição ao árbitro repercute em reafirmar preceito, já a décadas confirmado, da autonomia do direito de ação em face do direito material.

Por esses motivos, entende-se que o direito material (patrimonial disponível) não é o objeto da convenção de arbitragem. E que, em verdade, é o direito subjetivo de ação que é negociado pelas partes para a formação da convenção de arbitragem.

Abaixo, apresenta-se os fundamentos desse entendimento.

O direito de ação é autônomo ao direito material;

Diante da inaceitabilidade social da "*justiça feita pelas próprias mãos*", o homem passou a utilizar de um outro instrumento, a ação.

Antes da separação científica entre o direito material e direito processual, a ação identificava-se com o próprio direito material. A ação e o direito que o litigante pretendia ver reconhecido eram a mesma coisa, vista de ângulos diferentes. A ação era o direito material em estado de reação[235].

Após os estudos de Theodor Muther e Bernhard Windscheid[236], a doutrina[237] concebeu o entendimento de que a ação constituía um direito distinto (direito de agir) do direito subjetivo material que visa tutelar.

Para Muther, o direito de agir se destinaria a fazer com que o Estado exerça seu direito material contra o obrigado; ou seja, embora não se confundindo, o direito material seria pressuposto do direito de agir. Direito esse a ser exigido em face do Estado.

Definida a separação entre o direito de agir e o direito material, a doutrina dedicou-se a justificar a existência de um direito de agir em abstrato. Em outras palavras, o direito de agir existiria independentemente do reconhecimento do direito material.

---

[235] CADIET, Loic. **Droit Judiciaire Privé**, 10 ed., Paris : LexisNexis, 2017, p. 344.

[236] Cf. TAVARES, André Ramos. Op. Cit., 2017, p. 600.

[237] Luiz Guilherme Marinoni apresenta um resumo dos pensamentos de Plósz, Degenkolb, Chiovenda e Mortara em: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, vol. 1, 5 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 169 a 171.

Adolf Wach construiu a teoria da pretensão à tutela jurídica, que unia elemento de direito material e processual. A pretensão à tutela jurídica seria dirigida ao Estado – que estaria obrigado à outorga-la – e contra a parte *ex adversa* – que deveria a suportar[238]. A pretensão não se fundaria na existência do direito material, mas apenas no interesse da prestação da tutela jurídica.

Wach entendeu, contudo, que a tutela jurídica seria concedida apenas ao "vencedor" da ação. Caso deferida a pretensão, a tutela jurídica seria concedida ao autor; indeferida, a tutela jurídica seria concedida ao réu.

Eduardo Couture entende que a ação é um direito de agir em abstrato, reconhecido constitucionalmente ao cidadão para acesso à jurisdição. Afirma que as Constituições atribuem um direito abstrato de petição em relação à autoridade, na qual o direito de ação em face do Estado seria uma espécie[239]. Direito esse que resulta coativo, virtualmente, para o demandado, que se obriga a comparecer em juízo sob pena dos efeitos da revelia. E também para o Estado, que se obriga a se pronunciar[240].

Enrico Tullio Liebman, ainda na década de quarenta, diferencia o "direito de agir" – esse abstrato e constitucionalmente garantido – com a "ação" – esse um direito concreto a obtenção de um julgamento de mérito numa situação específica[241].

Modernamente, Alexandre Freitas Câmara afirma que "dá-se o nome de ação ao direito, a todos assegurado, de atuar em juízo, exercendo posições ativas ao longo de todo o processo, a fim de postular tutela jurisdicional[242].

Confirmado, então, por diferentes perspectivas, **a existência de um direito de agir em face de uma jurisdição, autônomo à existência de um direito material subjetivo**, deve-se compreender que este direito não se resume a um ato de mera provocação da jurisdição.

---

[238] WACH, Adolf. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, v.1 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, vol. 1, 5 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 169 a 170.

[239] COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**, 17 ed., Buenos Aires: Roque Depalma, 1959, p. 74-75.

[240] "*Concebida la acción como um derecho a la jurisdicción, o más concretamente a someter el conflito o controvérsia a la décision de los órganos de la jurisdicción [...]*". Idem, p. 79.

[241] LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria de processo civile, p. 46 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, vol. 1, 5 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 169 a 171.

[242] CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 4 ed. São Paulo, Atlas, 2018, p. 32.

O direito de ação como direito de acesso à justiça;

Ao reconhecer que a dignidade humana é um dos fundamentos da liberdade, da justiça e da paz no mundo, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Em seu artigo décimo[243], a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece, aos seres humanos, o direito fundamental de acesso, em plena igualdade, a um tribunal independente e imparcial que decidirá sobre os seus direitos e deveres. Trata-se do denominado direito de acesso à justiça.

Destarte, dois são os feitos atribuídos à Declaração Universal dos Direitos Humanos. A um, ampliou o conteúdo mínimo de acesso à justiça, extrapolando a mera garantia de acesso ao julgamento. A dois, permitiu o reconhecimento do acesso à justiça como direito fundamental no plano internacional, em especial, diante do cenário pós-II Guerra Mundial.

No contexto atual, o direito de "acesso à justiça" não apresenta uma definição simples, existindo fatores culturais e jurídicos que repercutem na definição de seu conteúdo. Todavia, é comum identificar dois eixos básicos: o sistema jurídico deve garantir um acesso à jurisdição equânime (i) e cujo resultado seja individual e socialmente justo (ii)[244].

Assim, o direito de acesso à justiça não se resume a garantia de um julgamento, englobando também um conjunto de direitos e garantias necessários ao desenvolvimento equânime do procedimento com fins a obtenção de um resultado justo. Por consequência, afirma-se que o estudo do direito de acesso à justiça não se

---

[243] Declaração Universal dos Direitos Humanos: "*Artigo 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele*". Ver: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em 5 de maio de 2018.

[244] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice – A world Survey**, vol. I, livro I, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 6.

deve resumir ao acesso aos órgãos judiciais já existentes[245], mas sim de viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa[246].

Segundo Kazuo Watanabe, os elementos constitutivos dessa ordem jurídica justa são: (i) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial; (ii) o direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos; (iii) o direito a pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e, (iv) o direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características[247].

Esse direito ao acesso à ordem jurídica justa é entendido como uma relação de direito subjetivo versus obrigação. De um lado, trata-se de um direito subjetivo fundamental dos indivíduos, o qual se apresenta, vis-à-vis, como uma obrigação imposta ao Estado[248]. Portanto, em sintonia com os ensinamentos de Eduardo Couture e Liebman.

Para tanto, impõe-se ao Estado a disponibilização de mecanismos de garantia do acesso à justiça ante aos seus potenciais obstáculos, os quais seriam de três ordens: o obstáculo econômico (advindo da pobreza das pessoas), o obstáculo organizacional (advindo da própria estrutura jurisdicional do Estado) e o obstáculo da efetividade (a escolha e adequação do mecanismo de solução de controvérsias para ensejar a efetiva vindicação de direitos)[249].

Os mecanismos utilizados para superar tais obstáculos no acesso à justiça foram didaticamente apresentados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth nas conhecidas ondas de evolução.

---

[245] "*The idea has indeed been developed, since the classic legal theory to more recent authorities, that the right of access not only encompasses the formal right of access to courts, but also the right to the effective protection of a party's right in a fair trial*". (MOURRE, Alexis; VAGENHEIM, Alexandre. Some Comments on Denial of Justice in Public and Private International Law after Loewen and Saipem. In: FERNANDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel; ARIAS, David (eds.) **Liber Amicorum Bernardo Cremades**. España: La Ley, 2010, p. 846).

[246] WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1988, p. 128.

[247] Idem.

[248] COMOGLIO, Luigi Paolo. Accesso alle corti e garanzie costituzionali. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover**, São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 262.

[249] Segundo, CAPPELLETTI, Mauro. Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. Revista Forense, v. 326, Rio de Janeiro: 1994, p.125.

Na primeira onda, ataca-se o viés econômico pela concessão de assistência jurídica gratuita, reduzindo ou afastando os custos com obstáculo de acesso à justiça. Na segunda onda, verificam-se as reformas estruturais de organização interna estatal e a tutela dos direitos difusos e coletivos.

Na terceira onda, há uma reorganização do acesso à justiça, com o incentivo a utilização de outros mecanismos de solução de controvérsias, como a arbitragem[250]. A efetivação do acesso a um processo justo envolve também a participação efetiva e adequada das partes na formação do processo jurisdicional[251].

Assim, o acesso à justiça – acrescentam Mauro Cappelletti e Bryant Garth – não é apenas um direito social fundamental; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística[252].

Desse modo, deve-se entender que o direito subjetivo de ação, independente do direito material, apresenta uma concepção de acesso à uma tutela jurídica justa.

O acesso à justiça como direito fundamental na constituição brasileira;

A Constituição Federal de 1988 estabelece inúmeros direitos e garantias que se inserem dentro de um contexto amplo de um direito de acesso à ordem jurídica justa definida por Kazuo Watanabe[253].

Foi assegurado o direito de acesso à jurisdição (art. 5º., XXXV), ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º., XXXVI), a inexistência de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º., XXXVII), ao juiz natural (art. 5º., LIII), ao devido processo legal (art. 5º., LIV), ampla defesa e contraditório (art. 5º., LV) entre outros.

Para este trabalho, interessa-nos, em especial, o direito de acesso à jurisdição.

---

[250] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Op. Cit., 1978, p. 21,

[251] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre Acesso à Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 82, jan. 2010. São Paulo: Dialética, p. 43 a 53.

[252] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit., 1978, p. 13.

[253] WATANABE, Kazuo. Op. Cit., 1988, p. 128.

No capítulo introdutório desta tese, foi apresentado que a Constituição Imperial de 1824, à semelhança da Constituição Portuguesa de 1822[254], elevou o regime jurídico da arbitragem para a esfera constitucional, autorizando a nomeação de "juízes árbitros" para as questões cíveis e penais civilmente intentadas. Condição essa que desaparece nas Constituições posteriores, ressurgindo com timidez apenas na Constituição Federal de 1988.

Ainda com relação ao direito de acesso à justiça, a Constituição de 1946, pela primeira apresentou a disposição de que: "*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*".

Consolidava-se, assim, no plano constitucional, uma relação entre a efetivação do acesso à jurisdição e prestação da tutela estatal por meio do Poder Judiciário.

Isso decorre do entendimento tradicional de que a jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça[255].

No entanto, no plano infraconstitucional, permanecia a autorização legislativa para a realização da arbitragem disciplinada no Código de Processo Civil de 1939. A despeito da necessidade de homologação da sentença arbitral para a sua execução[256], a nulidade restringia-se a violação de aspectos formais da arbitragem e sentença arbitral ou de norma cogente. Ou seja, havia uma limitação na intervenção estatal sobre o conteúdo da decisão arbitral.

A Constituição Federal de 1988 manteve uma relação entre o direito de acesso à jurisdição e a prestação da tutela estatal na redação do artigo 5º, inciso XXXV, *in verbis*: "*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

A Constituição, firmada sob a égide de um Estado Democrático de Direito, não se limitou a reconhece um direito de acesso à jurisdição estatal.

Ao proibir a autotutela, a Constituição Federal impôs ao Estado o dever de garantir a prestação de tutela idônea aos direitos individuais e coletivos, eliminando

---

[254] Portugal, Constituição Política da Monarquia Portuguesa, aprovada em 23 de setembro de 1822: "*Artigo 194.º. Nas causas cíveis, e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juízes árbitros, para as decidirem*".

[255] CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., 2009, p. 147. Ver também: GRINOVER, Ada P. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 77.

[256] Brasil, Decreto-Lei n. 1608/39: "*Art. 1.041. A execução da sentença arbitral dependerá de homologação".*

os conflitos de interesse que ameaçam a paz social. Essa garantia constitucional, apresenta duas vertentes.

Na primeira, impõe-se ao legislador uma proibição de criar obstáculos legislativos ao acesso de todos à efetiva tutela de lesão ou ameaça a direito[257].

Na segunda, a Constituição impôs ao Estado, por meio da estrutura do Poder Judiciário, o dever de prestação jurisdicional, quando assim provocado pelo interessado. Para tanto, atribui-se ao Estado um poder de aplicar a regra jurídica ao caso concreto por meio de um processo equânime e justo, ou seja, um poder jurisdicional.

Nesse sentido, a prestação da jurisdição estatal deve ser entendida como uma função, um *dever-poder* do Estado. Na medida em que, primeiro, se impõe ao Estado o dever de realizar determinados fins em benefício do interesse público (garantir a tutela)[258]e, para que então cumpra com tal dever, reconhecendo-lhe um poder decisório (jurisdicional).

Ocorre que a garantia constitucional do acesso à tutela jurisdicional estatal somente existe porque a Constituição Federal reconhece a todos o direito de acesso à justiça, como defendiam Couture e Liebman. Agora, mais modernamente, estar-se-á falar de um direito à obtenção de uma tutela adequada e definitiva para as situações de lesão ou ameaça a direito[259].

Como bem afirma Eduardo Cabim[260], sob o enfoque constitucional, compõe-se um direito à obtenção da tutela jurisdicional mediante a um processo justo que implique na concessão de poderes específicos de agir em juízo e de um conjunto de iniciativas e de faculdades indispensáveis ao seu desenvolvimento (por exemplo, ampla defesa, contraditório, igualdade das partes e devido processo legal).

Esse direito de ação ou direito ao processo[261] abstrato é reconhecido a todas as pessoas. Estar-se-á falar não apenas às pessoas físicas, mas também das

---

[257] Nessa perspectiva, o art. 5º, XXXV tem um viés de garantia constitucional. Ver: GALVÃO, Ilmar. Juízo Arbitral. In: Wald, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais – Arbitragem e Mediação**, vol. I, São Paulo: RT, 2014, p. 917.

[258] COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 39.

[259] Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional***,* 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 599.

[260] CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**, São Paulo: RT, 2001, p. 11

[261] Para Paulo Roberto Gouvêa Medina, trata-se de "direito ao processo". (MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. **Direito Processual Constitucional***,* 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.?)

pessoas jurídicas, entidades despersonalizadas (Procon, por ex.) e também as universalidades (massa falida, espólio).

Também deve ser reconhecido ao demandado que integra a relação jurídica processual; afinal, o demandado possui direito idêntico de participação no processo e busca de um resultado que lhe favoreça. É por essa razão que a desistência da ação manifestada pelo demandante depois da contestação somente remeterá à extinção do processo quando dela o demandado concordar (art. 485, § 4º do Código de Processo Civil).

Considerando o comando da indeclinabilidade da prestação jurisdicional e a garantia da inafastabilidade do controle judicial, esse direito de ação poderá ser exercido contra o Estado, o qual não poderá se abster de julgar[262].

Nesse ponto Wach e Liebman estavam equivocados. Trata-se, contudo, de uma faculdade e não uma imposição.

As pessoas não estão obrigadas a ingressar em juízo sempre que seus direitos subjetivos forem afrontados; mas, se assim o fizerem, o Estado lhes garante o pleno exercício desse direito de ação, segundo as regras por ele fixadas.

Como alternativa à jurisdição estatal, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza, com base no princípio da autonomia privada, a utilização da arbitragem.

O fundamento autorizativo da arbitragem encontra-se, então, no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que, ao tratar do acesso à jurisdição, não vedou a possibilidade de os entes privados e públicos optarem pela via arbitral.

O Ministro Nelson Jobim, em voto proferido na ação que analisou a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96[263], ao analisar o núcleo normativo do artigo 5º. Inciso XXXV da Constituição Federal concluiu que a norma, de natureza proibitiva, tem como destinatário o próprio sistema legal e não o cidadão. Logo, não haveria uma obrigação do cidadão recorrer ao Poder Judiciário, mas sim um direito de opção pelo Poder Judiciário ou não.

---

[262] TAVARES, André Ramos. Op. Cit., 2017, p. 600.

[263] Brasil, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira n. 5206, Diário Oficial, Brasília, 12 de dezembro de 2011.

Ademais, ao contrapor aos argumentos dos Ministros Sepulveda Pertence e Moreira Alves, o Ministro Nelson Jobim bem argumentou que a Constituição Federal autoriza que a pessoa opte por vias alternativas de acesso à justiça[264].

Leonardo Greco, ao tratar do direito de ação constitucional, defende que "*na jurisdição voluntária [..] o desencadeamento do seu exercício constitui manifestação do direito de ação*"[265].

Ressalta-se que o reconhecimento da possibilidade de escolha sobre a forma ideal de tutela do direito subjetivo é inerente ao próprio conceito moderno de acesso à justiça. Afinal, se o direito de acesso à justiça consiste no acesso à uma tutela jurisdicional justa, adequada e eficiente, nada mais correto do que outorgar aos tutelados o direito de escolha.

Escolha essa que pode ser fundada na carência estrutural do Poder Judiciário para atender ao número exacerbado de ações judiciais, uma legislação processual inadequada a determinados tipos de conflitos ou ainda pela ausência de especialização e experiência do magistrado em litígios de alta complexidade técnica.

Miguel Reale resume as causas do que chama de "Crise da Justiça", indicando a alarmante morosidade para obtenção de sentenças definitivas e sua execução, o reconhecimento de que o Poder Judiciário não é imune aos malefícios da corrupção, uma legislação processual obsoleta e a prevalência de antigas práticas cartoriais[266].

Ocorre que a escolha pela via arbitral não acontece em abstrato. Trata-se também de uma escolha exclusiva, ou seja, a opção pela arbitragem representa renúncia à tutela jurisdicional na exata medida do que foi atribuído aos árbitros.

Nesse sentido, a lei ordinária estabelece que a opção pelo juízo arbitral deve ser restrita a uma relação jurídica individualizada e acordada, por meio da celebração de um negócio jurídico vinculante, pelas partes integrantes desta determinada relação jurídica.

---

[264] Brasil, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira n. 5206, Diário Oficial, Brasília, 12 de dezembro de 2011. "O senhor Ministro Sepulveda Pertence - A premissa de V. Exa. É que se possa renunciar ao direito de ação que ainda não existe. O direito de ação só existe quando, havendo resistência a uma pretensão, surge o interesse de agir. O Sr. Ministro Nelson Jobin - Ele não renuncia a solução do conflito. Ele só estabelece que a solução do conflito será feita pela forma "a", e não pela forma "b". Ele não está renunciando ao conflito; ele está renunciando à possibilidade".

[265] GRECO, Leonardo Greco, **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil**, *vol. I, 5 ed.,* São Paulo: Forense, 2015, p. 69.

[266] REALE, Miguel. Crise da Justiça e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2, n. 5. São Paulo: RT, 2005, p. 11.

Assim o fazendo, poderão as partes – em ordem com os princípios constitucionais do processo[267] e legislação ordinária – adequar o acesso à jurisdição ao seu entendimento do que representa um acesso à justiça.

Dário Moura Vicente muito bem coloca que "*a verdadeira nota característica da arbitragem privada reside antes na circunstância de se tratar de uma forma de administração da justiça por meros particulares*[268].

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, ao autorizar que os entes privados e públicos celebrem a convenção de arbitragem, permite que eles modulem o direito constitucional de ação para uma relação jurídica específica.

Essa modulação é claramente perceptível na convenção de arbitragem, quando, além de submeterem o litígio aos árbitros, as partes convencionam sobre as regras aplicáveis ao procedimento, moldando assim o direito de acesso à justiça às características e expectativas específicas da respectiva relação jurídica.

Sob a ótica do direito francês, a qual não se diferencia do contexto do direito brasileiro, Jean Baptiste Racine confirma esse entendimento, ao afirmar que: "la convention ne porte donc pas directement sur des droits substantiels. Elle concerne em réalité le droit d'agir em justice"[269].

Por essas razões, entende-se que: (i) **a Constituição Federal reconhece que o direito de acesso à justiça é um direito subjetivo autônomo**; (ii) **a Constituição Federal reconhece a autonomia privada dos entes jurídicos para escolher a forma de exercício desse direito de acesso à justiça, ao não a vetar expressamente; (iii) sendo a arbitragem uma forma de solução de litígios, conclui-se que o direito de acesso à justiça é o verdadeiro objeto da convenção de arbitragem.**

---

[267] Ver: BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, Laure. **Les principes fondamentaux de l'arbitrage.** Bruxelles: Bruyant, 2012.

[268] VICENTE, Dário Moura. **Da Arbitragem Comercial Internacional - Direito Aplicável ao Mérito da Causa**, Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 27

[269] RACINE, Jean Baptiste. Op. cit., 2016, p. 97.

4.5.1.2.2. A análise do objeto da convenção de arbitragem repercute numa natureza mista.

Segundo o critério assumido para a análise da natureza jurídica da convenção de arbitragem, tipo de norma jurídica incidente, percebe-se que a gênese da convenção de arbitragem envolve normas de direito material e processual.

O instrumento, negócio jurídico, envolve o exercício da autonomia privada de diferentes entes para estabelecem uma relação jurídica de natureza privada que constitui direitos e estabelece obrigações entre as partes, portanto sujeita as normas jurídicas de direito material.

Por outro lado, o objeto da convenção de arbitragem é um direito subjetivo de acesso à jurisdição que se submete às normas jurídicas de direito processual. Por exemplo, o art. 21, parágrafo segundo[270] da Lei de Arbitragem limita a autonomia das partes na modulação desse direito de acesso à jurisdição, submetendo-a aos princípios gerais de processo, como o respeito ao contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento no procedimento arbitral.

Ademais, o direito de ação é eminente de caráter processual, vez que integra com a jurisdição e o procedimento, uma "trilogia estrutural do direito processual"[271]. Sem o exercício do direito de ação (convencionado na convenção de arbitragem), a jurisdição (sentença) não passaria de função inerte, permanecendo desnecessário o processo (arbitragem)[272].

Nesse ponto, o ensinamento de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini é conclusivo para definição da natureza jurídica do objeto da convenção de arbitragem (direito de ação), ao qualifica-lo com "direito público, subjetivo e abstrato" [273].

Desse modo, conclui-se que, pela análise de sua gênese, a convenção de arbitragem possui natureza material e processual, portanto mista.

---

[270] Brasil, Lei n° 9.307/96: "Art. 21, § 2°. - Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento".

[271] PODETTI, J. Ramiro. **Teoria y técnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciência del processo civil**. Buenos Aires: DIAR, 1963, p. 53.

[272] CARREIRA, ALVIM. Op. cit., 2012, p. 34-35.

[273] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, vol 1, 13 ed., São Paulo, RT, 2013, p. 156.

4.5.2. A análise do conteúdo eficacial da convenção de arbitragem

A investigação da natureza jurídica da convenção de arbitragem demanda também a análise do conteúdo eficacial da convenção de arbitragem.

Comumente, a abordagem da convenção de arbitragem é apresentada sob uma perspectiva positiva, inerente a constituição de um direito de acesso ao árbitro obrigação das partes submeterem seus litígios à arbitragem e, negativa, que representa uma proibição imposta ao tribunal estatal (2). Ambos os efeitos, contudo, advém da constituição de um direito de acesso ao árbitro (1).

4.5.2.1. O Direito de Acesso ao Árbitro – como elemento atributivo do caráter material da convenção de arbitragem

Conforme acima exposto, a Constituição Federal atribui a todos um direito de ação ou de acesso à jurisdição para a tutela efetiva dos direitos materiais, o qual pode ser exercido por meio da estrutura do Estado ou pela arbitragem.

Ao celebrar a convenção de arbitragem concordam por submeter seus litígios a um "sistema processual autônomo"[274] ou a uma "*sui generis ordem jurídica arbitral*"[275] - como defende Eduardo de Albuquerque Parente-, os quais são compostos por um conjunto de princípios e regras que se diferenciam da tutela jurisdicional prestada pelo Estado. Dentre esses, cita-se a flexibilidade do procedimento, a confidencialidade, o caráter de irrecorribilidade da sentença arbitral, a oportunidade de escolha do julgador e da lei aplicável ao mérito do litígio.

Assim, as partes concordam voluntariamente à arbitragem, porque as características e regras a ela aplicáveis se adequam às expectativas das partes sobre o conteúdo de uma "ordem jurídica justa". **Acesso à justiça significa, então, acesso ao árbitro**.

---

[274] Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

[275] PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Existiria uma ordem jurídica arbitral? In: In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz**, São Paulo: Atlas, 2017, p. 59 - 79.

Nesse sentido, é correta a afirmação de Pedro Batista Martins de que: "*Platão, com sabedoria, já afirmava que o tribunal escolhido e criado de comum acordo pelas próprias partes é o mais sagrado de todos os tribunais*"[276].

Considerando que o acesso à justiça é um direito subjetivo autônomo, é perfeitamente razoável se falar num direito de acesso ao juízo arbitral eleito contratualmente[277] ou de um direito de acesso ao árbitro.

Na França, a *Cour de Cassation* reconheceu a existência de um direito de acesso ao árbitro no caso NIOC[278].

A situação envolvia a sociedade Sté National Iranian Oil Company (NIOC), de origem iraniana, e o Estado de Israel. Após se recusar a indicar um árbitro, como previa a cláusula compromissória, o Estado de Israel (através de seu poder Judiciário) negou-se a intervir para a constituição de um tribunal arbitral, alegando que NIOC era uma empresa controlada por um estado inimigo. Diante da impossibilidade de NIOC buscar a interferência das Cortes Iranianas, a *Cour de Cassation* interferiu no caso. Para resolver a situação de denegação de justiça, a Cour de Cassation reconheceu a competência do juiz francês para auxiliar na constituição do tribunal arbitral afirmando que "*a impossibilidade de uma parte acessar o juiz, seja ele arbitral, [...] constitui uma denegação de justiça justificante da competência internacional do juiz francês*".

Ainda no Caso Pirelli, a Cour de Cassation[279] decidiu, de maneira inédita, que a recusa do tribunal arbitral em examinar a demanda reconvencional, fundada na falta de pagamento dos custos arbitrais, atentaria ao direito de acesso à justiça e igualdade das partes quando esta for indissociável da demanda principal.

Ao equiparar o direito de acesso aos árbitros ao direito de acesso à justiça reconhecido no art. 6, §1° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a *Cour de Cassation* entendeu que a exigibilidade de pagamento das custas processuais, como condição da apreciação do pedido reconvencional, configuraria uma afronta à ordem pública processual quando impede o acesso ao árbitro.

---

[276] BATISTA MARTINS, Pedro Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 10.

[277] DA FONSECA, Rodrigo Garcia. Op. cit., 2006, p. 279.

[278] França, Cour de Cassation, primeira câmara cível, 1° de fevereiro de 2005, Revue de l'arbitrage, 2005:3, LITEC: Paris, França, 2005, p. 693 a 707, com comentário de Horatia Muir Watt.

[279] PINNA, Andrea. La confirmation de la jurisprudence Pirelli par la Cour de cassation et les difficultés pratiques de garantir au plaideur impécunieux l'accés à la justice arbitrale note sous Cass. civ. 1e, 28 mars 2013 et CA Paris, 26 février 2013. Cahiers de l'arbitrage. vol. 2013, issue 2. Paris : L.G.D.J., 2013.

A existência desse direito subjetivo de acesso ao árbitro pode ser também confirmada na legislação brasileira.

O artigo 42 do Código de Processo Civil estabelece que "*as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes* ***o direito de instituir juízo arbitral****, na forma da lei*".

Outrossim, o artigo 337, parágrafo 6º do Código de Processo Civil estabelece que "*na ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e* ***renúncia ao juízo arbitral***". Ora, se renúncia é ato de disposição de direitos[280], a renúncia prevista no artigo 337, parágrafo 6º do Código de Processo Civil é uma renúncia do direito de acesso à jurisdição arbitral, de acesso ao árbitro.

No Brasil, o direito de acesso ao árbitro é reconhecido por meio do caráter vinculante e obrigatório atribuído à convenção de arbitragem, como resume FIGUEIRA JUNIOR: "*A convenção de arbitragem [...] tem por finalidade gerar entre os contratantes o compromisso inarredável de submeterem à jurisdição arbitral a solução dos conflitos [...]*"[281].

Em especial, verifica-se a existência de um direito de acesso ao árbitro na situação de convenção de arbitragem incompleta (vazia) ou patológica.

Ao invés de desobrigar as partes vinculadas à convenção de arbitragem, o legislador brasileiro valorizou o *pacta sund servanda*, dando à cláusula arbitral – ainda que vaga ou incompleta - uma total eficácia e outorgando ao juiz poderes extremados para instituir – "a todo custo" - a arbitragem[282].

Ao considerar a eficácia da convenção de arbitragem, mesmo na hipótese da cláusula compromissória patológica, a legislação brasileira objetivaria a preservação do núcleo principal da convenção arbitral, ou seja, o acesso aos árbitros. De modo que "*na análise das cláusulas patológicas deve-se aplicar, ao máximo, as técnicas de interpretação com vistas a sanar as inconsistências e lacunas visando assegurar, no limite, a opção pela arbitragem*"[283].

---

[280] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maraia de Andrade Nery, Parte Especial - Tomo XXV, São Paulo, RT, 2013, p. 380.
[281] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 191.
[282] CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 158.
[283] MARTINS, Pedro Batista. Op. cit., 2011, p. 138.

Clávio de Melo Valença[284] reconhece a existência de um direito subjetivo à arbitragem que visa proteger a pretensão da parte em arbitrar. Note-se que, de modo preciso, o autor qualifica o direito como “de ação” ou “de agir”, diferenciando-o do direito material que será objeto do litígio.

Comprovado, então, que a convenção de arbitragem constitui um direito subjetivo de acesso ao árbitro, não restam dúvidas de que, na classificação proposta por Marcos Bernardes de Mello[285], estar-se-á falar na hipótese de incidência de norma jurídica de direito material.

4.5.2.2. Os efeitos da convenção de arbitragem

No direito brasileiro, a Constituição Federal garante o acesso ao Poder Judiciário para tutelar ameaça ou lesão a direito. No entanto, a partir da atual interpretação do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal permite-se extrair o reconhecimento de um direito subjetivo de acesso à jurisdição qualificada que autoriza os entes privados e públicos optarem pela tutela arbitral, mediante o exercício da autonomia privada na celebração da convenção de arbitragem.

O objetivo principal da convenção de arbitragem é submeter os litígios, presentes ou futuros à arbitragem. Como consequência de sua formação válida, dois efeitos são produzidos: o efeito positivo e o efeito negativo[286].

---

[284] VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A Arbitragem em juízo**. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2015, sob a orientação da Professora Doutora Maristela Basso, p.19

[285] MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit*.,* 2015, p. 47-48.

[286] GAILLARD, Emmanuel. “L’effet négatif de la compétence-compétence”, in: HALDY, Jacques; RAPP, Jean-Marc Rapp; FERRARI, Phidias. **Études de Procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean François Poudret**. Lausanne: Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2009.

4.5.2.2.1. O efeito positivo da convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem é um negócio jurídico plurilateral[287], ou seja, as partes convergem suas declarações de vontade para um fim comum[288], obrigam-se entre si e para com todas adquirem direitos[289].

Sob essa perspectiva, ao passo em que a celebração da convenção arbitral constituiu um direito subjetivo de acesso ao árbitro, impõe-se às partes um efeito positivo de natureza dupla. A convenção estabelece uma obrigatoriedade de submissão dos litígios à arbitragem (a) ao passo que atribuiu uma missão jurisdicional aos árbitros (b).

O efeito obrigacional em face das partes;

Celebrada a convenção de arbitragem, impõe-se às partes a obrigatoriedade de submeter os litígios advindo da relação jurídica de base à arbitragem.

Esta obrigatoriedade advém, segundo a doutrina[290], do caráter material (negocial) da convenção de arbitragem e a conseguinte aplicação do princípio do *pacta sund servanda*.

O efeito obrigacional imposto a uma parte vis-à-vis a outra é de natureza irrevogável. Quando celebrado em conformidade com os requisitos de validade, a sua revogação somente acontecerá mediante distrato celebrado pelas partes. É o que se extrai da leitura dos artigos 337[291] e 485, VII do Código Civil Brasileiro[292].

---

[287] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, Parte Especial - Tomo XXXVIII, São Paulo, RT, 2013, p. 65; NANNI, Giovanni Etore, Direito Civil e Arbitragem, São Paulo, Atlas, 2014, p. 21; NUNES PINTO, José Emílio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, n. 4, São Paulo: RT, 2005, p. 41.

[288] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, Parte Especial - Tomo XXXVIII, São Paulo, RT, 2013, p. 65.

[289] ASCARELLI, Tullio. "O contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tullio, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo, Saraiva, 1945, p. 290.

[290] RACINE, Jean-Baptiste. Op. cit., 2016, p. 220; GUERREIRO, Luiz Fernando. Op. cit., 2009, p. 121.

[291] Brasil, Código de Processo Civil: "*Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - convenção de arbitragem; [...] § 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo. § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral*".

[292] Brasil, Código de Processo Civil: "*Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência*".

Assim, caso a parte demande perante o tribunal estatal, tal ato somente repercutirá na ineficácia da convenção arbitral para o litígio posto na ação judicial, caso a parte requerida não apresente oposição; conforme disposto no artigo 337, parágrafo sexto do Código de Processo Civil[293].

Ao fazê-lo tempestivamente, na forma do artigo 337, inciso X do Código de Processo Civil, permanecem intactos os efeitos da convenção de arbitragem, obrigando as partes a submeterem seu litígio à arbitragem e proibindo a apreciação do mérito pelo Poder Judiciário.

Sob o plano processual, tem-se a consequente extinção do processo sem julgamento do mérito, por força do artigo 485, VII do Código de Processo Civil[294].

Interessante destacar que, a despeito de estarem inseridas no Código de Processo Civil, as normas supramencionadas apresentam um evidente conteúdo de direito material, pois estabelecem a hipótese de ineficácia pontual do negócio jurídico. A renúncia deve ser interpretada restritivamente e, portanto, limitada aos pleitos submetidos na respectiva ação judicial.

É evidente que tais normas também desempenham um papel no plano processual, uma vez que, a ineficácia pontual da convenção de arbitragem repercute na restituição da jurisdição ao Poder Judiciário para decidir sobre o mérito da controvérsia.

O efeito positivo da convenção de arbitragem também repercute na obrigatoriedade do adimplemento integral das obrigações contidas na convenção de arbitragem. Autorizando, no caso de inadimplemento, a execução in natura ou específica.

Na hipótese de a parte ignorar a obrigatoriedade advinda da celebração da convenção de arbitragem e ajuizar demanda perante o Poder Judiciário, a parte demandada poderá obstar o seguimento do feito. Fazendo-o, sob o prisma eficacial, trata-se de uma medida de execução in natura ou específica da obrigação de submeter os litígios à arbitragem.

---

[293] Idem.
[294] Idem.

Isso porque, ao extinguir o processo sem julgamento de mérito, com base no artigo 485, VII do Código de Processo Civil[295], força-se a parte recalcitrante a sucumbir ao efeito obrigacional da convenção de arbitragem e a submeter à solução do litígio pela via arbitral.

Outra hipótese de execução in natura ou específica ocorre na hipótese de cláusula compromissória vazia[296].

Conforme acima indicado, o elemento categorial essencial da convenção de arbitragem é a declaração mútua de vontade em submeter litígios à arbitragem. No entanto, a instauração da arbitragem depende do prévio consentimento das partes sobre a forma de constituição do tribunal arbitral ou indicação de árbitro e, a *posteriori*, da aceitação da missão jurisdicional pelos árbitros escolhidos.

Assim, é comum – porém não obrigatório - que na convenção de arbitragem conste de um procedimento para a constituição do tribunal arbitral ou indicação de árbitro. Nessa hipótese, estar-se-á diante da chamada cláusula compromissória cheia.

Caso a redação do procedimento para a constituição do tribunal arbitral ou indicação de árbitro apresente vício ou erro capaz de repercutir na impossibilidade da instauração da arbitragem, tem-se a chamada cláusula compromissória patológica[297].

Há ainda a hipótese em que as partes nada trataram sobre o procedimento para a constituição do tribunal arbitral ou indicação de árbitro, situação em que a cláusula compromissória é adjetivada como vazia.

Configurada uma situação de cláusula compromissória vazia ou patológica, a obrigatoriedade de submissão dos litígios à arbitragem impõe que um acordo de vontades seja celebrado para permitir a instauração da arbitragem. É o que se extrai do disposto no artigo 6º da Lei de Arbitragem, que, a despeito de mencionar a hipótese de ausência de acordo sobre a forma de instauração da arbitragem, aplica-se também a cláusula compromissória patológica.

---

[295] Brasil, Código de Processo Civil: "*Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência*".

[296] Sobre a ação do art. 7º da Lei de Arbitragem, ver: BARBI FILHO, Celso. Cumprimento Judicial da Cláusula Compromissória na Lei n° 9.307/96 e Outra Intervenções do Judiciário na Arbitragem Privada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, out./dez., São Paulo: Malheiros, 1997.

[297] EISEMANN, Frédéric. La Clause d'Arbitrage Pathologique. In: MINOLI, Eugenio. **Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli**. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1974, p. 129.

Caso o acordo de vontade não seja realizado, por inércia de uma das partes ou por falta de consentimento, legitima-se à parte interessada a requerer, por via judicial, a execução específica da convenção de arbitragem.

Ab initio, a ação do artigo 7º da Lei de Arbitragem[298] visa a obtenção de uma obrigação de fazer compreendida na celebração de um compromisso arbitral que permita a instauração da arbitragem[299]. Não havendo acordo, o juiz decidirá pela forma de instauração da arbitragem, permitindo a efetividade da convenção de arbitragem.

Em outro cenário, o inadimplemento da convenção de arbitragem repercute em consequência jurídica diversa.

Na hipótese da cláusula compromissória cheia, é comum verificar a imposição de uma consequência jurídica à recusa das partes em adimplir com o procedimento para a constituição do tribunal arbitral ou indicação de árbitro. Assim, penalizando a prática de atos protelatórios ou evasivos contrários à arbitragem e evitando a necessidade de suporte judicial para a instauração da arbitragem.

Comumente a penalização atribuída esse tipo de inadimplemento da convenção de arbitragem é a perda do direito. Por exemplo, na falta de indicação de árbitro no prazo convencionado, extingue-se o direito da parte inadimplente, autorizando a instituição de arbitragem, autoridade nomeadora ou, ao fim, o juiz estatal promover a nomeação do árbitro em substituição da parte inadimplente.

Além da obrigação de fazer, para Giovanni Etore Nanni e Eduardo Silva Romero, o efeito positivo da a convenção de arbitragem gera também obrigação uma obrigação de não-fazer (não propor ação na justiça estatal) e uma outra obrigação de dar (pagar os custos arbitrais)[300].

---

[298] SMILGIN, André. Ação judicial para a instituição de arbitragem com base no art. 7° da Lei 9.307/96. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo Poder Judiciário. Competência-Competência. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008.

[299] Na forma do art. 7º, parágrafo segundo da Lei de Arbitragem, *in verbis*: "*Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.[...] § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral*".

[300] ROMERO, Eduardo Silva. Los efectos del contrato de arbitraje - introducción. In: ROMERO, Eduardo Silva; ESPINOSA, Fabricio Mantilla. El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis, 2005, p. 523-524; NANNI, Giovanni Etore, Direito Civil e Arbitragem, São Paulo, Atlas, 2014, p. 17-18.

Entende-se, em divergência[301], que a obrigação de dar (pagar os custos arbitrais) não representa elemento categorial essencial da convenção de arbitragem. Isso porque, as partes podem atribuir os custos arbitrais exclusivamente a uma parte da relação jurídica (i.e. relação entre fornecedor e consumidor, em que o fornecedor arca com os custos arbitrais como forma de incentivo à utilização da arbitragem), sem que isso desnature o tipo de negócio jurídico.

Com relação à obrigação de não fazer (não propor ação na justiça estatal), aparentemente, trata-se de um efeito reflexo do adimplemento da obrigação de fazer em submeter à arbitragem e não uma obrigação diversa. Ou seja, a licitude que impede a continuidade da ação judicial é a violação do dever obrigação de fazer em submeter à arbitragem e não a existência de uma obrigação de não fazer.

Esse impedimento é reflexo também do efeito negativo da convenção de arbitragem[302].

O efeito atributivo da jurisdição em face dos árbitros;

A doutrina pátria, comumente, atrela o efeito positivo da convenção de arbitragem exclusivamente à eficácia obrigacional dirigida às partes para submeter o litígio à arbitragem[303 e 304].

---

[301] Não se omite a existência de entendimento diverso feito com bse em outros ordenamentos jurídicos. "*"[A]n arbitration agreement is a contract in which the parties agree to submit their existing or future disputes to arbitrators, and not to the courts. Put positively, an arbitration agreement obliges the parties to honor this commitment and provides the basis for the jurisdiction of the arbitral tribunal; put negatively, the arbitration agreement prevents the parties from seeking the resolution by the courts of disputes covered by the arbitration agreement*". GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Paris, Kluwer Law International, 1999, p. 381.

[302] Cf. ANCEL, Bertrand. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da "competência-competência". **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 6. São Paulo: IOB, 2005.

[303] Cf. LESSA NETO, João Luis**. Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro**. Salvador: JUSPODIVM, 2016, p. 102 e 103; BATISTA MARTINS, Pedro. **Convenção de Arbitragem. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 207; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso Básico de Direito Arbitral. 4 ed., Curitiba: Juruá, 2017, p. 94. BERALDO, Leonardo de Faria. Op. cit., 2014, p. 180. CAHALI, Francisco José. Op. cit., 2015, p. 186.

[304] Não se ignora que o efeito positivo da convenção de arbitragem repercute também em consequências à efetividade da jurisdição arbitral, em especial, ao princípio da competência-competência. No entanto, entende-se que a apresentação da teoria relativa ao princípio da competência-competência em nada agregaria ao presente estudo.

Filio-me, contudo, a doutrina francesa[305] que considera existir uma segunda vertente do efeito positivo da convenção de arbitragem[306].

É consenso atualmente que a fonte de legitimação da jurisdição atribuída ao árbitro é diversa daquela do juiz[307]. Para este, trata-se de uma função (dever-poder) atribuída pela Constituição Federal. Para aquele, a legitimação advém do exercício da autonomia privada que, por meio da celebração de um negócio jurídico, vinculam-se a submeter seus litígios à arbitragem.

Assim, é a convenção de arbitragem que confere jurisdição aos árbitros para decidir[308], com caráter vinculante às partes, os litígios submetidos cobertos pela convenção arbitral[309].

A convenção de arbitragem é, portanto, o instrumento jurídico que origina os poderes jurisdicionais atribuídos aos árbitros. Tem-se, então, que a convenção de arbitragem constitui os poderes jurisdicionais dos árbitros, produzindo efeitos jurídicos sobre os mesmos.

Não seria por outra razão que os limites dos poderes jurisdicionais dos árbitros estão inseridos na convenção de arbitragem, o que Jean-Baptiste Racine entende como "compétence"[310] do árbitro. A própria existência de um poder jurisdicional do árbitro está atrelada com a análise do conteúdo da convenção de arbitragem nas situações de cláusulas compromissórias patológicas ou na extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a partes não signatárias.

Reconhece-se, aqui, como acima já afirmado, que a existência da arbitragem depende da formação de um contrato de árbitro. Todavia, reluto em concordar com Thomas Clay que, o contrato de árbitro, e não a convenção de arbitragem, é a origem dos poderes jurisdicionais do árbitro[311].

---

[305] Cf. SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. Droit de l'arbitrage interne et international, Paris : Montchrestien, 2013, p. 587. RACINE, Jean-Baptiste. Op. Cit., 2016, p. 228. FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emanuel; GOLDMANN, Bertrand. Op. cit., 1999, p. 393.

[306] "*Positivo, ao implicar atribuições jurisdicionais aos árbitros de solucionar controvérsias".* (KROETZ, Tarcísio Araújo. Op. cit., 1997, p.96).

[307] FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais**, 2 ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 71.

[308] BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Op. Cit., 2009, p. 92.

[309]FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emanuel; GOLDMANN, Bertrand. Op. Cit., 1999, p. 393.

[310] RACINE, Jean-Baptiste. Op. Cit., 2016, p. 228.

[311] CLAY, Thomas. Op. Cit., 2001, p. 475.

Parecem-me válidos os argumentos contrários a este entendimento apresentados por Phillippe Fouchard, Emanuel Gaillard, Bertrand Goldmann, no sentido de que é a convenção de arbitragem que estabelece a atribuição e os limites do poder jurisdicional dos árbitros. E também de Jean Baptiste Racine, que afirma que a existência do contrato de árbitro está atrelada a da convenção.

Por hora, importa-nos constatar que ao atribuir efeitos aos árbitros, constituição e limites dos poderes jurisdicionais, a convenção de arbitragem produz efeitos que, segundo o critério de Marcos Bernardes de Mello, são de natureza puramente processual.

4.5.2.2.2. O Efeito Negativo da Convenção de Arbitragem

A eficácia negativa da convenção de arbitragem é entendida como a renúncia das Partes à jurisdição estatal, retirando-lhe o poder jurisdicional para conhecer questões que estejam nos limites da convenção de arbitragem celebrada pelas partes.

Dário Moura Vicente afirma que "*a arbitragem privada caracteriza-se pela subtração aos tribunais integrados na organização judiciária do Estado*"[312].

Arguiu-se, no passado, que a celebração da convenção de arbitragem repercutiria na renúncia do direito de acesso ao judiciário. Fundando-se no fato de que o Poder Judiciário retém uma tripla possibilidade de intervenção da relação jurídica submetida à arbitragem (cautelar e medidas de urgência, controle da sentença arbitral e questão que verse sobre direitos indisponíveis), evitou-se o conflito com o princípio da inafastabilidade de jurisdição.

No entanto, há como negar que a convenção de arbitragem repercute em renúncia ao direito de acesso à jurisdição estatal, na exata medida do que fora atribuído à jurisdição arbitral. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso confirmam esse entendimento ao afirmar que a opção pela convenção de arbitragem representa, simultaneamente, a renúncia à jurisdição estatal e, portanto, ao direito constitucional de acesso ao Judiciário[313].

---

[312] VICENTE, Dário Moura. **Da Arbitragem Comercial Internacional - Direito Aplicável ao Mérito da Causa**, Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 27.

[313] TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Cláusula Compromissória: interpretação, efeitos e questão intertemporal, in **Arbitragem Doméstica e Internacional - Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 101-122.

O efeito negativo da convenção de arbitragem deve ser percebido também na dimensão de proibir que o Poder Judiciário atue na tutela do direito material submetido à jurisdição estatal.

Clávio de Melo Valença é quem melhor explica essa situação[314]. Afirma o autor o ordenamento estatal cria o negócio jurídico da arbitragem, ao editar norma cujo suporte fático é a livre manifestação de vontade para a submissão de litígios à arbitragem.

Como consequência da autorização legislativa em arbitrar litígios, impõe-se ao Estado um dever reflexo de respeitar os efeitos que o ordenamento atribui ao negócio jurídico que ele mesmo criou.

Para Luís Roberto Barroso[315], as normas definidoras de direitos investem o jurisdicionado no poder de exigir do Estado — ou de outro eventual destinatário da regra — prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados.

Surge-se, então, um direito público subjetivo processual de proteção do efeito negativo da convenção de arbitragem, ou seja, um direito reconhecido às partes vinculadas à convenção de arbitragem para se opor ao seguimento da ação judicial proposta pela parte reticente pelo Poder Judiciário.

4.5. CONCLUSÃO DA SEGUNDA PARTE

Em resumo, conclui-se pelo exposto neste segundo capítulo que a convenção de arbitragem, tanto na sua origem quanto nos seus efeitos, é submetida a normas de direito material e processual; o que permite classifica-la como um negócio jurídico de natureza jurídica mista.

---

[314] VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da constituição federal. LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 107-142. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. A Arbitragem em juízo. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2015, sob a orientação da Professora Doutora Maristela Basso, p.20 e ss.

[315] BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, São Paulo: Renovar, 2000, p. 228

5. A EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

5. A EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Como a origem da arbitragem advém de um negócio jurídico, a efetiva submissão das partes à arbitragem depende que a convenção de arbitragem exista validamente e produza efeitos.

Para tanto, a análise da higidez da convenção de arbitragem pressupõe a correta compreensão dos planos da existência, validade e eficácia, conforme expressamente reconhecido no art. 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem.

Entende-se, portanto, adequado utilizar a teoria tricotômica de Antonio Junqueira de Azevedo[316], acolhendo as suas diretrizes para determinar quando o negócio jurídico (convenção de arbitragem) existe, é válido e eficaz.

Conforme explanado na Parte 2 deste trabalho, independentemente da corrente aderida, o negócio jurídico processual deriva do conceito de negócio jurídico. Assim, aproveita-se de um campo normativo invariável inerente aos requisitos de validade exigidos de todo negócio jurídico, são eles: (i) ser celebrado por pessoa capaz; (ii) objeto lícito certo ou determinável; (iii) obedecer a forma prescrita ou não defesa em lei e (iv) perfeição da manifestação de vontade.

No direito alemão, Christoph A. Kern, sugere a ocorrência da mesma situação no direito alemão, quer seja porque o Código de Processo Civil dispõe de poucas regras inerentes aos contratos processuais ou porque as regras materiais podem ser consideradas como uma teoria geral dos contratos [317].

Loic Cadiet afirma que, na França, "*tout d'abord, à défaut de disposition particulièrè, les accords processuels sont soumis, mutatis mutandis, aux conditions de*

---

[316] O doutorando tem conhecimento sobre divergências na doutrina à teoria de Junqueira; contudo, privilegiando a objetividade, entende-se que a teoria tricotômica apresenta uma estrutura ideal para o desenvolvimento argumentativo ora pretendido.

[317] "*Although procedural contracts are diferent from contracts in the field of substantive law, the rules in contracts provided for by substantive law are widely applicable by way of analogy. This is because the Code for Civil Procedure only contains very few rules on procedural contracts, and because the rules of substantive law can be considered to enshrine general rules of contract law*". KERN, Christoph A. Procedural Contracts in Germany. In: PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) Negócios Processuais, 3 ed., Salvador, Editora Jus Podium, 2017, p. 221.

formation des conventions, qu'ils s'agisse du consentement et de la capacité de la partie qui s'oblige ou de l'objet et de la cause" [318].

Os negócios jurídicos processuais, contudo, apresentam um campo normativo variável advindo da aplicação da norma processual, que atribui colorações diversas sobre os requisitos invariáveis de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais.

Considerando a natureza mista da convenção de arbitragem e a aplicabilidade da norma processual desde a sua gênese, tais colorações em tese também se aplicam à convenção de arbitragem.

Isso porque, ainda sobre a norma de natureza processual, aplicam-se a normas inseridas no campo-dependente da legislação arbitral, traçando características distintas ainda da incidência das normas processuais.

Para tanto, a análise dos requisitos para a eficaz formação da convenção de arbitragem partirá dos estrutura disciplinada no Código Civil.

5.1. A EXISTÊNCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Conforme acima exposto, o elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo jurídico; assim, para que se constate, de fato, a existência de um negócio jurídico específico (nesse caso, uma convenção de arbitragem) deve-se apurar a presença dos chamados elementos gerais (1) e categoriais (2)[319].

5.1.1. Os elementos gerais

Os elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio jurídico. Como são elementos constitutivos do negócio jurídico, a falta de um deles, torna o negócio inexistente. Eles se dividem entre os elementos gerais intrínsecos (1) e elementos gerais extrínsecos (2).

---

[318] CADIET, Loic. La qualification juridique des accords processuels : in PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador, Editora Jus Podium, 2017, p. 136.

[319] AZEVEDO, Antônio Junqueira de, Op. cit., 2010, p. 31-32.

5.1.1.1. Os elementos gerais intrínsecos

Os elementos gerais intrínsecos são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais.

5.1.1.1.1. A forma

No plano da existência, a forma é entendida como o meio de exteriorização da vontade, podendo ocorrer por modo escrito, oral ou comportamental. Sem a forma de exteriorização, a vontade negocial permanece no campo psicológico interno do agente, não interessando o mundo jurídico.

Assim, não basta que as partes almejem celebrar uma convenção de arbitragem, precisam externar essa vontade – em princípio - por meio de uma forma.

Abaixo, no plano da validade, serão apresentados os requisitos de legais aplicáveis a validade da forma.

5.1.1.1.2. O Objeto

A partir da teoria restritiva proposta por Alberto J. Bueres, defende-se nesta tese que o objeto do negócio jurídico é aquilo que serve de matéria para o exercício do entendimento"[320]. Para a convenção de arbitragem, estar-se a falar do direito subjetivo de acesso à justiça.

5.1.1.1.3. As circunstâncias negociais

A circunstâncias negociais, para Antonio Junqueira de Azevedo, é o resultado da declaração de vontade despida da forma e do objeto, ou seja, o *quid* irredutível à expressão e conteúdo que faz com que a manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada a produção de efeitos jurídicos[321].

---

[320] BUERES, Alberto J. **Objecto del Negocio Juridico**, 2 ed., Buenos Aires: Hammulabi, 1989, p.58.
[321] AZEVEDO, Antonio Junqueira. Op. Cit., 2010, p. 31.

5.1.1.2. Os elementos gerais extrínsecos

Os elementos gerais extrínsecos são o agente, o tempo e o lugar.

5.1.1.2.1. O agente

Para que exista um negócio jurídico é fundamental que haja uma declaração de vontade faticamente aferível e que decorra de um processo mental de cognição[322].

Como afirma Emilio Betti, a vontade é fator psicológico interno que não possui efeitos jurídicos. E a declaração ou o comportamento volitivo, revestidos do elemento da vontade, que são necessários para a constituição do negócio jurídico.

Para tanto, não declaração de vontade sem um emissor, sem um agente.

Antônio Junqueira de Azevedo afirma que o agente é no ato o que a pessoa é em potência[323]. Assim, como em todo negócio jurídico, a convenção de arbitragem somente pode ser celebrada por quem tem aptidão para praticar atos jurídicos.

Note-se que não se está a falar aqui dos requisitos de validade inerentes à capacidade de agir do agente para celebrar a convenção de arbitragem, mas sim quem esse agente é.

O agente será então a pessoa com a aptidão, dada pelo ordenamento jurídico, para adquirir direitos personalidade jurídica, ou seja, aquela dotada de personalidade.

5.1.1.2.2. O tempo e lugar

A celebração do negócio jurídico está relacionada com a atividade volitiva humana, a qual, por questões da física, acontecem em um determinado tempo e lugar.

Para a existência do negócio jurídico, os elementos “tempo” e “lugar” estão relacionados com os atos de declaração de vontade necessários à formação do consentimento, em especial, quando o negócio é firmado entre ausentes.

---

[322] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Contratos em espécie**, v. 4, t. I, 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

[323] Antônio Junqueira de Azevedo, Op. cit., 2010, p. 34.

5.1.1.3. Os elementos categoriais da convenção de arbitragem

Os elementos categoriais do negócio jurídico são aqueles que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio jurídico. Colocando em perspectiva, compra e venda, locação, doação, casamento e convenção de arbitragem, todos são exemplos de negócio jurídicos. Todos possuem os mesmos elementos gerais necessários a apuração de sua existência. Todavia, são os elementos categorias que os distinguem, que conformam a sua natureza jurídica.

Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas sim da ordem jurídica[324], e são revelados pela análise da estrutura normativa do respectivo negócio jurídico.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, os elementos categoriais dividem-se em duas modalidades. O elemento categorial natural é aquele que, a despeito de defluir da natureza do negócio jurídico, pode ser derrogado pelo acordo de vontade das partes, sem, contudo, alterar o tipo do negócio jurídico. Por sua vez, o elemento categorial essencial é a essência mínima do negócio jurídico e, portanto, inderrogável pelas partes.

Aproximando esse entendimento aquele de Pontes de Miranda, depreende-se que o elemento categorial essencial é núcleo[325] mínimo do suporte fático da norma jurídica necessário para configurar a existência de determinado negócio jurídico.

Conforme acima defendido, depreende-se da leitura do artigo 3º da Lei de Arbitragem que o elemento categorial essencial da convenção de arbitragem é o consenso (declaração mútua de vontade) em submeter litígios à arbitragem[326].

É tautológico afirmar que a existência da convenção de arbitragem depende da apuração de um consentimento em submeter litígios à arbitragem. Entretanto, na prática, tal análise não é simplória.

---

[324] A ordem jurídica é um sistema de regras públicas endereçadas a pessoas racionais, no qual os preceitos de justiça são asso- ciados ao Estado de Direito" (RAWLS, John. **A Theory of Justice**, London: Harvard University Press, 1921, p. 235-236).

[325] No sentido apresentado por Pontes de Miranda. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Junior, Parte Geral - Tomo III, São Paulo, RT, 2013, p. 65.).

[326] "Nevertheless, the consent of the parties remains the essential basis of a voluntary system of international arbitration". BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Op. cit., 2009, p. 71.

Mesmo diante da hipótese de indicação expressa do termo “arbitragem”, o ordenamento jurídico brasileiro privilegia, na análise das declarações de vontade, mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, o que repercute na necessidade de depuração da real intenção das partes em submeter os litígios a uma arbitragem e não a um outro mecanismo de solução de controvérsias diverso.

Nesse sentido, faz-se necessário identificar o elemento que distingue a arbitragem de outros mecanismos de solução de controvérsias.

5.1.1.3.1. A caracterização da arbitragem

A arbitragem não é o único mecanismo convencional em que um ou mais particulares intervêm para a solução de uma diferença.

Existem, principalmente, três outros institutos com características similares que, facilmente, podem ser confundidos com a arbitragem: (1) a mediação; (2) o arbitramento e (3) a perícia.

A arbitragem e a mediação;

A Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, define mediação como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Percebe-se pela leitura do referido dispositivo legal que a mediação e a arbitragem possuem elementos convergentes. Em ambos, um terceiro imparcial intervém imbuído de uma missão de colocar fim a um litígio.

A diferença se apresenta, portanto, na dimensão da missão, ou seja, nos poderes atribuídos ao terceiro imparcial.

O mediador, de acordo com a Lei n. 13.140/ 2015, não possui poder decisório, auxiliando e estimulando as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

O árbitro, por sua vez, decide a controvérsia com base na análise das questões de fato e de direito, conforme estabelecem os artigos 24 e 26, II da Lei de Arbitragem[327]. Ademais, ao equiparar os efeitos da decisão arbitral aqueles atribuídos à sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, o legislador atribuiu um caráter definitivo e vinculante à sentença arbitral.

No entanto, o poder de proferir uma decisão, não é suficiente para distinguir arbitragem de arbitramento.

A arbitragem e o arbitramento;

O critério tradicionalmente utilizado para distinguir arbitragem de arbitramento é a existência de um litígio; ou seja, a função da arbitragem é decidir um litígio.

O critério do litígio;

Na clássica conceituação de Carnelutti[328], litígio ou lide é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. M. Boyer afirma que litígio é formado pela reunião de dois elementos: o conflito de interesses e a pretensão jurídica. Sendo que a pretensão jurídica é o elemento que eleva o conflito do plano econômico ou moral para o plano jurídico.

O critério da existência de um litígio é comumente utilizado para diferenciar a arbitragem do arbitramento, como assim feito por Carnelutti[329] em 1924. Isso porque o arbitramento, apesar de ser também caracterizado por uma decisão tomada por terceiro escolhido pelas partes contratantes, seu objeto versa sobre a determinação de um elemento constitutivo ou modificativo de um contrato e não a solução de um litígio.

---

[327] Brasil, Lei de Arbitragem: "*Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito*"; "*Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: [...] II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade [...]*".

[328] CARNELUTTI, Francesco. Lite et funzione processuale, Rivista di diritto processuale e civile, 1928, p. 28, *apud* JARROSSON, Charles. **La notion d'arbitrage**, Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 253.

[329] CARNELUTTI, Francesco. Arbitri e arbitratori, **Rivista di diritto processuale e civile**, 1924, p. 121.

O terceiro, arbitrador, é incumbido de determinar o objeto da prestação, fixar o preço razoável, adaptar um contrato de longa duração a circunstâncias supervenientes.

Francisco Paulo de Crescenzo Marino defende que o elemento diferenciador entre arbitragem e arbitramento é a existência do litígio. Na arbitragem, ter-se-ia uma decisão sobre um litígio e, no arbitramento, uma decisão para a integração do conteúdo de um negócio jurídico *per relationem* ou incompleto, deixado propositalmente pelas partes contratantes para o terceiro como uma técnica de regulação da operação econômica que os vincula. *In verbis*:

> *"No arbitramento, o litígio não existe: trata-se de realizar uma atividade negocial. O árbitro decide uma controvérsia litigiosa. O arbitrador intervém em um negócio jurídico. Na arbitragem, por mais livre que seja, a obrigatoriedade se predica da decisão de um litígio. No arbitramento, a decisão obrigatória tem por objeto um ponto de um negócio jurídico que as partes preferem encomendar a um terceiro. Há uma separação profunda, cortante, que impede a fusão de ambas as figuras. Uma delas é uma intervenção dirimente (decisão sobre um litígio), ao passo que outra é uma intervenção concorrente (decisão sobre um negócio)"*[330].

Em sentido idêntico é o entendimento de Carlos Alberto Carmona[331], para o qual, o árbitro é a pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas – para solucionar uma controvérsia que envolva direito disponível. O arbitrador, por sua vez, é a pessoa física indicada pelos contratantes (partes, portanto, num contrato, e não numa demanda) para integrar o conteúdo de um negócio jurídico (ou para integrar o conteúdo de uma disposição de última vontade deixada incompleta pelo testador).

Assim, o primeiro soluciona um litígio, impondo a sua solução e declarando a norma que incidiu sobre um dado fato típico e, o segundo integra, com sua vontade, o negócio jurídico incompleto, limitando-se à composição de interesses conflitantes.

No entanto, o critério do litígio não é imune a críticas.

---

[330] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo, "Arbitramento, arbitragem e dispute boards: o papel do terceiro na determinação do preço em opção de venda de ações", **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. XIV, n. 54, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International: São Paulo, 2017, p. 16-17.

[331] CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 200.

Como bem coloca Henri Motulski, dizer que o árbitro deve dirimir um litígio é talvez excessivo, vez que ausente a contestação (resistência à pretensão) não desaparece a função jurisdicional[332].

O litígio também pode ser fictício, ou seja, existirem pretensões jurídicas de parte a parte que, contudo, não sejam excludentes ou opostas entre si. Situação essa que, mesmo inexistente o litígio, permanece a função jurisdicional do árbitro.

Fato é que o litígio, na grande maioria das vezes, é a matéria do exercício do ato jurisdicional; no entanto, não é o seu elemento essencial.

Há, assim, uma zona cinzenta não dirimida pela teoria do litígio; o que remete inclusive a proposições de uma *tertium genus*, uma figura intermediária entre a arbitragem e o arbitramento, como sugere Dário Moura Vicente[333].

Um exemplo pode ser dado por um contrato de compra e venda de ações, em que o preço das ações será determinado por um terceiro, na ausência de acordo ao fim prazo estipulado.

Nessa situação, a ausência de acordo caracteriza-se pela existência de uma pretensão jurídica resistida (pagar ou receber um determinado preço), ou seja, de um litígio. Contudo, o objeto da intervenção do terceiro resume-se a complementação do negócio jurídico, a definição do preço das ações.

Tal exemplo sugere que uma definição mais precisa entre arbitragem e arbitramento pode ser alcançada pela aplicação cumulativa de uma metodologia.

O critério da eficácia do ato;

Na arbitragem, dado o poder jurisdicional atribuído aos árbitros pela convenção de arbitragem[334] reconhecido pelo artigo 31 da Lei de Arbitragem[335] e artigo 515, VII do Código de Processo Civil[336], as partes buscam uma ação cognitiva da atividade

---

[332] MOTULSKI, Henri. **Écrits – Études et Notes sur l'arbitrage**, T. II, Paris: Dalloz, 1974, p. 47.

[333] VICENTE, Dário Moura. Da Arbitragem Comercial Internacional - Direito Aplicável ao Mérito da Causa, Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 32 e 33.

[334] "*Assim, o árbitro estará investido de jurisdição ao caso que lhe for apresentado pelos interessados*". (Francisco José Cahali. Op. Cit., 2015, p. 127.

[335] Brasil, Lei de Arbitragem: "*Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*".

[336] Brasil, Código de Processo Civil: "*Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral[...]*".

julgadora no sentido de reconhecer e aplicar o direito ao caso concreto[337] para a solução de uma lide.

Em outras palavras, ao submeter um litígio à arbitragem, as partes vislumbram o exercício da jurisdição, no sentido impor o fato específico ao crivo da norma, obtendo desse exercício uma determinada consequência jurídica definitiva. Assim, a pretensão submetida à arbitragem deve, necessariamente, almejar uma consequência jurídica de autoridade de coisa julgada. Efeito esse inerente do exercício da atividade jurisdicional.

Por exemplo, o perito meramente atesta a qualidade de uma mercadoria recebida no porto de destino, ou seja, atesta um fato. Ao passo que, o árbitro, ao decidir que tais mercadorias não foram entregues em conformidade com as previsões contratuais, declara a existência de um inadimplemento contratual, imputando ao inadimplente as consequências jurídicas do ato ilícito.

Sob essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no Recurso Especial nº 1.569.422 – RJ que a "*natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê escolhido para dirimir determinada controvérsia*" é o elemento determinante para se qualificar o mecanismo de heterocomposição de conflitos de interesses escolhidos pelas partes.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça ainda é representativo para o presente caso, pois, para a maioria dos Ministros da Terceira Turma, o objeto da demanda submetida à apreciação dos árbitros não interfere na definição da natureza jurídica do instituto, seja ela inerente à complementação do conteúdo do negócio jurídico deixada, propositalmente, pelas partes para definição de terceiro(s) ou, seja ela inerente a uma disputa havida pelo inadimplemento do negócio jurídico de base. *In verbis*:

> *"Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda*

[337] Conforme afirma Francisco José Cahali em *Curso de Arbitragem*, 5 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais / Thomson Reuters, 2015, p. 127.

> *imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância - ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada".*

Note-se que ao diferenciar a "decisão consultiva" da "decisão vinculativa e definitiva", o Superior Tribunal de Justiça fez referência a possibilidade, na "decisão consultiva", de seu questionamento em sede arbitral ou judicial. Ou seja, engloba-se no contexto de "decisão consultiva", a decisão tomada pelo terceiro que possua uma força obrigatória de natureza contratual, mas que pode ser questionada judicialmente a posteriori.

Depreende-se, portanto, que a posição do Superior Tribunal de Justiça é de que a "*decisão vinculativa e definitiva*" citada seja aquela advinda do exercício de um poder jurisdicional, como ocorre na arbitragem. Afinal, como afirma Arruda Alvim, "*o que caracteriza, na quase totalidade dos casos, verdadeiramente essa função da sentença – enquanto síntese da atividade jurisdicional, e, tendo em vista a parte dispositiva da sentença – é a autoridade da coisa julgada*"[338].

Assim, se a partir do conteúdo do enclausurado for extraído que as partes optaram por submeter determinada questão à decisão de particulares e cuja decisão a ser prolatada assuma eficácia de sentença judicial – portanto, final, definitiva e exigível perante as partes - ter-se-á identificada a escolha da arbitragem.

No caso do arbitramento, como bem definido por Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a decisão do arbitrador apenas compõe o negócio jurídico, com força obrigacional às partes do contrato. Não se impedindo, portanto, a revisão da decisão numa posterior arbitragem.

Ao tratar do critério da missão confiada ao terceiro, Charles Jarrosson afirma que "*este critério é aparente satisfatório: em efeito, somente o árbitro é um terceiro investido consensualmente de um poder jurisdicional*"[339]. No entanto, o próprio Charles Jarrosson entende que, considerando as sutilezas que envolvem a qualificação da

---

[338] Arruda Alvim. "Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem", (Francisco José Cahali et ali coord.) **Arbitragem – Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015***,* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 315.

[339] "*Ce critère est apparemment satisfaisant : en effet, seul l'arbitre est un tiers investi conventionnellement d'un pouvoir juridictionnel. A ce titre, on ne peut qu'être en accord avec les auteurs et la jurisprudence qui retiennent assez facilement ce critère*" (tradução livre). JARROSSON, Charles. Op. cit., 1987, p. 261.

arbitragem, o adequado é utilizar a forma cumulativa de critérios, pois se permite a confirmação da conclusão alcançada.

Para tanto, entendemos que a situação se caracteriza como arbitramento quando, inobstante a existência do litígio, a decisão do terceiro complementar o negócio jurídico com eficácia meramente de obrigação contratual. Caso a decisão esteja revestida de caráter definitivo (leia-se autoridade da coisa julgada), ter-se-á arbitragem.

A arbitragem e o peritagem;

As circunstâncias que envolvem a realização da peritagem demandam a aplicação de diferentes critérios para distingui-la da arbitragem.

Na hipótese de a peritagem advir de determinação judicial, inexistem maiores questões. A ausência de acordo de vontade impede que a confusão entre peritagem e arbitragem.

A situação torna-se nebulosa quando a intervenção do perito ocorre por consentimento das partes visando dirimir entendimentos contrapostos das partes. Intervenção essa que pode, inclusive, apresentar um efeito vinculante às partes.

Convergente, portanto, a origem consensual da autoridade concedida ao perito e árbitro, deve-se aplicar outro critério qualificador, como aquele da eficácia do ato.

Assim o fazendo com base nas premissas acima expostas, conclui-se que a decisão, independentemente da natureza “de direito” ou “técnica”, revestida de autoridade de coisa julgada e, portanto, final, é de exclusiva atribuição dos árbitros.

5.1.1.3.4. Os elementos categoriais próprios

A Lei de Arbitragem optou por dividir a convenção de arbitragem em duas espécies distintas – a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Cada qual apresenta elemento categorial próprio que permite diferencia-los entre si.

Da Cláusula Compromissória;

O artigo 4º da Lei de Arbitragem estabelece que "*a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato*".

Em acréscimo ao consentimento em submeter os litígios à arbitragem, percebe-se que o dispositivo legal acrescenta, para a cláusula compromissória, outros elementos categoriais próprios. O primeiro é a referência a submissão de litígios futuros à arbitragem. O segundo é delimitação dos litígios advindos de uma relação jurídica contratual.

Nesse sentido, depreende-se que a legislação brasileira não permite a celebração de cláusula compromissória para dirigir à arbitragem litígios passados ou contemporâneos à celebração da convenção de arbitragem. Bem como, não autoriza a celebração de cláusula compromissória para a submissão de litígios que versem sobre uma relação jurídica não-contratual, mesmo que o objeto do litígio verse sobre direito patrimonial disponível.

Abre-se aqui uma ressalva para comentar que a legislação pátria atua de forma contraditória sobre a possibilidade de alteração da cláusula compromissória após o surgimento do litígio.

Na hipótese da ação judicial prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem, seja por acordo ou por decisão judicial, a procedência do pedido de execução da cláusula compromissória repercutirá em compromisso arbitral, ou seja, um novo acordo.

No entanto, o artigo 19, parágrafo único da Lei de Arbitragem estabelece que instituída a arbitragem e havendo a necessidade de explicitar questão disposta na cláusula compromissória, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo que passará a fazer parte integrante da cláusula compromissória.

Analisando, ainda, a literalidade dos dispositivos citados, os efeitos legais advindos não se adequam às expectativas das partes. Explica-se.

Ao superar o obstáculo existente na instauração da arbitragem, a sentença judicial com natureza de compromisso arbitral somente resolverá o problema para aquele caso específico. Caso a mesma relação jurídica repercuta em uma segunda arbitragem, os efeitos da sentença judicial não poderão ser apropriados para permitir o início imediato da arbitragem.

No caso do artigo 19, parágrafo único da Lei de Arbitragem, a interpretação literal do dispositivo legal permite concluir que a cláusula compromissória é, na origem, alterada pelas disposições contidas no Termo de Arbitragem; o que, em tese, deveria ser aplicar também para eventuais futuras arbitragens advindas da mesma relação jurídica.

Do Compromisso Arbitral;

O artigo 9º da Lei de Arbitragem estabelece que "*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*".

Em comparação à cláusula compromissória, percebe-se que o elemento categorial próprio característico do compromisso arbitral é a submissão de um litígio certo e existente à arbitragem. Por essa razão que, no tocante aos aspectos de validade do compromisso arbitral - e não da cláusula compromissória – exige-se, obrigatoriamente, a indicação da matéria que será objeto da arbitragem[340].

5.2. A VALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Antônio Junqueira de Azevedo afirma que "válido" é o adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas ou, em outras palavras, é a perfeição do negócio jurídico em face do direito positivado[341].

5.2.1. O agente capaz de celebrar a convenção de arbitragem

Com base no artigo 104, I do Código Civil[342], o negócio jurídico pressupõe que a declaração de vontade seja realizada por agente capaz, isto é, uma pessoa apta juridicamente a realiza-lo.

---

[340] Brasil, Lei n. 9.307/96: "Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:[...] III - a matéria que será objeto da arbitragem [...]".

[341] Marcos Bernardes de Mello, **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade**, 14 ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p.

[342] Idem.

O artigo 1º da Lei de Arbitragem[343] e o artigo 851 do Código Civil[344] estabelecem condição especial, restringindo a utilização da arbitragem às pessoas qualificadas como "capazes de contratar".

A questão que se coloca, então, é: o que significa uma capacidade para contratar?

A capacidade de direito é a aptidão conferida de forma genérica a toda pessoa para adquirir direitos e contrair obrigações.

Caio Mário da Silva Pereira esclarece que toda pessoa tem faculdade de adquirir direitos (capacidade de direito), mas nem toda pessoa tem o poder de exerce-lo pessoalmente e transmiti-los por ato de vontade (capacidade de fato)[345]. Assim, a celebração de negócios jurídicos por pessoas despidas de capacidade de fato (na presença de situações de incapacidade regidas nos artigos 3 e 4 do Código Civil) carece da presença de outro agente capaz que os represente ou assista.

No entanto, a doutrina brasileira entende que a capacidade para celebrar a convenção de arbitragem está atrelada uma capacidade de fato e não de direito.

Assim, diante da presença de situações de incapacidade previstas nos artigos 3 e 4 do Código Civil, a doutrina arbitralista majoritária[346] exclui do rol de agente capazes de contratar a convenção de arbitragem, os incapazes e os relativamente incapazes.

Dentre os poucos que justificam seu entendimento, Carlos Alberto Carmona afirma que, como a instituição da arbitragem pressupõe a disponibilidade de direitos, não poderiam instaurar processo arbitral aqueles dotados apenas de poderes de administração e os incapazes (ainda que representados ou assistidos)[347].

---

[343] Brasil, Lei de Arbitragem: "*Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

[344] Brasil, Código Civil: "*Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar*".

[345] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: Introdução ao Direito Civil - teoria geral de direito civil, v.1, 30 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 225.

[346] NANNI, Giovani Etore. Op. Cit., 2014, p. 53; BERALDO, Leonardo de Faria, Op. Cit., 2014, p. 159; ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale. **Manual de Arbitragem**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67; MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso Básico de Direito Arbitral - Teoria e Prática**, 4 ed., Curitiba: Juruá, 2017, 48;

[347] Carlos Alberto Carmona, Op. cit. p. 37.

Há, contudo, uma corrente minoritária[348] que equipara a capacidade de contratar à capacidade geral das pessoas para a prática de atos da vida civil[349], reconhecendo a capacidade negocial do incapaz, desde que devidamente assistido ou representado[350], para validamente se comprometer à convenção de arbitragem.

O Código de Processo Civil, ao disciplinar os requisitos de validade do negócio jurídico processual previsto no artigo 190, restringiu expressamente tal faculdade às partes plenamente capazes. A doutrina processualista[351], todavia, critica a opção do legislador, entendendo que a capacidade de celebrar negócio processual deve reconhecida a todo aquele que tem capacidade processual, na forma do artigo 70 do Código de Processo Civil.

Não haveria sentido em se permitir, de um lado, a submissão às regras processuais ditadas por lei e, por outro lado, vedar a participação em negócio que estabelece normas de igual natureza.

O argumento levantado é de todo válido e aplicável também à convenção de arbitragem.

Não se verifica, em nosso sentir, lógica jurídica em se autorizar o assistente ou representante auxiliar ou representar a pessoa incapaz na celebração de contratos patrimoniais, independentemente do montante pecuniário envolvido. Reconhecendo-se que, por meio da assistência ou representação, o exercício do direito subjetivo do incapaz está sendo efetivado em conformidade lógico-racional.

No entanto, por outro lado, impedir que o assistente ou representante, identificando que a arbitragem é a melhor forma de solução de controvérsias para a preservação dos direitos do incapaz, de fazer tal escolha.

Assim, numa primeira visão, inclinar-me-íamos na aplicação do entendimento favorável a corrente minoritária.

Por outro lado, não se pode ignorar que o legislador, ao dispor sobre a capacidade de contratar a arbitragem, pretendeu impor uma restrição à regra geral de capacidade. Esse entendimento se confirma quando, 17 anos depois da Lei de

---

[348] FIUZA, Cesar. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 9; GUERREIRO, Luiz Fernando. Op. Cit., 2009, p. 49.

[349] CRETELA NETO, José. **Curso de Arbitragem**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 28-29.

[350] MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Op. Cit., 2006, p. 205.

[351] ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Op. Cit., 2017, p. 304; YARSHELL, Flávio Luiz. Negócios Processuais. In: in PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2017, p. 86-87.

Arbitragem, o legislador impôs uma restrição à capacidade de contratar os negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190 do Código de Processo Civil. Instituto esse semelhante, na sua natureza jurídica, à convenção de arbitragem.

Atribui-se essa restrição, como faz Carlos Alberto Carmona, à dimensão dos efeitos jurídicos da convenção de arbitragem, em especial, a renúncia da tutela do Poder Judiciário.

Nesse sentido, parece-nos adequado interpretar que a "capacidade de contratar", inserida no artigo 1º da Lei de Arbitragem[352] e o artigo 851 do Código Civil[353], prescreve a exigibilidade de uma capacidade jurídica de fato ou de ação para a válida celebração da convenção arbitral.

Destaca-se aqui, em adição, que a celebração da convenção de arbitragem por incapaz repercute em invalidade do ato. Fato esse que possui especial consequência na hipótese de celebração de uma cláusula compromissória por pessoa relativamente incapaz, mas que convalida o negócio jurídico após a obtenção de maioridade civil ou emancipação.

Em relação à pessoa jurídica de direito privado, trata-se de matéria pacificada na doutrina. Assim, estando regularmente constituída na forma prevista em lei para a sua respectiva categoria, autoriza-se a pessoa jurídica a celebrar a convenção de arbitragem.

Para a administração pública direta e indireta, depois de infundada dúvida sobre a sua capacidade jurídica para celebrar a convenção de arbitragem[354], a Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, alterou o artigo 1º da Lei de Arbitragem para inserir autorização expressa par a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse ponto, cuidado deve ser dado à legitimação do agente (pessoa física) que representará a pessoa jurídica de direito privado ou público.

---

[352] Brasil, Lei de Arbitragem: "*Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

[353] Brasil, Código Civil: "*Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar*".

[354] Sobre esse assunto, ver: LEMES, Selma M. Lemes. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 116-117; SALLES, Carlos Alberto. Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Dependendo do tipo societário, exigências especiais de representação - como aprovação de conselho de administração ou outro órgão societário – poderão ser aplicáveis para configurar a legitimação do agente.

Obviamente, aplicam-se na formação da convenção de arbitragem o princípio da boa-fé; o que impede a utilização maliciosa da ausência de legitimação do agente para se eximir da vinculação à convenção de arbitragem.

Na França, a *Cour de Cassation* no Arrêt Soerni, otimizou ao extremo a aplicação da boa-fé na apuração da legitimação do agente, decidindo que:

> *"L'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en oeuvre d'une règle matérielle déduite du príncipe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société"*[355].

Para a administração pública direta e indireta, o artigo 1º, parágrafo segundo da Lei de Arbitragem estabelece que a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações[356].

Ao fim, admite-se também a capacidade de contratar a convenção arbitral aos entes despersonalizados, ou seja, aqueles que carecem de autorização para a disposição de direitos. Incluem-se nesse rol, o condomínio, o espólio e a massa falida[357].

---

[355] França, *Cour de Cassation*, Chambre Civile, j. 8 de julho de 2009.

[356] Sobre esse assunto, ver: ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: CAMPOS MELO, Leonardo; BENEDUZI, Renato Resende (coord.). **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 411-459;

[357] Sobre a relação da falência e a forma da convenção de arbitragem, ver: MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz**, São Paulo: Atlas, 2017, p. 763 – 794.

5.2.2. O objeto da convenção de arbitragem

O art. 104, III do Código Civil estabelece que a validade do negócio jurídico requer objeto lícito, possível, determinado ou determinável[358].

A análise envolve, como acima apresentado, debate doutrinário em torno do conceito jurídico de "objeto" do negócio jurídico e, em especial, a diferenciação do que representa o seu conteúdo.

A partir da teoria restritiva proposta por Alberto J. Bueres, defende-se nesta tese que o objeto do negócio jurídico é aquilo que serve de matéria para o exercício do entendimento"[359]. Para a convenção de arbitragem, estar-se a falar do direito subjetivo de acesso à justiça.

No entanto, parece-nos acertado o entendimento de Francisco Amaral, para o qual "*é o conteúdo (do negócio jurídico) que a lei se refere ao estabelecer a ilicitude do objeto como requisito de validade do negócio jurídico*"[360].

5.2.2.1. Licitude

Uma coisa em si mesma não é lícita ou ilícita. À cocaína não se atribui a qualificação de lícita ou ilícita. A compra e venda de cocaína, por sua vez, é ilícita. Mas a contratação de uma empresa para que promova a destruição de um lote de cocaína apreendidos pela Polícia Federal, é lícita.

Assim, temos a concordar com Eduardo Ribeiro de Oliveira que a análise da licitude do negócio jurídico está atrelada à ação humana e não ao objeto (stricto sensu) [361]. De modo que a análise deve versar sobre o conteúdo da declaração de vontade em torno do objeto negociado.

Consoante entendimento comum, o objeto (conteúdo) será lícito quando não contrariar lei imperativa e a ordem pública.

---

[358] Código Civil, 2002, "*Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei*".
[359] BUERES, Alberto J. **Objecto del Negocio Juridico**, 2 ed., Buenos Aires: Hammulabi, 1989, p.58.
[360] AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**, p. 408.
[361] DE OLIVEIRA, Eduardo. **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 199.

A ordem pública[362] é conceito complexo e seu conteúdo, por si só, remeteria a um novo trabalho de doutoramento. Apropria-se por objetividade do conceito apresentado por Jacob Dolinger:

> *"o princípio de ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-política-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, moral e econômico de todo Estado constituído"*[363].

A lei imperativa que rege a convenção de arbitragem é, primordialmente, a Lei de Arbitragem. Ela estabelece que a escolha da arbitragem poderá ser realizada somente para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis[364].

Assim, dentre as possibilidades de manipulação do direito de acesso à justiça para a adequação do que as partes vislumbram como "ordem jurídica justa", poderão elas celebrar, licitamente, a convenção de arbitragem quando o direito de ação (objeto do negócio jurídico) versar sobre a tutela de direitos patrimoniais disponíveis.

Direitos patrimoniais disponíveis são aqueles em que seus titulares têm plena disposição - por transação ou alienação – e que podem ser quantificados monetariamente.

Desse modo, a despeito do objeto da convenção de arbitragem ser o direito de acesso à justiça, a medida da licitude é a disponibilidade e patrimonialidade do direito substantivo material que será, eventualmente, dirimido na arbitragem.

Excluem-se, portanto, aqueles relativos a tutela de direitos não patrimoniais, direitos da personalidade, questões de estado e direito pessoal da família[365].

Não se pode olvidar, também, o aspecto processual do negócio jurídico e o respectivo viés na licitude do objeto da convenção de arbitragem.

---

[362] Cf. JARROSSON, Charles. L'intensité du contrôle de l'ordre public. In : LOQUIN, Eric ; MANCIAUX, Sébastien. L'Ordre Public et L'Arbitrage, Paris, LexisNexis, 2014, p. 161-177 ; BARROS, Vera Cecília Monteiro de. **Exceção de Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil**, São Paulo: Quartier Latin, 2017.

[363] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: parte geral, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

[364] Brasil, Lei de Arbitragem: "*Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

[365] Sobre arbitragem e direito de família, ver: ANCEL, Bertrand. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da "competência-competência". **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 6. São Paulo: IOB, 2005.

É corrente na doutrina pátria que o procedimento arbitral é regido pelas partes. De fato, não há equívoco nessa afirmação; contudo, uma análise equivocada permitiria concluir que não haveria limites processuais ao acordo de vontade das partes.

O aspecto processual da convenção de arbitragem repercute no conteúdo da convenção de arbitragem. A autonomia privada, característica do direito privado, não pode ser exercida na convenção de arbitragem em violação às garantias constitucionais do processo.

A própria Lei de Arbitragem, no art. 21, parágrafo segundo[366], reconhece a aplicação dessas garantias constitucionais quando exige o respeito ao contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento no procedimento arbitral. Todavia, não são essas as únicas garantias constitucionais do processo aplicáveis à arbitragem[367].

Cândido Rangel Dinamarco defende que o disposto no art. 21, parágrafo segundo da Lei de Arbitragem é incompleto, além de ser dispensável, pois "*com ou sem essa disposição, todos os princípios e garantias do processo, contidos na Constituição Federal, aplicam-se ineroxalmente ao juízo arbitral por força própria*"[368 e 369].

Diante disso, impõe-se às partes um conteúdo indisponível na formação da convenção arbitral. Francisco José Cahali lembra que as garantias constitucionais do processo têm sua incidência cogente, desde a fase preliminar a instituição da arbitragem até o seu encerramento, e não estão à disposição das partes litigantes[370].

Humberto Theodoro Júnior segue na mesma linha de raciocínio, afirmando que os direitos assegurados no plano constitucional são de ordem pública e não estão sujeitos à disponibilidade negocial das partes. Portanto, independentemente das

---

[366] Brasil, Lei n° 9.307/96: "*Art. 21, § 2°. - Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento*".

[367] LEMES, Selma Ferreira. Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem. MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., 1999, p. 90.

[368] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7 ed., vol. I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 250 e 251.

[369] KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité. Liber Amicorum de Claude Reymond – "Autour de l'arbitrage", Paris: LITEC, 2004, p. 161).

[370] CAHALI, Francisco José. Op. cit., 2011, p. 175.

regras pactuadas pelas partes, os preceitos constitucionais nunca poderão ser descurados pelo árbitro, sob pena de anulação da sentença arbitral[371].

5.2.2.2. Possibilidade

Além de lícito, o objeto deve apresentar-se como fisicamente possível. Caio Mário da Silva Pereira bem esclarece que fisicamente impossível é o objeto (conteúdo) se for insuscetível de realizar-se materialmente[372].

A impossibilidade absoluta acarreta a nulidade do negócio jurídico, o mesmo não ocorrendo com a impossibilidade relativa.

A impossibilidade absoluta é tida como aquela em que a prestação é irrealizável por qualquer pessoa. Sendo relativa, portanto, realizável por outrem, não há obstáculo para a validade do negócio jurídico[373].

Diante de uma convenção de arbitragem patológica, a submissão dos litígios à arbitragem pode, *a priori*, aparentar a impossibilidade do objeto do negócio jurídico. Por exemplo, na hipótese de a cláusula compromissória estabelecer a aplicação do regulamento de arbitragem de instituição inexistente. Ou de falecimento do árbitro previamente nomeado na cláusula compromissória.

Ressalvadas as hipóteses em que as partes, expressamente, atribuem um caráter *intuito personae* à prestação do serviço pela instituição de arbitragem ou pelo árbitro previamente indicado, entende-se que tais questões se enquadram em hipóteses de impossibilidade relativa.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu na Apelação Cível n. 1005957-89.2015.8.26.0114, *in verbis*:

> "*Consigna-se que o fato de o órgão arbitral escolhido pelas partes ter deixado de existir não implica imediata extinção da cláusula compromissória, devendo prevalecer a real intenção das partes de afastar o juízo comum, aplicando-se ao caso, por analogia, o art. 16,*

---

[371] THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e Terceiros - Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral – Outras Intervenções de Terceiros. BATISTA MARTINS, Pedro; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a Arbitragem in Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo, LTr, 2002, p. 428.

[372] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., vol. I, 2017, p. 409.

[373] Brasil, Código Civil: "*Art. 106. A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado*".

> *§ 2.º da lei n.º 9.307/96, segundo a qual "nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído (em caso de falecimento,*
> *recusa ou outra impossibilidade do árbitro originalmente indicado), procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado,*
> *expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto". Constatado que a câmara arbitral eleita pelas partes deixou de existir, cabe verificar se a convenção do juízo*
> *arbitral levou em consideração exclusivamente aquele órgão escolhido pelas partes, não se aceitando outro em substituição, ou se a intenção era mesmo a de afastar a submissão da questão ao Poder Judiciário. Com o advento da Lei 9.307/96, a previsão contratual de convenção de arbitragem enseja a extinção sem resolução do mérito do processo judicial. Competência do juízo arbitral para solução do litígio. Convenção de arbitragem livremente*
> *pactuada entre as partes, que deve ser respeitada. Ausência de violação do art. 5.º, inciso XXXV, da CF. Recurso provido*"[374].

Na Alemanha[375], o entendimento é idêntico. Em julgado pelo Tribunal de Hamm, uma cláusula compromissória estabelecia a disputa a uma decisão final dos árbitros da Corte de Justiça de Genebra. Reconhecendo que a intenção das partes era pela instauração de uma arbitragem com sede em Genebra, o Tribunal de Hamm interpretou a cláusula compromissória para submeter as partes a uma arbitragem administrada pela "Geneva Chamber of Commerce", na época a única instituição de arbitragem com sede em Genebra.

5.2.2.3. Determinação

O conteúdo do negócio jurídico deve, ainda, ser determinado ou determinável. Em outras palavras, deve o negócio jurídico dispor de um conteúdo mínimo para que possa ser identificado. Afinal, a indeterminação torna o negócio irrealizável.

O conteúdo mínimo necessário para a convenção de arbitragem é delimitado pelo elemento categorial essencial, ou seja, a declaração de vontade para submeter litígios à arbitragem.

Dentre os poucos que desenvolveram a análise da determinação do objeto da convenção de arbitragem, Giovanni Etore Nanni, de um lado, e Luiz Fernando

---

[374] Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo, 35a. Câmara de Direito Privado, Apelação nº1005957-89.2015.8.26.0114, São Paulo, 17 de janeiro de 2018.

[375] Alemanha, OLG Hamm (27.09.2005, 29 Sch 1/05), SchiedsVZ 2006, 106, p. 23–26.

Guerreiro e Ricardo de Carvalho Aprigliano[376], de outro, trilharam entendimentos diversos.

Para Nanni[377], a determinabilidade da convenção de arbitragem não é apenas a eleição do juízo arbitral e a renúncia à jurisdição estatal. Incluem-se, ainda, todas as questões necessárias à realização da arbitragem, como: número de árbitros, forma de escolha, sede da arbitragem e outros.

Para tanto, enquadra a cláusula compromissória *cheia* como uma espécie de negócio jurídico determinado e, a *vazia,* como espécie de objeto determinável.

Guerreiro e Aprigliano, por sua vez, vinculam a determinabilidade da convenção de arbitragem ao objeto do litígio, ou seja, dentro dos limites do direito patrimonial disponível, o que será ou poderá ser apreciado pelo árbitro.

Com a devida vênia, diverge-se de cada lado, concordando com ambos.

No tocante ao aspecto da validade da convenção de arbitragem, a determinação do conteúdo engloba duas questões.

Considerando que o objeto (*stricto sensu*) da convenção de arbitragem é o direito de acesso à justiça, sua modelação é feita para alcançar "*a ordem jurídica justa*". A integralidade dessas disposições compõe o campo a ser delimitado pelas partes na convenção de arbitragem; e não tão somente os requisitos necessários para a instauração da arbitragem, como proposto por Nanni.

Assim, inobstante o conteúdo disposto na convenção de arbitragem, a ela restará possuindo conteúdo determinável até o momento em que for celebrado o termo de arbitragem. Trata-se, inclusive, da essência da convenção arbitral.

Por outro lado, a submissão à arbitragem e a renúncia à jurisdição estatal não podem ocorrer em abstrato. Há, sim, que se delimitar o direito de ação dirigido à arbitragem, localizando-o sob uma determinada relação jurídica.

Assim, o disposto no artigo 104, III do Código Civil deve ser lida em conjunto com o artigo 3º da Lei de Arbitragem, exigindo a indicação da relação contratual sobre a qual a cláusula compromissória incidirá.

Situação idêntica ocorre com o compromisso arbitral, contudo, exigindo um maior grau de detalhamento.

---

[376] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**, Ano XXXI, n. 116, São Paulo: AASP, 2012, p. 174-191.
[377] NANNI, Giovanni Etore. Op. Cit., 2014, p. 37.

A Lei de Arbitragem, no seu artigo 10, estabelece que constará, obrigatoriamente, no compromisso arbitral: a qualificação das partes contratantes, a qualificação dos árbitros ou a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros, a matéria que será objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral. Trata-se, pois, do campo mínimo a ser determinado no compromisso arbitral válido. Sendo o campo determinável indicado, em rol não exaustivo, no artigo 11 da Lei de Arbitragem.

5.2.3. A forma da convenção de arbitragem

A forma é a veste externa da declaração de vontade[378].

No direito brasileiro vige o princípio da liberdade de forma, segundo o qual a validade de declaração de vontade somente dependerá de forma específica quando a lei expressamente exigir.

Dentro do princípio da liberdade de forma, é admissível que a declaração da vontade seja manifestada por diferentes meios, a linguagem falada, escrita, gestos ou por atitudes negativas, como o silêncio e a falta de oposição. Ela pode ser ainda expressa ou tácita.

O art. 104, III do Código Civil estabelece que a validade do negócio jurídico requer forma prescrita ou não defesa em lei[379].

No caso da cláusula compromissória, o art. 4, parágrafo único da Lei de Arbitragem prescreve que a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Em mesmo sentido, estabelece o art. II.2 da Convenção de Nova Iorque[380 e 381].

---

[378] GOMES, Orlando. Op. Cit., p. 139.

[379] Código Civil, 2002, "*Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei*".

[380] Brasil, Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de sentenças arbitrais estrangeiras feita em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958: "*Art. II(2) Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas*".

[381] Sobre a aplicação do art. II.2 da Convenção de Nova Iorque no direito brasileiro, ver: WALD, Arnoldo. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentário do art. II (1) e (2) da Convenção de Nova Iorque e sua aplicação no direito brasileiro. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma M. Ferreira (coord.). Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

Parte da doutrina, originalmente, interpretou o referido dispositivo no sentido de considera-lo como um requisito de forma necessário a convalidação do consentimento das partes em arbitrar[382], ou seja, o consentimento deveria ser expresso por escrito.

Essa interpretação, por inúmeras vezes foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal[383] e Superior Tribunal de Justiça[384] em ações judiciais que objetivavam a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Na SEC n. 967, a Corte Especial decidiu que, na hipótese em exame, não restara caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não constara a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral. Assim, diante da ausência de manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia[385].

Na SEC n. 866/GB, o Ministro Félix Fischer, firmou entendimento de que:

> *"(...) De fato, a legislação brasileira exige que a cláusula compromissória seja estipulada por escrito no contrato, todavia ressalva que a referida cláusula pode ser firmada em outro documento apartado que se refira ao contrato. É o que dispõe o art. 4º, § 1°, da Lei n° 9.307/96 [...]"[386].*

Na SEC n. 978/GB, o Ministro Hamilton Carvalhido expressamente afastou a possibilidade de anuência tácita ou implícita à cláusula compromissória, por se tratar de exceção à regra da jurisdição estatal, *in verbis*:

> *"Ao que se tem, a legislação pátria prevê a adoção do sistema arbitral para solução dos litígios, exigindo, contudo, como condição de*

---

[382] Como afirma Beat Walter Rechsteiner (_____, **Arbitragem Privada Internacional no Brasil – teoria e prática**. São Paulo: RT, 2001, p. 62.

[383] "[...] *Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação de cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular. 3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido indeferido*". (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, SEC n. 6753, Relator Min. Maurício Correa, Diário Oficial, Brasília, 4 de outubro de 2002).

[384] Além das mencionadas abaixo, cita-se: Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, SEC n. 885/EX, Diário Oficial, Brasília, 16 de agosto de 2012)

[385] Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Sentença Estrangeira Contestada n. 866, Diário Oficial, Brasília, 15 de fevereiro de 2006.

[386] Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Sentença Estrangeira Contestada n. 866, Diário Oficial, Brasília, 16 de outubro de 2006.

> *eficácia, expressa manifestação por escrito das partes acerca da opção pelo juízo arbitral. Tal manifestação pode se dar em instrumento apartado ou no próprio contrato, desde que haja anuência expressa e específica em relação à cláusula compromissória, não se admitindo, pois, anuência tácita ou implícita, por se tratar de exceção à regra da jurisdição estatal"*[387].

No entanto, percebe-se pelo estudo das decisões proferidas pelas Cortes Superiores Brasileiras que a comprovação do consentimento por meio escrito (por exemplo, pela oposição das assinaturas) se caracterizaria como uma forma *ad probationem* e não *ad solemnitatem.*

Na hipótese de forma *ad solemnitatem,* o negócio jurídico é nulo quando desvestido dela, não produzindo efeitos ainda que a vontade dos agentes se tenha, inequivocadamente, produzido para aquele fim[388]. Na hipótese de forma ad probationem, estar-se-á falar de situação em que o resultado do negócio jurídico pode ser obtido por outros meios.

Esse entendimento pode ser extraído, por exemplo do Voto do Ministro Benedito Gonçalves na ação de Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n. 11.593-GB, *in verbis*:

> "*Sendo assim, não é válida, aos olhos da lei brasileira, uma opção pela arbitragem que se afirma que tenha sido feita implicitamente, sem a assinatura das partes em meio escrito. Não há como se admitir nem mesmo que a requerida tenha dado seu assentimento implícito à cláusula de lei e foro, uma vez que não se verifica nenhum "ok" seu em relação a tal cláusula em qualquer das correspondências eletrônicas juntadas aos autos. Ao lado disso, não há qualquer elemento nos autos no sentido de que a requerida tenha posteriormente assentido com a instituição do juízo arbitral. Pelo que consta dos autos, aliás, a requerida nunca respondeu ao juízo arbitral*"[389].

O entendimento deste doutorando, contudo, filia-se aqueles que distinguem, de um lado, a forma estipulação do conteúdo da cláusula compromissória e, de outro, a forma de manifestação do consentimento na vinculação à cláusula compromissória.

---

[387] Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Sentença Estrangeira Contestada n. 978, Diário Oficial, Brasília, 5 de março de 2009.

[388]PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., vol. I, 2017, p. 414.

[389] Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Sentença Estrangeira Contestada n. 11.593/GB, Diário Oficial, Brasília, 18 de dezembro de 2015.

Essa diferenciação é muito bem captada pela lei de arbitragem holandesa, ao estabelecer que a convenção de arbitragem deve ser comprovada por instrumento escrito e que o acordo deve ser expressamente ou implicitamente aceito pelas partes ou em nome das partes[390].

Ao prescrever que a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, a legislação brasileira exige que o conteúdo da convenção de arbitragem seja expresso por meio escrito de percepção visual. Em outras palavras, seja redigida em documento escrito de natureza física (em papel) ou virtual[391], como contratos e documentos eletrônicos ou e-mails.

Nesse sentido, a legislação suíça aparente apresentar um texto normativo mais adequado ao entendimento moderno, incluindo-se no Brasil, para a forma escrita exigida na convenção de arbitragem. O art. 178 (1) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado estabelece que toda a forma de comunicação efetivada por texto inclui-se no contexto de "*arbitration agreement in writing"*[392].

No direito inglês, o consentimento por ser manifestado oralmente quando feito em referência a uma convenção de arbitragem escrita ou quando gravado o áudio por uma das partes ou por terceiro por elas autorizado[393].

A exigência da legislação arbitral brasileira está atrelada com a natureza processual da convenção de arbitragem.

A escolha da arbitragem importa na renúncia da jurisdição estatal, portanto produz efeitos em face de um terceiro, o Estado, que não integra a relação jurídica da convenção de arbitragem. Assim, como todo comportamento que importe na renúncia a direitos não se presume e não deve ser interpretado de forma ampla, bem como a

---

[390] Holanda, Código de Processo Civil (1983): "*Article 1021 - The arbitration agreement must be proven by an instrument in writing. For this purpose an instrument in writing which provides for arbitration or which refers to standard conditions providing for arbitration is sufficient, provided that this instrument is expressly or impliedly accepted by or on behalf of the other party*".

[391] Para Luis Fernando Guerrero, "*a forma, por fim, para a utilização da arbitragem não sofrerá nenhuma alteração aos contratos físicos, tendo em vista que tanto lá como nos meios eletrônicos será realizada de modo escrito, como exigido pela lei brasileira*". (_____Op. Cit., 2009, p. 59).

[392] Suíça, Lei Suíça de Direito Internacional Privado: "*Art. 178(1) The arbitration agreement must be made in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text*".

[393] BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Redfern and Hunter on International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 77. Cf. H International Inc. v. Christiansen [2007] EWHC 3015 (TCC).

[393] Marcos Bernardes de Mello, Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade, 14 ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 56.

renúncia à jurisdição estatal não pode ser indeterminável, a estipulação por escrito da convenção arbitral torna inequívoco conteúdo da renúncia feita pelas partes.

Por sua vez, a manifestação do consentimento sobre o conteúdo da convenção de arbitragem pode ocorrer por meio escrito, comportamental, ativo ou passivo.

O consentimento pode, então, ser manifestado de forma expressa, por meio da assinatura das partes no documento em que esteja estipulada a cláusula compromissória. Para os contratos de adesão, exige-se ainda a oposição da assinatura do aderente ao lado da convenção de arbitragem, como requisito de validade da cláusula compromissória.

É certo, como expõe Débora Visconte[394], que os modernos mecanismos de comunicação e de transmissão de documentos repercute numa gradual redução do uso da oposição de assinatura em documentos físicos (em papel) como forma de declaração da vontade.

De certa forma, ao permitir a estipulação da cláusula compromissória por remissão, a legislação brasileira adapta-se ao contexto moderno, admitindo a formação da cláusula compromissória por múltiplos documentos, em que a proposta é inserida em um documento e a aceitação em outro. Com isso, admite-se a formação do consentimento por troca de telex, fax e e-mails.

Carlos Alberto Carmona bem destaca que na contratação por via eletrônica, cuidados devem ser tomados para assegurar que a declaração de vontade é, de fato, emitida pelo agente, seja por meio de sistema de chaves de autenticação e senhas de confirmação de mensagens[395].

A manifestação de vontade pode ainda ser presumida ou tácita, deduzindo-se a partir do comportamento do agente.

O consentimento presumido infere-se de uma conduta do agente prevista em lei.

A Lei de Arbitragem apresenta uma hipótese de consentimento presumido à cláusula compromissória inserida em estatuto de sociedade anônima. Não exercer o direito de retirada facultado pela discordância na inserção da cláusula compromissória

---

[394] VISCONTE, Débora. Sentença Estrangeira Contestada n. 978 – Sentença arbitral estrangeira. Homologação. Cláusula compromissória. Ausência de assinatura. Ofensa à ordem pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 24, Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 121.

[395] CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit., 2009, p. 105).

no estatuto de sociedade anônima, presume-se que o acionista concordou em submeter-se a arbitragem.

O consentimento tácito é inferido a partir de uma análise detalhada das circunstâncias que envolvem a relação jurídica, desde a negociação, celebração e execução do contrato que a cláusula compromissória se refere. Uma participação significativa do terceiro não signatário pode evidenciar que, implicitamente, concordou em se submeter à cláusula compromissória.

Nesse ponto, não se pode olvidar que os negócios empresariais são cada vez mais complexos, quer seja sob o ponto de vista das obrigações assumidas, quer seja sobre os interesses e as partes efetivamente envolvidas. Destarte, por vezes, faz-se necessário identificar o verdadeiro beneficiário dos interesses e obrigações assumidas numa determinada relação jurídica, para então submete-lo ao mecanismo de solução de controvérsias escolhido como base do negócio jurídico.

Terceiros não signatários da convenção de arbitragem são a ela atrelados com base em três grupos de entendimentos: a doutrina do grupo de empresas[396], desconsideração da personalidade jurídica, beneficiário de direitos atribuídos pelo contrato e cessão. Esses dois últimos não interessam a este trabalho, vez que se referem a questão de responsabilização da parte ou transmissão da convenção arbitral.

Interessa, contudo, a doutrina do "grupo de empresas" inaugurada no caso Dow Chemical[397 e 398], pois atrela-se ao consentimento na formação da cláusula compromissória. Modernamente a doutrina vincula terceiros não signatários à convenção de arbitragem com base em três fatores que comprovam sua intenção em se submeter à arbitragem: (i) quando a parte não signatária participa ativamente da conclusão ou execução do contrato que contenha a convenção de arbitragem[399]; (ii) quando a parte não signatária apresente interesses claros e diretos no resultado da

---

[396] Cf. MELO, Leonardo Campos. Op. Cit., 2013.

[397] Société Isover-Saint-Gobain v. Société Dow Chemical France, França, Cour d'Appel de Paris, 22 de outubro de 1983, Revue de l'arbitrage 98, nota Chapelle.

[398] Bernard Hanotiau afirma que, no caso Dow Chemical, o tribunal arbitral se referiu a teoria do grupo de empresas como "uma realidade econômica única", contudo a decisão foi baseada na "intenção comum de todas as companhias envolvidas, o que poderia ser explicada pela teoria clássica do consentimento em arbitrar. HANOTIAU, Bernard. Consent to arbitration: Do we share a common vision?, **Arbitration International**, vol. 27, n. 4, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 539 a 554.

[399] Caso Sponsor AB v. Lestrade, França, Cour d'Appel de Pau, 26 de novembro de 1986. A Cour d'Appel de Pau entendeu que Sponsor AB desempenhou um papel importante na conclusão e execução do contrato, sendo a alma, a inspiração, o verdadeiro cérebro da parte contratante.

arbitragem[400]; (iii) quando a parte não signatária é parte de um contrato que seja 'intrinsicamente interligado' com o contrato submetido à convenção de arbitragem[401].

Além da participação no negócio jurídico base da convenção de arbitragem, pode-se aferir um consentimento tácito a partir da participação voluntária da parte na arbitragem.

O Superior Tribunal de Justiça, em duas oportunidades, reconheceu que o consentimento tácito sobre a celebração da cláusula compromissória pode ser inferido pela participação voluntária da parte na arbitragem, sem que se tenha oposto exceção à jurisdição dos árbitros.

Na SEC n. 856, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a participação da requerida na arbitragem, sem que a apresentação de exceção à jurisdição do tribunal arbitral, repercute na aceitação tácita da convenção de arbitragem, *in verbis*: *"[...]tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória [...]"*[402].

Analisando a decisão na SEC n. 856, Luiz Gustavo Meira Moser[403] defende que o silêncio vinculativo, na forma do art. 111 do Código Civil[404], pode representar o consentimento, desde que esteja aliado a conduta negocial das partes compatível.

Discorda-se, com a devida vênia, desse entendimento.

A existência de uma conduta negocial das partes, mesmo que seja de não oposição à estipulação da cláusula compromissória, configura consentimento tácito, ou seja, manifestação ativo e não silente.

Felipe Vollbrecht Sperandio[405] exemplifica essa situação a partir do negócio de seguros. Explica que na subscrição do risco-alvo de cobertura securitária, a

---

[400] Caso Trelleborg do Brasil Ltda. v. Anel Empreendimentos Participações e Agropecuária Ltda., Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. Cível n. 267.450.4/6-00, 7a. Câmara Cível, Brasília, 3 de agosto de 2006.

[401] Caso Chaval v. Liebherr, Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 653.733.

[402] BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória - contrato não assinado – participação no procedimento arbitral – SEC 856 – STJ. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 7, Porto Alegre : Síntese, 2005, p. 103-122.

[403] MOSER, LUIZ GUSTAVO MEIRA. A aceitação da cláusula compromissória pelo silêncio, à luz da conduta negocial das partes: a cláusula geral do art. 111 do Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 153, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 105-115.

[404] Brasil, Código Civil: "*Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*".

[405] SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Arbitragem, Direito Securitário e Consentimento no Direito Brasileiro. In: In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20**

seguradora analisa todos os riscos por meio de um processo técnico e detalhado, avaliando a probabilidade de ocorrência de sinistro, valor do prêmio e a expectativa de reembolso da indenização securitária contra potencial autor do dano. Destarte, ao revisar os contratos celebrados ou a serem celebrados pelo potencial segurado, toma ciência da cláusula compromissória. Ao conceder a apólice de seguro, a seguradora tacitamente concordaria, na hipótese de sub-rogação dos direitos do segurado, com a cláusula compromissória.

Em resumo, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro admite o consentimento expresso e tácito sobre a cláusula compromissória, desde que a mesma esteja estipulada em documento escrito visualmente identificável.

Com relação ao compromisso arbitral, dúvidas inexistem ante o formalismo imposto pela Lei de Arbitragem. O art. 9º, parágrafo segundo, estabelece que o compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por instrumento escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

5.3. A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O terceiro e último plano de exame da convenção de arbitragem é o plano da eficácia jurídica, a eficácia dos efeitos manifestados como queridos no negócio jurídico.

O conteúdo dos efeitos produzidos pela convenção de arbitragem foi apresentado no Capítulo 2 deste trabalho, de modo a justificar o entendimento favorável a qualificação da convenção de arbitragem como negócio jurídico misto.

Para tanto, cumpre-se agora identificar as condições pelas quais a eficácia da convenção de arbitragem se procede.

Considerando que o compromisso arbitral é celebrado para efeito imediato sobre um litígio determinado, dúvidas inexistem quando a eficácia imediata do compromisso válido.

A cláusula compromissória, de outro modo, permite uma discussão sobre o momento de ignição da eficácia, se dependendo de uma condição (1) ou não (2).

Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz, São Paulo: Atlas, 2017, p. 763 – 794.

Ademais, a natureza processual da convenção de arbitragem repercute na aplicação do princípio da "*pas de nullité sans grief*" (3).

5.3.1. A natureza condicional da cláusula compromissória

A eficácia do negócio pode ser imediata, como reflexo automático da celebração do negócio jurídico válido. No entanto, a produção dos efeitos de determinados negócios jurídicos depende da verificação de determinados fatores de eficácia.

Antonio Junqueira de Azevedo apresenta três categorias de fatores de eficácia[406].

Na primeira categoria, encontram-se os fatores de atribuição de eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato não produz nenhum efeito. São exemplos dessa categoria, a existência de condição suspensiva, o advento do termo nos negócios jurídicos a ele submetidos, a circulação dos títulos de crédito.

Na segunda categoria, estão alocados os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, ou seja, aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz, produza os efeitos diretamente visados.

Na terceira categoria, encontram-se os fatores de atribuição de eficácia mais extensa. São aqueles fatores que dilatam os efeitos de um negócio jurídico plenamente eficaz para terceiros. O exemplo citado por Antonio Junqueira de Azevedo é a cessão de crédito, que somente terá eficácia perante o devedor quando notificado.

Para o estudo da convenção de arbitragem, interessa a categoria dos fatores de atribuição de eficácia em geral.

Como visto, a produção de efeitos de negócio jurídico pode depender da verificação (ou não) de um fato futuro ou incerto, que assim os suspende (total ou relativamente). Tem-se, então, o denominado "negócio jurídico condicional".

A presença do elemento condicional de ignição do efeito jurídico compõe a declaração de vontade das partes que almejam uma vinculação imediata em projeção a um futuro ainda incerto. De modo que, ao ser integrado na própria declaração negocial, esse fato futuro ou incerto passa a ser aceito por ambas as partes e a

---

[406] AZEVEDO, Antonio Junqueira. Op. Cit., 2009, p. 57.

representar uma co-causa integrada e visível do negócio jurídico. E, como tal, passa a influenciar e a regular a relação de interesses das partes (conteúdo do negócio)[407].

No negócio jurídico condicional, só existe vontade manifestada para a verificação da hipótese de ocorrência do fato futuro ou incerto (fator atribuição de eficácia em geral). Então, logicamente, os efeitos jurídicos somente se produzirão se essa realidade prevista na declaração de vontade vier a se verificar.

Nesse sentido, como afirma Winscheid[408], a declaração de vontade condicional é unitária, não havendo uma primeira e depois segunda declaração de vontade, mas sim a declaração de uma vontade confirmada para a ocorrência do fato futuro ou incerto previsto pelas partes.

Analisando a cláusula compromissória, a doutrina a ela atribui uma natureza condicional.

Giovanni Etore Nanni, ao analisar os fatores atribuição de eficácia, conclui que:

> "[*a cláusula compromissória], por ocasião de sua conclusão, é latente, com aptidão para a produção de efeitos, contudo sem eficácia, dependendo de deflagração do conflito, que é o seu fator de atribuição da eficácia geral*"[409]. E, em outra passagem, complementa, "*Quando firmada, ela está plenamente apta a produzir efeitos, detendo caráter vinculante, sendo que somente sua eficácia fica suspensa até deflagração da controvérsia*"[410].

A percepção deste doutorando é, contudo, diversa.

5.3.2. A eficácia imediata da cláusula compromissória

A arbitragem pode nunca acontecer numa determinada relação jurídica em que as partes pactuaram também pela cláusula compromissória. Contudo, tal fato não significa que cláusula compromissória nunca teve eficácia.

---

[407] Durval Ferreira, **Negócio Jurídico Condicional**, Almedina, Coimbra, Portugal, 1998, p. 7-9.
[408] WINSCHEID, Lehrbuch des Pandenktenrecht, 9. Ed, I, p. 452 apud FERREIRA, Durval, **Negócio Jurídico Condicional**, Almedina, Coimbra, Portugal, 1998, p.10.
[409] NANNI, Giovanni Etore. Op. Cit., 2014, p. 57.
[410] NANNI, Giovanni Etore, Direito Civil e Arbitragem, São Paulo, Atlas, 2014, p. 21.

Nesta tese, defende-se o entendimento de que o objeto da convenção de arbitragem é o direito de ação; o qual, a partir da convergência de declarações de vontade das partes, transforma-se em um direito de acesso ao árbitro.

O exercício deste direito de acesso ao árbitro, como todo direito de ação, depende da existência de um interesse de agir, representado pela lesão ou ameaça a direito subjetivo material. Surge-se, assim, a pretensão da pessoa à obtenção de tutela jurisdicional[411] que, a partir dos procedimentos fixados na convenção de arbitragem, faz movimentar o processo arbitral.

A pretensão a uma tutela jurisdicional não se confunde com a existência de litígio.

Acima, ao tratar do caráter diferenciador da arbitragem em face de outros mecanismos de solução de controvérsias, demonstrou-se que, na conceituação de Carnelutti[412], o litígio ou lide é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão jurídica resistida.

Ocorre que a resistência a uma pretensão jurídica pode não ser manifestada antes da existência da lide. Ou mesmo, o litígio pode se apresentar fictício. Por exemplo na hipótese de existência de pretensões jurídicas apresentadas por requerente e requerido que, contudo, não sejam excludentes ou opostas entre si.

Tal circunstância, inclusive, pode ser verificada apenas durante a arbitragem quando especificados os pedidos e exercido o contraditório.

Ocorre que, figurado o litígio fictício, não há o desaparecimento do poder jurisdicional do árbitro. Proferida a sentença arbitral, confirmando a integralidade dos pedidos das partes, esta será válida e exigível perante as partes, caso haja uma resistência na fase de seu cumprimento.

Fato esse que confirma que a cláusula compromissória não possui natureza condicional.

Henri Motulski[413] confirma esse entendimento ao afirmar que a jurisdição do árbitro não desaparece diante da ausência da resistência à pretensão. Prova disso é

---

[411] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, vol 1, 13 ed., São Paulo, RT, 2013, p. 168.

[412] CARNELUTTI, Francesco. Lite et funzione processuale, Rivista di diritto processuale e civile, 1928, p. 28, *apud* JARROSSON, Charles. **La notion d'arbitrage**, Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 253.

[413] MOTULSKI, Henri. **Écrits – Études et Notes sur l'arbitrage**, T. II, Paris: Dalloz, 1974, p. 47.

a demanda declaratória não resistida pelo requerido que, a despeito da ausência de contestação, faz-se necessária para a constituição do direito.

Outra hipótese em que os efeitos da cláusula compromissória são produzidos, a despeito da existência do litígio, é verificável na utilização de procedimento de árbitro de emergência para a obtenção de medida urgente de antecipação de prova para a obtenção de laudo pericial de uma estrutura na eminência da ruína. Nesse caso, eventualmente, nem mesmo pretensão de direito material possa existir contra a parte vinculada à cláusula compromissória.

Por essas razões, entende-se que a existência do conflito não é fator de eficácia geral da cláusula compromissória. Consequentemente, inexistindo elemento condicional, os efeitos da convenção de arbitragem são produzidos imediatamente após a sua celebração, autorizando – de um lado – o acionamento da jurisdição arbitral quando da existência de uma pretensão jurídica e - de outro lado – impedindo a atuação da jurisdição estatal no limite do que fora disciplinado na convenção de arbitragem.

5.3.2. O princípio do "*pas de nullité sans grief*"

De acordo com o princípio da inexistência de nulidade se não houver prejuízo ("*pas de nullité sans grief*"), torna-se defesa a declaração de sua respectiva nulidade de um ato processual. Em outros termos, como afirma Nelson Nery Junior, se não for comprovado o prejuízo que a apontada invalidade traz efetivamente ao processo, é vedada a anulação do ato processual[414]. Para o processo civil, exemplos de aplicação do princípio do "*pas de nullité sans grief*" são identificados nos artigos 277, 279, § 2.º, 281, 282, § 1º e 2º, e 283, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Não se advoga aqui na aplicação do Código de Processo Civil à convenção de arbitragem. Também se reconhece que – originalmente – o princípio se aplica a atos procedimentais praticados no âmbito do processo civil.

No entanto, o objetivo de tal princípio é a preservação do resultado útil do processo, o que se aplica também ao negócio jurídico processual (neste caso misto).

---

[414] NERY JUNIOR, Nelson. Sentença Arbitral – Inexistência de nulidade – cumprimento do regulamento do centro de arbitragem. In: NERY JUNIOR, Nelson. **Soluções Práticas de Direito.** São Paulo: RT, 2014, p. 263.

Na convenção de arbitragem, duas ordens de disposições são contidas. Uma, é a declaração de vontade em submeter litígios à arbitragem (constituindo o direito de acesso ao árbitro e a base da missão jurisdicional deste). A outra, refere-se à regulamentação do procedimento aplicável à arbitragem, ou seja, de atos procedimentais que deverão ser cumpridos pelas partes.

Assim, entende-se que o princípio do "*pas de nullité sans grief*" deve ser aplicado nas hipóteses de ilegalidade de atos procedimentais acordados pelas partes que, por exemplo, violem os princípios constitucionais do processo e nas situações de obstáculos procedimentais para a instauração da arbitragem (instituição arbitral inexistente). Desse modo, preservando a higidez da convenção de arbitragem e o interesse fundamental das partes em ter suas pretensões apreciadas por árbitros.

Ao tratar da cláusula compromissória patológica, Francisco José Cahali aparenta concordar com tal entendimento ao defender que "esforços devem ser concentrados para salvar a arbitragem, quando assim seja possível, e desde que a dúvida não recaia sobre a vontade das partes em afastar a jurisdição estatal. Fala-se princípio da salvação da convenção arbitral, da preservação da arbitragem, do favor arbitral". Nesse mesmo sentido, corrobora Luiz Fernando do Vale de Almeida Gulherme.[415].

---

[415] GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

6. CONCLUSÃO

6. CONCLUSÃO

A arbitragem é um mecanismo convencional de solução de controvérsias que depende da formação de um conjunto de relações jurídicas.

A convenção de arbitragem é a primeira delas. Trata-se de um acordo de vontades, pelo qual as partes, atualmente ou em tese, litigantes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica contratual ou não. A convenção é um pacto exclusivo das partes e dela os árbitros não participam. No direito brasileiro, a convenção de arbitragem apresenta duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A segunda relação jurídica envolve, de um lado, o(s) árbitro(s), e de outro lado, as partes litigantes. O contrato de árbitro tem por objeto o exercício da "missão arbitral" pelo árbitro escolhido, ou seja, a condução do procedimento arbitral de forma regular até o proferimento da sentença arbitral. Portanto, seu objeto não se confunde com aquele da convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem constitui a missão jurisdicional em potencial ao árbitro, delimitando seus aspectos subjetivos e materiais. O contrato de árbitro, por sua vez, repercute na investidura, ao árbitro escolhido, dos poderes jurisdicionais necessários para solucionar um determinado litígio em específico.

A existência do contrato de árbitro depende da existência da convenção de arbitragem. A recíproca não é verdadeira, ressalvada as hipóteses de atribuição de condição *intuito personae* ao árbitro.

A terceira relação jurídica é o contrato de organização de arbitragem firmado entre as partes litigantes e a instituição de arbitragem responsável pela administração do procedimento. Trata-se de um contrato firmado, normalmente, entre ausentes, ante a apresentação de uma oferta geral da instituição arbitral e posterior comunicação da aceitação das partes inserida na convenção de arbitragem.

Analisando regulamentos de arbitragem propostos por algumas instituições, verificou-se um comportamento padrão: o início da prestação dos serviços de organização de arbitragem ocorre quando do recebimento da comunicação feita por uma das partes litigantes de sua intenção em realizar uma arbitragem. Por

consequência, conclui-se pela aplicação da teoria da informação para determinar o momento de formação do contrato de organização de arbitragem.

Definidos os limites das relações jurídicas que compõem a arbitragem, a natureza jurídica da convenção de arbitragem foi analisada.

Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, por conta da sua própria natureza, não contribuem para a definição da natureza jurídica da convenção de arbitragem, remetendo a análise ao plano puramente interno.

A doutrina nacional é uníssona em afirmar que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico, superando os debates sobre natureza de pacto in comprometendo da cláusula compromissória. Por outro lado, divide-se em três correntes, no tocante a classificação de sua natureza jurídica.

Analisando-se as correntes materialistas, processualistas e mistas, percebe-se que, de um modo geral, todas reconhecem uma origem material (negócio jurídico) e um efeito processual (jurisdição) à convenção de arbitragem. Sendo que a diferente classificação é dada, na essência, por critérios diversos de classificação.

No entanto, as justificativas não se mostraram satisfatórias. E uma investigação sobre a gênese e os efeitos da convenção de arbitragem foi realizada para identificar outros argumentos que pudessem contribuir para o debate em torno da natureza jurídica da convenção de arbitragem.

Como hipótese, assumiu-se que a natureza jurídica da convenção de arbitragem seria mista.

Como critério, aplicou-se a identificação da norma jurídica material ou processual sobre a gênese e a eficácia da convenção de arbitragem, conforme proposto por Marcos Bernardes de Mello.

A unanimidade em considera a convenção de arbitragem como negócio jurídico e, portanto, com viés inegável de direito material, fez com que o foco da análise da gênese da convenção de arbitragem fosse dirigido ao seu objeto.

A investigação da gênese permitiu concluir que o objeto da convenção de arbitragem não é o direito subjetivo material (patrimonial disponível) que será submetida à arbitragem. Não se permitindo comparar a convenção de arbitragem com a transação, como sugerido por alguns conterrâneos.

Conclui-se ainda que a convenção de arbitragem tem por objeto o direito subjetivo de ação (ou de acesso à justiça) reconhecido constitucionalmente, o qual

tem existência autônoma em face do direito material subjetivo. O histórico do desenvolvimento doutrinário apresentado comprova tal afirmação.

A Constituição Federal e, mais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecem um direito fundamental de acesso à justiça, em plena igualdade, por um tribunal independente e imparcial. Direito esse de natureza subjetiva e abstrata reconhecido a todas as pessoas físicas ou jurídicas.

Ao não vetar, na disposição do artigo 5º, XXXV, a Constituição Federal autorizou que o exercício do direito subjetivo de acesso à justiça fosse instrumentalizado por via da arbitragem.

Por representar uma renúncia à jurisdição estatal, a opção pelo juízo arbitral deve ser restrita a uma relação jurídica específica, firmada por meio da convenção de arbitragem.

Desse modo, conclui-se que o objeto da convenção de arbitragem é o direito subjetivo de ação das partes (de natureza processual). Assim, com base na autonomia privada (de natureza material), as partes comprometem-se a exercer seu direito subjetivo de ação exclusivamente na arbitragem, renunciando o direito de fazê-lo perante a jurisdição estatal.

Portanto, sob a ótima de sua gênese, a convenção de arbitragem apresenta uma natureza dupla (processual e material), ou seja, mista.

Movendo o enfoque para os efeitos da convenção de arbitragem, a conclusão foi a mesma.

Ao celebrar a convenção de arbitragem, as partes modelam seu direito subjetivo de ação para constituir, assim, um direito de acesso ao árbitro. Ao fazê-lo, incorporam ao conceito de “ordem jurídica justa”, os princípios e regras inerentes à “ordem jurídica arbitral” ou ao “sistema jurídico arbitral”, como propõe Eduardo de Albuquerque Parente.

A constituição do direito de acesso ao árbitro repercute admitir a incidência de normas jurídicas de direito material, na forma proposta por Marcos Bernardes de Mello. Da mesma forma ocorre quando observado o efeito positivo da convenção de arbitragem na relação jurídica das partes, obrigando-as a submeter seus litígios à arbitragem.

Ao fim, então, da segunda parte do trabalho, pode-se confirmar a tese de que a natureza jurídica da convenção de arbitragem é de natureza mista (material e processual).

A terceira parte do trabalho foi dedicada a análise dos requisitos de existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Sendo a análise feita com base na teoria tricotômica de Antonio Junqueira de Azevedo.

No plano da existência, aplicam-se os elementos gerais intrínsecos e extrínsecos característicos a todo negócio jurídico, seja ele material, processual ou misto. Sendo a declaração de vontade por submeter pretensões à arbitragem, o elemento categorial da convenção de arbitragem.

Nesse aspecto, entende-se comprovado que a diferenciação entre a arbitragem e outros mecanismos de solução de diferenças (em especial o arbitramento) não pode ser apreciada exclusivamente por um critério, mas por um feixe de critérios como sugerido por Charles Jarrosson.

Para a cláusula compromissória, identificou-se dois elementos categorias próprios: o primeiro é a referência a submissão de litígios futuros à arbitragem e o segundo é a delimitação dos litígios advindos de uma relação jurídica contratual.

Para o compromisso arbitral, o elemento categorial é a submissão de um litígio certo e existente à arbitragem.

No plano da validade, o entendimento de que a legislação de arbitragem exige uma capacidade jurídica de ação mostrou-se acertada, inobstante o objeto da convenção arbitral ser de natureza processual. No tocante ao objeto (leia-se conteúdo)d, a sua licitude deve ser analisada também sob o plano da conformação com os princípios constitucionais do processo, ante a natureza mista da convenção de arbitragem. A possibilidade do objeto deve ser analisada, sob a égide da diferenciação dos efeitos para a impossibilidade absoluta ou relativa. Com relação a determinação do conteúdo da convenção de arbitragem, duas questões devem ser consideradas. O objeto da convenção de arbitragem é o direito de acesso à justiça e, portanto, sua modelação é feita para alcançar "*uma ordem jurídica justa*". Assim, a integralidade dessas disposições compõe o campo a ser delimitado pelas partes na convenção de arbitragem; e não tão somente os requisitos necessários para a instauração da arbitragem. Por outro lado, a submissão à arbitragem e a renúncia à jurisdição estatal não podem ocorrer em abstrato, de modo que, o conteúdo da

convenção de arbitragem deve limitar-se a uma ou determinadas relações jurídicas específicas.

Quanto a forma, é inequívoca a necessária distinção entre a estipulação da cláusula compromissória por escrito e a manifestação do consentimento, permitindo-se reconhecer que a declaração de vontade por arbitrar por ser obtida expressa, implícita ou tacitamente.

No terceiro plano de análise do negócio jurídico, o plano da eficácia, divergiu-se sobre o entendimento corrente de que a cláusula compromissória é negócio jurídico condicional. O exercício do direito de acesso ao árbitro, como todo direito de ação, depende da existência de um interesse de agir, representado pela lesão ou ameaça a direito subjetivo material; contudo, não necessariamente há que se ter um litígio. Outrossim, o eventual desaparecimento do litígio – no sentido de pretensão jurídica resistida - no curso da arbitragem não repercute em extinção da missão jurisdicional do árbitro.

Ao fim, o presente estudo confirma a premissa trazida na primeira frase desta trabalho: a arbitragem é, antes de tudo, um mecanismo para a obtenção da justiça.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução.**

ANCEL, Bertrand. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da "competência-competência". **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 6. São Paulo: IOB, 2005.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: CAMPOS MELO, Leonardo; BENEDUZI, Renato Resende (coord.). **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Convenção de Arbitragem: Conteúdo e efeitos**. Intervenções – I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2007.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.), **Arbitragem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**, Ano XXXI, n. 116, São Paulo: AASP, 2012.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Cláusula Compromissória arbitral – efeitos. **Revista de Processo**, ano 26, n.101, São Paulo: RT, 2001.

Arruda Alvim. "Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem", (Francisco José Cahali et ali coord.) **Arbitragem – Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015***,* São Paulo: Saraiva, 2016.

ASCARELLI, Tullio. "O contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tullio, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo, Saraiva, 1945.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. “Negócios Jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. : in PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed., 5 tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

BALBINO, Inês. A arbitrabilidade do Direito Falimentar. LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inês. **A Arbitragem** – Temas Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BARBI FILHO, Celso. Cumprimento Judicial da Cláusula Compromissória na Lei n° 9.307/96 e Outra Intervenções do Judiciário na Arbitragem Privada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, out./dez., São Paulo: Malheiros, 1997.

BARBOSA, Rui. Questão Minas Werneck. **Obras completas de Rui Barbosa**, vol. XLV-1918, t. IV, Rio de Janeiro: MEC/Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980.

BARROCAS, Manoel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de. **Exceção de Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil**, São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BARROS MONTEIRO, Washington de; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**, vol. 1, 44 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, São Paulo: Renovar, 2000.

BATISTA MARTINS, Pedro. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização**, Rio de Janeiro: Forense, 1999

_____. Parecer: Poder Judiciário – Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória – Princípio da Competência-Competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento do Tribunal Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2, n. 7. São Paulo: RT, 2005.

_____. Artigo II (3) –Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II(3), da Convenção de Nova Iorque. WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BATISTA, Luiz Olavo; MAGALHÃES, José Carlos. **Arbitragem Comercial**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem – nos termos da Lei n° 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014.

BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, Laure. **Les principes fondamentaux de l'arbitrage.** Bruxelles: Bruyant, 2012.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Coimbra: Coimbra Ed., 1969.

BEVILAQUA, Clóvis Parecer sobre o Protocolo de Genebra de 1923 - cláusulas de arbitramento comercial. **Revista de Mediação e Arbitragem***,* n. 9, São Paulo: RT, 2006

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

BISHOP, R. DOAK; CORIELL, Wade D.; CAMPOS, Marcelo Medina. The 'Null and Void' Provision of the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico (ed.). **Enforcement of arbitration agreements and international awards - The New York Convention in Pratice**. Londres, Reino Unido: Cameron May, 2008.

BOISSÉSSON, Matthieu. **Le droit français de l'arbitrage**. Paris: GLN JOLY, 1990.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória – autossuficiência da cláusula cheia. **Revista dos Tribunais**. v. 91, n. 800. São Paulo: RT, 2002.

BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória - contrato não assinado – participação no procedimento arbitral – SEC 856 – STJ. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 7, Porto Alegre : Síntese, 2005.

BUERES, Alberto J. **Objecto del Negocio Juridico**, 2 ed., Buenos Aires: Hammulabi, 1989.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007.

CADIET, Loic. La qualification juridique des accords processuels : in PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador, Editora Jus Podium, 2017.

CADIET, Loic. **Droit Judiciaire Privé**, 10 ed., Paris : LexisNexis, 2017

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5 ed., São Paulo: RT, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**, São Paulo: RT, 2001.

CAIVANO, Roque J. **Arbitraje – su Eficacia como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem** – Lei n°. 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 4 ed. São Paulo, Atlas, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice** – A world Survey, vol. I, livro I, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro. Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista Forense**, v. 326, Rio de Janeiro: 1994.

CARAMELO, António Sampaio. A "Autonomia" da Cláusula Compromissória e a Competência do Tribunal Arbitral. In: **Temas de Direito da Arbitragem**, Coimbra: Coimbra ed., 2013.

CARDUCCI, Guido Carducci. The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law. **Arbitration International**. vol.28, issue 1. La Haye: Kluwer Law International, 2012.

CARIOTA FERRARA, Luigi**. El negocio jurídico**, Aguliar, 1957.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____.A Arbitragem no Brasil: Em busca de uma nova lei. *In:* WALD, Arnoldo (Coord.) **Doutrinas Essenciais – Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2014.

_____.*Em torno do árbitro*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n.28, São Paulo: RT, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. Lite et funzione processuale*,* Rivista di diritto processuale e civile, 1928, p. 28, *apud* JARROSSON, Charles. **La notion d'arbitrage**, Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

CARNELUTTI, Francesco. Arbitri e arbitratori, **Rivista di diritto processuale e civile**, 1924.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. **Comentários a Lei de Arbitragem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução de Paolo Capitanio. 3 ed., Campinas: Bookseller, 2002.

CLAY, Thomas. **L'Arbitre**. Paris: Dalloz, 2001.

_____. L'application perlée du reglèment d'arbitrage pour la contestation des liens entre arbitre et conseil. **Journal of International Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.

_____. La Convention de New York vue par la Doctrine Française. **ASA Bulletin**, n. 27, La Haye: Kluwer Law International.

_____. L'efficacité de l'arbitrage. **Les Petites Affiches**. n. 197. Paris: Lextenso Editions, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Accesso alle corti e garanzie costituzionali. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

CORNU, Gerard e FOYER, Jean. **Le Procédure Civil**, 3 ed., Paris : Presses Universitaires de France, 1996.

COSSIO, Francisco González de. La natureza Jurídica del Arbitraje: un Ejercicio de Balanceo Químico. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 16, São Paulo: IOB, 2007.

_____. El principio compétence-competénce revisitado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2007, n. 13, São Paulo: RT, 2007.

COSTA, José Augusto Fontoura. Sobre Corvos e Ornitorrincos: Arbitragem Estrangeira e Internacional no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 29. São Paulo: IOB, 2011.

COSTA, José Augusto Fontoura; TUSA, Gabriela. Expectativa e Âmbito de Aplicação da Nova Lei de Arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**, São Paulo: LTr, 1996.

COUTO E SILVA, Clóvis. **Comentários ao CPC**, vol. XI, t. I, 1981, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**, 17 ed., Buenos Aires: Roque Depalma, 1959.

CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. Park: PAULSSON, Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration.** 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

DA FONSECA, Rodrigo Garcia. O princípio da competência-competência na arbitragem – uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 3, n. 9. São Paulo: RT, 2006.

DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international.** Paris: Economica, 1982.

DE ASSIS, Araken; DE ANDRADE, Ronaldo Alves; PESSOA ALVES, Francisco Glauber. **Comentários ao Código Civil – Do Direito das Obrigações**, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DE OLIVEIRA, Eduardo. **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DEFFAINS, Bruno e DESRIEUX, Claudine. Les Enjeux Economiques du Financiament des Contentieux Par Des Tiers. In: KESSEDJIAN, Catherine (dir.). **Le financement de contentieux par un tires/ Third Party Funding**. Paris: LGDJ/Panthéon Assas, 2012.

DERAINS, Yves; Derains ; Eric A. Schwartz. **A Guide to the New ICC Rules of Arbitration**. La Haye: Kluwer Law International, 1998.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: parte geral, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin; REDFERN, Alan et al. **Law and pratice of international commercial arbitration**. 4 ed., Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 199. Londres: Cameron May, 2001.

DIDIER, Fredie Jr.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Jurispodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. v.1. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 70.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 7 ed., vol. I. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 13 ed., v.1. Bahia: Podium, 2011.

DITCHEV, Alexander. Le contrat d'arbitrage - – Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer, Revue de l'arbitrage, 1981.395, spéc nº 2 e 4. FOUCHARD, Philippe. Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale. In : **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

EISEMANN, Frédéric. La Clause d'Arbitrage Pathologique. In: MINOLI, Eugenio. **Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli**. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1974.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

FONTMICHEL, Maximin de. **Le faible et l'arbitrage.** Paris: Economica, 2012.

FOUCHARD, Philippe. Quand une arbitrage est-il international?. FOUCHARD, Philippe, **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

_____. La coopération de Président du Tribunal de Grande Instance à l'arbitrage. **Écrits.** Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

_____. Quand un arbitrage est-il international?, **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

FOUCHARD, Philippe, Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale. FOUCHARD, Philippe, **Écrits**. Paris: Comitê Français d'Arbitrage, 2007.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Teoria Geral do Direito Civil**, vol. II, 5 ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

FERREIRA, Durval. **Negócio Jurídico Condicional**, Almedina, Coimbra, Portugal, 1998.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. **Temas de Arbitragem**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FIUZA, Celso. **Teoria Geral da Arbitragem**, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FRANZIONI, Diego. Histórico Legislativo da Arbitragem no Brasil. In: TEIXEIRA, Tarcisio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub C. (Org.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**, v. 1, Barueri: Manole, 2017.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais**, 2 ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Contratos em espécie**, v. 4, t. II, 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Paris: Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. La reconnaissance, en droit Suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négative de la compétence-compétence. AKSEN, Gerald e BRINER,

Robert Georg. **Global Reflections on International Law, Commerce & Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner.** ICC Publishing: Paris, 2005.

_____. Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration: A French View. LABES, Hubertus W. (org.) **Financial Capacity of the Parties – A condition for the validity of arbitration agreements?** Frankurt am Main:Peter Lang, 2004.

_____. "L'effet négatif de la compétence-compétence", in: HALDY, Jacques; RAPP, Jean-Marc Rapp; FERRARI, Phidias. **Études de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean François Poudret**. Lausanne: Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2009.

_____. **Aspects Philosophiques du Droit de L'Arbitrage International**. Leiden/Boston: Académie de Droit International de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

_____. La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence. AKSEN, Geral (ed.) **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**. Paris: ICC Publishing, 2005.

GALVÃO, Ilmar. Juízo Arbitral. In: Wald, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais – Arbitragem e Mediação**, vol. I, São Paulo: RT, 2014.

GIUSTI, Gilberto. O Árbitro e o Juiz: Da Função Jurisdicional do Árbitro e do Juiz. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 5. São Paulo: IOB, 2005.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**, Coimbra: Almedina, 2011.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDIDA, J. M.G; CRUZ, L.P.F.; CERQUEIRA, L. O.S; GOMES JR, L.M (Org.) **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judicias**. São Paulo: RT, 2008.

GUANDALINI, Bruno Guandalini. 'Note: American Express Co. et al. v. Italian Colors Restaurant et al., Supreme Court of the United States, 20 June 2013', **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 40, São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem & IOB, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERREIRO, Luiz Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HANOTIAU, Bernard. **L'Arbitrabilité**. The Hague : Martins Nijhoff Publishers, 2003.

_____. The Parties to the Arbitration Agreement. LÉVY, Laurent; DERAINS, Yves. (Coord.). **Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff.** Paris: Pedone, 2011.

_____. Consent to arbitration: Do we share a common vision?, **Arbitration International**, vol. 27, n. 4, Oxford: Oxford University Press, 2011.

HANEFELD, Ink. Germany (Chapter). WEIGAND, Frank-Bernd Weigand. **Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration** Oxford: Oxford University Press, 2009.

HORATIA, Muir Watt. Note sur Cour de Cassation, 1 fevrier 2005. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2005, issue 3, LITEC: Paris, França, 2005, p. 693 a 707.

HUBER, Peter. Part II – Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV – Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1040 – Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction. BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; KRÖLL, Stefan Michael ; et al. (eds), **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**, La Haye, Kluwer Law International, 2007.

JARROSSON, Charles. **La notion d´arbitrage**. Paris: LGDJ, 1987.

_____. L'instance arbitrale : Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale. **Revue de l'arbitrage**, issue 2, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1990.

JARROSSON, Charles. L'intensité du contrôle de l'ordre public. In : LOQUIN, Eric ; MANCIAUX, Sébastien. L'Ordre Public et L'Arbitrage, Paris, LexisNexis, 2014.

JOSSERAND, Derecho Civil, **Teoría General de las obligacionaes**, trad. Por S. Cunchillos y Manterola, t. II, vol. I.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité. **Liber Amicorum de Claude Reymond – "Autour de l'arbitrage"**, Paris: LITEC, 2004.

KERN, Christoph A. Procedural Contracts in Germany. In: PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador, Editora Jus Podium, 2017.

KESSEDJIAN, Catherine. **Le financement de contentieux par un tires/ Third Party Funding**. Paris: LGDJ/Panthéon Assas, 2012, p. 11.

KREINDLER, Richard H.; SCHAEFFER, Jan K. Allemagne: les cinq premières années d'application de la nouvelle législation. **Revue de l'Arbitrage**, issue 2, Paris: Comité Français de l'arbitrage, 2003, p. 502.

KROETZ, Tarcísio Araújo. Arbitragem - conceito e pressupostos de validade. São Paulo: RT, 1997.

KROLL, Stefan Michael. The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II (3) of the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Dominique (eds.) **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards 363-364** (2008).

_____. Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction. **Arbitration International,** vol. 20:1. The Netherlands: Kluwer Law International, 2004.

KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due Process in International Commercial Arbitration.** 2. ed. Oxford: Oxford Publishers, 2010.

LALIVE, Pierre; POUDRET, Jean-François ; REYMOND, Claude. **Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse**. Lausanne : Payot Lausanne, 1989.

LAMM, Carolyn B.; SHARPE, Jeremy K. Inoperative agreements under the New York Convention. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico (ed.) **Enforcement of arbitration agreements and international awards - The New York Convention in Pratice**. Londres, Reino Unido: Cameron May, 2008.

LANDAU, Toby. The requirement of a written form for an arbitration agreement: when 'written'means 'oral', in: VAN DEN BERG, Albert (ed.). **International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions 19**, Hague: International Council for Commercial Arbitration, 2003.d

LEE, João Bosco. A Especificidade da Arbitragem Comercial Internacional. CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem - lei brasileira e praxe internacional.** São Paulo: LTr, 1999.

LEE, João Bosco e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos sobre Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008.

LEMES, Selma M. Lemes. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEITE, António Pinto. A nova lei portuguesa de arbitragem voluntária. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 33, Curitiba: Síntes, 2012.

LEMES; Selma Ferreira. Convenção de Arbitragem e termo de arbitragem. **Revista do advogado,** n. 86. São Paulo: AASP, 2006.

LESSA NETO, João Luis**. Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro**. Salvador: JUSPODIVM, 2016.

LEVEL, Patrice. L'Arbitrabilité. **Revue de l'arbitrage**, n. 213, Paris : 1992.

LÉVY, Laurent; BONNAN, Régis. "Third-Party funding. Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings", **INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Third-Party funding in International Arbitration**. Paris, França: International Chamber of Commerce, 2013.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. **Comparative International Commercial Arbitration** London: Kluwer Law International, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria de processo civile, p. 46 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, vol. 1, 5 ed., São Paulo: RT, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 7 ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2013.

LOQUIN, Eric. La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage – commentaire du Décret n. 2011-48 du 13 janvier 2011. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 9, n. 33, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Le juge et l'arbitre. BOSTANJ, Sami et al. (dir.) **Le juge et l'arbitrage**, Paris: A. Pedone, 2014.

_____. Le contrôle de la nullité ou de l'inaplicabilité manifeste de la clause compromissoire. **Revue de l'arbitrage**, vol. 2006, issue 2, Paris: Comité Français de l'Arbitrage.

_____. Arbitrage. Institutions d'arbitrage. J-Cl. Proc. Civ., fasc. 1002.

MAGALHÃES, José Carlos. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso necessário e inconveniente. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008.

_____. **1° Seminário internacional sobre direito arbitral**. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

_____. Perspectivas da Arbitragem Comercial no Brasil. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro***,* n. 69, jan.-mar., São Paulo: RT, 1988.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e Convenção arbitral**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAGDELAIN A. Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome, **RIDA**, n° 27, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, vol. 1, 5 ed., São Paulo: RT, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo, "Arbitramento, arbitragem e dispute boards: o papel do terceiro na determinação do preço em opção de venda de ações", **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. XIV, n. 54, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International: São Paulo, 2017.

MARTINS, Pedro Batista. Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspecto fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 211.

MAYER, Pierre. L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence. **Recueil des Cours de L'académie de Droit International de La Haye,** t. 290, 2001.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico***.* São Paulo: Saraiva, 2011

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. v.1. São Paulo: RT, 2011.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. **Direito Processual Constitucional***,* 5 ed., Ri*o* de Janeiro: Forense, 2012.

MELO, Leonardo Campos. **Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades - A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência***.* 14 ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

Marcos Bernardes de Mello, **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade**, 14 ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico - plano da eficácia***,* 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERLIN, P. **Recuil alphabétique des questions de droit.** apud BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

MONIER, R., **Manuel élémentaire de droit romain**. 6 ed., Paris, 1954.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 31 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

MOSER, LUIZ GUSTAVO MEIRA. A aceitação da cláusula compromissória pelo silêncio, à luz da conduta negocial das partes: a cláusula geral do art. 111 do Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 153, São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTULSKI, Henri. **Écrits – Études et Notes sur l'arbitrage**. Paris: Dalloz, 1974.

_____. A evolução recente da arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 19. São Paulo: RT, 2008.

MOURRE, Alexis; VAGENHEIM, Alexandre. Some Comments on Denial of Justice in Public and Private International Law after Loewen and Saipem. FERNANDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel; ARIAS, David (eds.) **Liber Amicorum Bernardo Cremades.** España: La Ley, 2010.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso Básico de Direito Arbitral. 4 ed., Curitiba: Juruá, 2017.

NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.) **Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O Direito Civil da Arbitragem e na Arbitragem. In: NANNI, Giovanni Etore. **Direito Civil e Arbitragem**, São Paulo: Atlas, 2014.

NIGGEMANN, Friedrich. Chronique de jurisprudence étrangère, Allemagne, **Revue de l'Arbitrage**. vol 2006, issue 1. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2006.

NOGUEIRA, José A. A. Duarte. A arbitragem na história do direito português: subsídios. Revista Jurídica, Lisboa, Nova série n. 20 (Nov.1996); ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de. **História do direito Português**, 8 ed., Lisboa: Pedro Ferreira, 1992.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro, in PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2017

NUNES PINTO, José Emílio; DA FONSECA, Rodrigo Garcia. Convenção de Nova Iorque: atualização ou interpretação? **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008.

NUNES PINTO, José Emílio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, n. 4, São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre Acesso à Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 82, jan. 2010. São Paulo: Dialética.

OPPETIT, Bruno. **Théorie de l'arbitrage**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Existiria uma ordem jurídica arbitral? In: In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz**, São Paulo: Atlas, 2017.

PAULSSON, Jan. **Denial of Justice in International Law**. New York: Cambridge University Press, 2010.

_____. International Arbitration is no Arbitration. **Stockholm International Arbitration Review**. ano 2008, issue 2. Estolcomo, Suécia: Jurisnet, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21 ed., v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Introdução ao Direito Civil** - teoria geral de direito civil, v.1, 30 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINNA, Andrea. La confirmation de la jurisprudence Pirelli par la Cour de cassation et les difficultés pratiques de garantir au plaideur impécunieux l'accés à la justice arbitrale note sous Cass. civ. 1e, 28 mars 2013 et CA Paris, 26 février 2013. **Cahiers de l'arbitrage**. vol. 2013, issue 2. Paris : L.G.D.J., 2013.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional – A determinação do Estatuto da Arbitragem**, Coimbra, Almedina, 2005

PODETTI, J. Ramiro. **Teoria y técnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciência del processo civil**. Buenos Aires: DIAR, 1963.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Parte Geral - Tomo II, São Paulo, RT, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Junior, Parte Especial - Tomo XXVI, São Paulo, RT, 2013.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Droit comparé de l'arbitrage international**. Bruxele: Bruylant, 2002.

RACINE, Jean-Baptiste. La sentence d'incompétence. **Revue de l'Arbitrage** vol. 10, issue 4, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2010.

RACINE, Jean-Baptiste. **Droit de l'arbitrage**, Paris: PUF, 2016.

REALE, Miguel. Crise da Justiça e Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 2, n. 5. São Paulo: RT, 2005.

RECHSTEINER, Beat Walter, **Arbitragem Privada Internacional no Brasil – teoria e prática**. São Paulo: RT, 2001.

RIBEIRO, Marcelo. **Curso de Processo Civil - Teoria Geral e Processo de Conhecimento** - Vol. 1. São Paulo: Método, 2015.

RIZZARDO, Arnoldo. **Responsabilidade Civil**, 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROBERT, Jean. **L'arbitrage – droit interne, droit international privé**. 6 ed. Paris: Dalloz, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Parte Geral**, vol. I, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1974.

ROZAS, J. C. Fernandez. Le rôle des jurisdictions étatiques devant l'arbitrage commercial international. **Recuil Cours La Haye**, t. 290, n. 40.

ROMERO, Eduardo Silva. Los efectos del contrato de arbitraje - introducción. In: ROMERO, Eduardo Silva; ESPINOSA, Fabricio Mantilla. **El Contrato de Arbitraje**. Bogotá: Legis, 2005.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. **L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international privé**. Paris: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1965.

SACHS, Klaus. La protection de la partie faible en arbitrage. MOURRE, Alexis (dir.) **Gazette du Palais**, n. 194, ano 127, 2007/2, Journal Spécial des Sociétés: Paris, França, 2007.

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration – Law and Pratice**. 2 ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

SAMTLEBEN, Jürgen. O histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem – lei brasileira e a praxe internacional**. 2 ed., São Paulo: LTR, 1999.

SAVIGNY, Sistema de derecho romano actual, trad. Castellana de J.Mésia y M. Poley, t. II.

SERAGLINI, Christophe et ORTSCHEIDT, Jéromê. **Droit de l'arbitrage interne et international**. Paris: Montchrestien-Lextenso, 2013.

SCHLOSSER, Peter. La nouvelle legislation allemande sur l'arbitrage. **Revue de l'arbitrage**, n.2, Kluwer: Paris, 1998.

SCOGNAMIGLIO, Renato. **Contributo all teoria del negozio giuridico**, Napoli: Jovene, 1950, p. 66 apud AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., 2007

SIOUFI FILHO, Alfred Habib. Denegação de Justiça. **Revista Brasileira de Arbitragem** – Edição Especial.

SILVA, Eduardo Silva da, *Código Civil e Arbitragem: Entre a liberdade e a responsabilidade.* **Revista de Arbitragem e Mediação**, n.5, São Paulo, RT, 2005.

SMILGIN, André. Ação judicial para a instituição de arbitragem com base no art. 7° da Lei 9.307/96. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo Poder Judiciário. Competência-Competência. **Revista de Arbitragem e Mediação**. ano 5, n. 18. São Paulo: RT, 2008.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Arbitragem, Direito Securitário e Consentimento no Direito Brasileiro. In: In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz**, São Paulo: Atlas, 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da UNICTRAL (Lei Modelo). **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 82, São Paulo, 1987.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2 ed., Lisboa: Lex, 1997.

STALEV,Zhivko. The Arbitral Tribunal vis-à vis the Arbitration Agreement. **Revue Hellenique de Droit International**, 1989-1990, n. 3.

STAMPA, Gonzalo. Discovery Arbitral. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 26. Curitiba: Síntese, 2012.

STOLFI, Giuseppe. **Teoría del negocio jurídico**. Tradução em espanhol de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

STRENGER, Irineu. A Arbitragem como Modelo de Inserção da Lex Mercatoria na Ordem Estatal. **Revista Brasileira de Arbitragem.** n. 3. São Paulo: Síntese, 2004.

STRONG, S.I. **What Constitutes an Agreement in Writing in International Commercial Arbitration? Conflicts between the New York Convention and the Federal Arbitration Act**, University of Missouri School of Law Scholarship Repository, Stan. J. Int'l L. 47, 2012.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil – **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie**, 10 ed., vol. 3, São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Invalidade da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TERCIER, Pierre. La légitime de l'arbitrage. **Revue de l'arbitrage**. vol. 2011, issue 3, Paris: LITEC, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e Terceiros - Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral – Outras Intervenções de Terceiros. BATISTA MARTINS, Pedro; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a Arbitragem in Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo, LTr, 2002.

TIBURCIO, Carmen. O princípio da kompetenz-kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Calros Alberto; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando de Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Cláusula Compromissória: interpretação, efeitos e questão intertemporal, in **Arbitragem Doméstica e Internacional - Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da constituição federal. LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A Arbitragem em juízo**. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2015, sob a orientação da Professora Doutora Maristela Basso.

VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation**. Le Haye: Kluwer Law International, 1981.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Contratos***,* Vol. 3, 18 ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 237.

VICENTE, Dário Moura. **Da Arbitragem Comercial Internacional - Direito Aplicável ao Mérito da Causa**, Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

VISCONTE, Débora. Sentença Estrangeira Contestada n. 978 – Sentença arbitral estrangeira. Homologação. Cláusula compromissória. Ausência de assinatura. Ofensa à ordem pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 24, Porto Alegre: Síntese, 2009.

VISSCHER, Charles de. Le déni de justice en droit international. **Recueil des cours de La Haye**, t. 52, II.

WACH, Adolf. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, v.1 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, vol. 1, 5 ed., São Paulo: RT, 2011.

WAINCYMER, Jeff. **Procedure and Evidence in International Arbitration**. LA Haye: Kluwer Law International, 2012.

WALLACE JR., Don. Fair and equitable treatment and denial of justice. WEILER, Todd. **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law**. London: Cameron May, 2005.

WALD, Arnoldo. O regime legal da cláusula compromissória. Competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu. **Revista de Arbitragem e Mediação.** ano 4, n.12. São Paulo: RT, 2007.

_____. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, ano 6, n. 22, São Paulo: RT, 2003.

_____. A convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 5, n. 18, São Paulo: RT, 2008.

_____. Novos Rumos para a Arbitragem no Brasil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. n. 14, São Paulo: RT, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WINSCHEID, Lehrbuch des Pandenktenrecht, 9. Ed, I, p. 452 apud FERREIRA, Durval, **Negócio Jurídico Condicional**, Almedina, Coimbra, Portugal, 1998.

YARSHELL, Flávio Luiz. Negócios Processuais. In: in PASSO CABRAL, Antonio e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) **Negócios Processuais**, 3 ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2017.

ZAPPALA, Francesco. Historic universalism of arbitration. **Revista Vniversitas**, n. 121, jul./dez. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

ANEXO A - Lei de Arbitragem

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Com alterações advindas da Lei n. 13.129 de 26 de maio de 2015

Dispõe sobre a arbitragem.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

Disposições Gerais

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

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.

§ 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.

§ 2º Poderão, também, 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.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

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

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

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

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

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

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

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

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

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

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

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

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

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

III **-** a matéria que será objeto da arbitragem; e

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

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

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

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

III **-** o prazo para apresentação da sentença arbitral;

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

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

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

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

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III

Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

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

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

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

§ 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

CAPÍTULO IV-A (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

DAS TUTELAS CAUTELARES E DE URGÊNCIA

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

CAPÍTULO IV-B (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

DA CARTA ARBITRAL

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

§ 1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por eqüidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso;e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

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

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

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

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015).

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças

Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. 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.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

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 a 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.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Nelson A. Jobim