

EFEITOS E RESPONSABILIDADE PELO DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO BRASIL E EM PORTUGAL

Marianna Chaves¹

Resumo: O presente escrito visa trazer à baila questões sobre o descumprimento da convenção de arbitragem, que na atualidade, abrange a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, consoante o disposto na Lei n. 9.307/96. A ideia é oferecer um panorama específico da matéria no direito brasileiro, em comparação com o que determina do direito português, cuja base de sustentação da arbitragem se encontra na Lei n. 31/86. A análise deste estudo cingir-se-á à arbitragem doméstica e voluntária, excluindo-se a arbitragem internacional, que alargaria imensuravelmente o seu objeto.

Palavras-chave: Convenção de arbitragem – cláusula compromissória – compromisso arbitral – descumprimento – Brasil – Portugal – Litigância de má-fé

¹ Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra; Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa; Especialista em Ciências Jurídicas (Direito de Família, Contrato de Transporte e Direito Comercial Internacional) pela Universidade de Lisboa; Pós-Graduada em Filiação, Adoção e Proteção de Menores pela Universidade de Lisboa; Pós-Graduada em Direito da Bioética e da Medicina pela Associação Portuguesa da Direito Intelectual e Universidade de Lisboa; Diretora do Núcleo de Relações Internacionais do IBDFAM – PB (Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção Paraíba); Membro da *International Society of Family Law*, da *American BAR Association* e da *International BAR Association*; Pesquisadora Assistente do *Instituto de Investigación Científica* da Universidade de Lima; Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário da Universidade Católica de Santos; Membro do Conselho Editorial da Revista *Jus Scriptum*; Autora da obra “*Homoafetividade e Direito - Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade: Um Panorama Luso-Brasileiro e de diversos artigos jurídicos publicados em obras coletivas e revistas especializadas no Brasil, Portugal, Perú e Argentina*”; Advogada.

Abstract: This study aims to bring up questions about the non performance of the compromise, which currently covers the arbitration clause, and the compromise and settlement in accordance with the provisions of Law n. 9.307/96. The idea is to provide an overview of the matter under Brazilian law, in comparison with what determines the Portuguese law, which support base is in the Law n. 31/86. The analysis of this paper will stick to domestic and voluntary arbitration, excluding international arbitration which would immeasurably extend its object.

Keywords: Compromise – arbitration clause – compromise and settlement – disregard – Brazil – Portugal – Vexatious Proceeding

Sumário: Introdução. 1. A arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos: linhas gerais. 2. A regulação da arbitragem no Brasil e em Portugal. 3. Convenção de Arbitragem; 3.1 Cláusula compromissória vs. compromisso arbitral; 3.2 Cláusula compromissória cheia; 3.3 Autonomia da cláusula compromissória; 3.4 Natureza jurídica da convenção de arbitragem; 3.5 Descumprimento da convenção de arbitragem; 3.5.1 Efeitos do descumprimento da cláusula compromissória no Brasil; 3.5.2 Efeitos do descumprimento do compromisso arbitral no Brasil; 3.5.3 Efeitos do descumprimento da convenção de arbitragem em Portugal. 4. Responsabilidade processual por litigância de má-fé?. 5. Considerações finais. Referências.



INTRODUÇÃO

Não somente leis especiais – LAB² e LAV³ – regulam a matéria no Brasil e em Portugal, respectivamente. Disposições, efeitos e consequências constam nos Códigos Civis e nos Diplomas Processuais Civis de ambos os países, pelo que se faz necessário proceder a uma análise interdisciplinar, uma saudável interação entre o Direito Processual e o Direito Material, ou simplesmente “um diálogo entre as fontes”.⁴

E sobre essa influência recíproca que uma matéria pode – e deve – ter sobre a outra, afirma José Roberto Bedaque que o Direito Processual deve ser sempre elaborado à luz do direito substancial e em função dele. Acresce ainda o jurista, que a ciência processual deve amoldar-se às necessidades específicas do seu objeto, ofertando formas de procedimentos e tutela ajustadas às situações de vantagem garantidas pela norma material.⁵

Não se pretende, no presente estudo, seguir de modo exaustivo a evolução da arbitragem. A idéia é apresentar um pano de fundo, necessário ao bom entendimento do panorama jurídico da arbitragem no momento atual, pois, sem uma perspectiva evolutiva, ainda que genericamente e minimamente delineada, jamais qualquer instituto – jurídico ou não – atingirá uma percepção minimamente correta.

Vale salientar que a análise do direito estrangeiro constitui uma ferramenta importante para construção de idéias e para a fundamentação de juízo. É mister ressaltar que esta

² Como denominar-se-á a Lei de Arbitragem Brasileira: Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

³ Como denominar-se-á a Lei de Arbitragem Voluntária: Lei n. 31/86, de 29 de Agosto.

⁴ Nas palavras de TARTUCE, Flávio. “Arbitragem: algumas interações entre o direito material e o direito processual – função social do contrato, ética na arbitragem e abuso processual”, em *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 34, Jan/Fev. Porto Alegre: Magister, pp. 5-29, 2010, pp. 6 -7.

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do Direito Material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

análise comparativa entre Brasil e Portugal também serve para evidenciar as semelhanças e as discrepâncias do tratamento jurídico deferido a tal matéria, apontando os pontos fortes e fracos de cada ordenamento jurídico.

Assim, o presente estudo tentará, de forma superficial, traçar algumas ideias e linhas gerais sobre a arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios. No ponto seguinte, abordar-se-á a regulação do instituto no Brasil e em Portugal, trazendo-se à baila as normas em vigor e, alguns comentários sobre normas revogadas. O ponto seguinte ocupa-se do tema propriamente dito, precisamente, da análise da convenção de arbitragem, da sua divisão, dos conceitos e, especificamente, dos efeitos e da responsabilidade – especificamente a processual – oriundos do seu incumprimento.

Quanto à divisão dos assuntos, nomeadamente do tratamento em separado da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, em seus aspectos gerais e efeitos do incumprimento no Brasil e, menção apenas do descumprimento da convenção de arbitragem em Portugal, dá-se pela diferença de sistematização da matéria nos ordenamentos dos dois países, o que suscita algumas dificuldades na organização de um estudo de base comparativa, que tentar-se-á sanar no decorrer do escrito.

1. A ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: LINHAS GERAIS

A ciência processual hodierna preocupa-se, principalmente, como é sabido, com a efetividade do processo. Em outras palavras, todo o moderno direito processual devota-se ao estudo de mecanismos designados a fazer com que o processo verta-se em um eficaz instrumento de promoção da justiça, apto para dar a cada um aquilo que é seu.⁶

⁶ Cfr. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Das Relações Entre a Arbitragem e o Poder

Essa ideia remete à eterna lição de Giuseppe Chiovenda de que o processo deve dar, na medida do possível, a quem tem um direito tudo aquilo, e precisamente aquilo, que ele tem o direito de conseguir.⁷

Desta forma, os meios paraestatais de resolução de conflitos foram ganhando espaço e valorização como mecanismos indispensáveis para o acesso à justiça. Dentre esses meios, encontra-se e destaca-se a arbitragem, que nada mais é do que um instrumento destinado a assistir na busca do mais lato acesso à ordem jurídica justa. Por meio da arbitragem deve-se alcançar um sistema hábil para autorizar que ao titular de um direito seja concedido tudo aquilo, e indispensavelmente aquilo, que ele tenha o direito de obter.⁸

Para Carlos Alberto Carmona, a arbitragem é, de forma ampla, “uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”.⁹

Na doutrina argentina, afirma-se que a arbitragem constitui uma jurisdição privada, instituída pela vontade das partes ou por decisão do legislador, movendo o poder de julgar para órgãos distintos dos tribunais estatais, que são, assim, investidos de poderes jurisdicionais semelhantes aos daqueles, de forma a resolver um litígio.¹⁰ Uma questão

Judiciário”, em *Escritos de Direito Processual* – Segunda Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 121-131, 2005, p. 121.

⁷ No original: “Il proceso deve dare per quanto è possibile a chi há un diritto quello e próprio quello ch’egli há diritto di conseguire”. CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, em *Saggi di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, vol. 1, 1930, p. 110.

⁸ Neste sentido, consultar CÂMARA, Alexandre Freitas. “Das Relações Entre a Arbitragem e o Poder Judiciário”, cit., pp. 121-122.

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

¹⁰ Esse é o conceito trazido à baila por CAIAVANO, Roque J. *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992,

emerge: seria a arbitragem um equivalente jurisdicional ou realmente jurisdição? Parece ser o caso da última hipótese.¹¹

Dentre muitos, alguns atributos inerentes à arbitragem merecem destaque: desformalização, celeridade, autonomia da vontade das partes, sigilo, maior especialização do julgador e menor custo.¹² Imperioso ressaltar que a arbitragem não possui o cunho contencioso e formal que classicamente permeia a jurisdição estatal. Em sua originalidade e essência, a arbitragem é um mecanismo misto de composição de conflitos, fundamentado tanto em negociação, como em adjudicação, no qual os envolvidos conferem o poder decisório aos árbitros, para que alcancem uma resolução satisfatória, dotada de reconhecimento.¹³

p. 48. Para José Rogério Cruz e Tucci “infere-se, de logo, que o legislador atribuiu natureza publicística ao juízo arbitral, consubstanciado em equivalente jurisdicional, por opção das partes. A despeito de ser instituído por meio de um instrumento negocial de cunho privado (convenção arbitral), o desenrolar do processo de arbitragem é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal”. TUCCI, José Rogério Cruz e. “Arbitragem: Garantias Constitucionais do Processo e Eficácia da Sentença Arbitral”, em *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 26, Set/Out. Porto Alegre: Magister, pp. 43-46, 2008, p. 43. Note-se, portanto, que existem divergências doutrinárias acerca da natureza – privada ou pública – do processo de arbitragem.

¹¹ Corrente liderada, em território brasileiro, por CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 51-53. Outra não parece ser a posição de GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. II: obrigações. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 258. No mesmo sentido se manifestam BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 75; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil – curso completo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 11; FREITAS, Gabriela Oliveira. “Execução da Sentença Arbitral”, em *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. vol. 11, n. 68, Nov/Dez. São Paulo: Síntese, pp. 57-64, 2010, p. 60.

¹² Tais vantagens também são apontadas por AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. “Arbitragem: Oportunidades, Riscos e Desafios”, em *Grandes temas da atualidade*, vol. 7: mediação, arbitragem e conciliação/ Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, pp. 1-16, 2007, p. 2.

¹³ Neste sentido, cfr. BASSO, Maristela. “Procedimento Arbitral Atual: Necessidade de um Diálogo de Reforma?”, em *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares/ Selma Ferreira Lemes; Carlos Alberto Carmona; Pedro Batista Martins (coords.)*. São Paulo: Atlas, pp. 1-17, 2007, pp. 1-2.

2. A REGULAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL E EM PORTUGAL

No Brasil, a arbitragem em direito privado foi originariamente prevista na Constituição Imperial de 1824. O Código Comercial de 1850¹⁴ e o Regulamento 737 do mesmo ano trataram da arbitragem compulsória. Tal arbitragem obrigatória deixou de existir em território brasileiro com o surgimento da Lei n. 1.350 de 1866. O Decreto n. 3.900 de 1867 veio a disciplinar o juízo arbitral do comércio, sendo o primeiro diploma a dispor sobre a cláusula compromissória, tornando-se o responsável pelo completo esvaziamento dos efeitos da mesma, em virtude do disposto no art. 9º da referida norma.¹⁵ Desta forma, confirmou-se no Brasil, a tradição de o compromisso arbitral ser o instrumento único hábil para instaurar a arbitragem, ao ponto de diplomas promulgados *a posteriori* nem mesmo mencionarem a cláusula arbitral, situação que só modificou-se com o surgimento da legislação de 1996. Cumpre ressaltar que a arbitragem ainda foi disciplinada pelo Código Civil de 1916¹⁶, e, posteriormente pelos Diplomas Processuais Cíveis de 1939¹⁷ e 1973^{18 19}.

¹⁴ Lei n. 556, de 25 de Junho de 1850, que ainda encontra-se em vigor, mas teve toda a sua parte primeira revogada pelo Código Civil de 2002. O que levou ao fenômeno da “civilização” do Direito Comercial, já que muitas questões antes tratadas pelo Código Comercial, agora estão a Cargo do Código Civil, como, por exemplo, questões de títulos de crédito, de sociedades comerciais, entre outras.

¹⁵ Decreto 3.900 de 1867: Art. 9º - “A Cláusula compromissória, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º, senão também sobre as declarações do art. 10º”.

¹⁶ Arts. 1.037 a 1.048.

¹⁷ Arts. 1.031 a 1.046.

¹⁸ Arts. 1.072 a 1.102.

¹⁹ Cfr. DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 20-21. De igual modo trazem uma bela perspectiva da evolução histórica da arbitragem MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e*

A legislação em vigor – Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996²⁰ – foi inspirada na regulamentação da arbitragem de acordo com as diretrizes seguidas pela comunidade internacional, no padrão da Convenção de Nova Iorque, de 1958²¹, e da Convenção do Panamá, de 1975²². A lei de arbitragem brasileira teve a sua constitucionalidade contestada e, em 2004 teve a sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, no emblemático julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5206-7.²³

arbitragem: alternativas à jurisdição! 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 168-174; COSTA, Guilherme Soncini da. “Arbitragem”, em *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. vol. 11, n. 68, Nov/Dez. São Paulo: Síntese, pp. 7- 20, 2010, pp. 8-10.

²⁰ Que no decorrer do estudo poderá ser denominada apenas de LAB.

²¹ Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ratificada por mais de 130 países, o que facilita a execução da sentença arbitral estrangeira, o que em muitos casos não acontece com a sentença judicial estrangeira. CHAVES, Marianna. “Venda de Navios: Panorama Luso-Brasileiro e Internacional”, em *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. v. 31, Fev/Mar. Porto Alegre: Magister, p. 51-80, 2010, p. 78.

²² Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional.

²³ Ementa: “1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento,por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L.9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial.

2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor,

Em Portugal, encontra-se na doutrina especializada menções à existência da arbitragem desde finais do século XII. Presente nas Ordenações do Reino, o instituto da arbitragem também foi consagrado na Carta Constitucional de 1822 e nos textos constitucionais que se seguiram no século XIX. Em 1876 surgiu o primeiro Diploma Processual Civil de Portugal, que tratou da arbitragem dos arts. 44º a 58º. A Lei de 14 de Agosto de 1889 deu origem a tribunais arbitrais avindores com competência para solucionar litígios trabalhistas. O CPC de 1969 e o de 1961 diminuíram fundamentalmente a importância e a função da arbitragem, judicializando-a.²⁴

para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri).

3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - af por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31)". STF. "Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206 – Reino da Espanha", em *Revista Trimestral de Jurisprudência*. vol. 190, n. 3, Brasília: STJ/CDJU, Editora Brasília Jurídica, pp. 908 – 1027, Outubro/Dezembro de 2004, pp. 908-910.

²⁴ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 53-56.

Finalmente, a partir de meados dos anos 80, teve fim o esforço legislativo “no sentido de dotar o país com uma legislação moderna capaz de colocar a arbitragem voluntária e a sua articulação com o poder judicial no lugar que merece”²⁵, primeiro com promulgação do Decreto-Lei n. 243/84, de 17 de Julho que, *a posteriori*, foi considerado inconstitucional e, derradeiramente com o surgimento da Lei de Arbitragem Voluntária – Lei n. 31/86, de 29 de agosto – que encontra-se em vigor até os dias atuais.

3. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O Código de Processo Civil alemão, no § 1029 traz a definição de convenção de arbitragem. O n. 1 determina que a convenção arbitral é o acordo entre as partes em submeter à decisão de um tribunal arbitral total ou parcialmente os litígios que entre elas ocorrem ou que venham a surgir futuramente, pertinentes a uma determinada relação contratual ou extracontratual.²⁶

Manuel Barrocas conceitua a convenção de arbitragem como sendo “o acordo pelo qual as partes se vinculam a submeter os litígios existentes a um tribunal arbitral. Por esse acto de vontade, as partes determinam que os litígios entre si, emergentes de uma certa relação jurídica, contratual ou extracontratual, que tenham já surgido ou que venham a surgir no futuro, serão resolvidos por um terceiro através de uma decisão que formará caso julgado e é susceptível de ser executada”.²⁷

²⁵ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 56

²⁶ § 1029 “*Begriffsbestimmung*

(1) *Schiedsvereinbarung ist eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen*”.

²⁷ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 143.

A Convenção de arbitragem é a forma de submeter as contendas à arbitragem, e compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, institutos diversos.²⁸ Nos pontos seguintes analisar-se-ão as duas figuras e seus respectivos efeitos, de acordo com a lei brasileira e a lei portuguesa.

3.1 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA vs. COMPROMISSO ARBITRAL: CONCEITOS

A cláusula compromissória é a convenção, por meio da qual as partes obrigam-se a submeter as disputas que eventualmente possam surgir em decorrência de determinada relação, à arbitragem. É ultimada antes da instalação do litígio, como previsão contratual relativa à forma de solucionar-se contendas, caso surjam.²⁹

O art. 4º da Lei de Arbitragem brasileira conceitua a cláusula compromissória como sendo “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.³⁰ No seu art. 9º, a mesma norma traz definição de compromisso arbitral, como sendo “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.³¹

²⁸ De acordo com o art. 3º da Lei de Arbitragem brasileira, “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”.

²⁹ Consultar SILVA, Antônio Hélio. “Arbitragem, Mediação e Conciliação”, em *Grandes temas da atualidade*, vol. 7: mediação, arbitragem e conciliação/ Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, pp. 17-37, 2007, p. 23.

³⁰ Norma análoga é encontrada no Código de Processo Civil francês: *Article 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”*.

³¹ No sistema anterior à Lei n. 9.307/96, dois caracteres primordiais podiam ser destacados em relação à arbitragem no plano interno: a diferenciação entre cláusula compromissória e compromisso, e a necessidade de homologação do laudo arbitral

A LAV portuguesa unificou no seu art. 1º, que trata da convenção de arbitragem as duas tipologias. O n. 2 do referido artigo traz a noção dos institutos atrelados ao seu objeto, quando dispõe que, “a convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)”³².

Note-se que em ambos os ordenamentos faz-se uma diferenciação entre as duas figuras, entretanto, não nos mesmos termos. Os dois sistemas jurídicos, de uma forma ou de outra, atrelam a cláusula compromissória ao comportamento de compromisso de submeter futuros litígios, de uma relação contratual ou extracontratual, à arbitragem. O compromisso arbitral diz respeito a um litígio atual, já instalado.

No sistema jurídico lusitano, a existência de uma cláusula compromissória válida, *per se*, se mostra bastante para dar ocasião a futura realização de uma arbitragem, prescindindo a sua revalidação por um compromisso arbitral ou qualquer outro ato.³³

por autoridade judiciária. Assim, a cláusula compromissória existente em contrato, dispondo sobre a submissão de eventuais contendas à arbitragem não constituía garantia de formação do juízo arbitral. O asseguração vinha do compromisso, que obrigava sua realização, reproduzindo a expressão de vontade das partes pela realização da arbitragem, após o surgimento da lide. Neste sentido, cfr. Cfr. DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, cit., pp. 21-22.

³² Neste sentido, se manifestou Acórdão do STJ português:

“I - A clausula compromissória tem uma eficacia identica a do compromisso arbitral, com a diferenca de este versar sobre litigio pendente e aquela sobre litigio futuro. II - O compromisso arbitral, tal como a clausula compromissória, vincula as partes a sujeição da decisão do litigio por árbitros. III - Cabe a ambas partes discutir e fixar, por acordo, o objecto do litígio, no acto de nomeação de árbitros, resolvendo o juiz, na falta desse acordo”. (STJ; Processo n. 074664; Rel. Frederico Baptista; j. 16/12/1986; BMJ, n. 362, ano 1987, p. 509).

³³ “Quando as partes, tendo convencionado uma cláusula compromissória, celebrem após o surgimento do litígio, um outro acordo referente à resolução por arbitragem, a natureza deste acordo e a sua relação com a cláusula compromissória devem ser

No Brasil, faz-se necessária uma maior atenção às nuances sobre esta questão, sendo necessária uma especial atenção à questão da cláusula compromissória “cheia” e cláusula compromissória “em branco” ou “vazia”.

3.2 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA

Não obstante a lei brasileira ter contemplado os dois instrumentos, a doutrina especializada e a jurisprudência passaram a admitir a instauração da arbitragem, no plano interno, com fundamento na cláusula compromissória, sem a necessidade de celebração do compromisso arbitral, com fulcro no art. 5º da LAB³⁴.

Desta forma, na existência de uma cláusula compromissória cheia – aquela que prevê as regras sobre a forma de instituição da arbitragem, remetendo às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada (arbitragem institucional) ou outra forma convencionada para a instituição da arbitragem (arbitragem *ad hoc*) – o estabelecimento da arbitragem dar-se-á com a ida a esses órgãos ou de acordo com o procedimento expressamente pactuado. Não existe, neste caso, a obrigação da parte que desejar dar início ao procedimento arbitral, fazer uso da execução específica, prevista no art. 7º da LAB, para a celebração do compromisso em juízo.³⁵

determinados por interpretação. As partes podem ter pretendido a revogação da cláusula compromissória, substituindo-a por um compromisso arbitral, ou apenas modificá-la e/ou complementá-la”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 171.

³⁴Art. 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”.

³⁵DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, cit., p. 33. Em sentido contrário, se manifesta o jurista português Manuel Pereira Barrocas, quando afirma que segundo a lei do Brasil, “a existência de uma cláusula

Inclusive, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁶ brasileiro já manifestou-se no sentido da desnecessidade de fazer-se uso do mecanismo existente no art. 7º da LAB, a não ser que se trate de cláusula compromissória “em branco”, que nada mais é do que o acordo de vontades em submeter eventuais litígios à arbitragem, sem indicar, entretanto, a forma de instituição da arbitragem.

O art. 6º da LAB³⁷ prevê a possibilidade de uma reunião

compromissória não dispensa a celebração de um compromisso arbitral que, se não for acordado pelas partes, é levado a tribunal judicial para que o juiz estabeleça os termos do compromisso se as partes, perante ele, não acordarem. Em suma, sem compromisso arbitral não há arbitragem. Por nós, acreditamos que esta forma complexa em assegurar execução à cláusula compromissória atrasa a resolução do litígio, retirando à arbitragem uma das suas virtudes: a celeridade”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 171, nota 31. *Data maxima venia*, não deve prosperar o entendimento do jurista português, uma vez que, essa situação apenas se aplica às cláusulas compromissórias “em branco”.

³⁶ Em seu voto vista, o então Ministro do STF, Nelson Jobim apontou por desnecessário o uso do art. 7º para o caso de cláusulas com remissão às regras de órgão ou entidade e para as cláusulas com pacto sobre instituição. Entente por aplicável o mecanismo do art. 7º da Lei n. 9.307/96 apenas para as denominadas “cláusulas em branco”, que é a cláusula que não contenha “acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem. (Art. 6º, primeira parte). Nesse caso, a cláusula não se reporta nem às regras de órgão ou entidade especializada, nem mesmo possui qualquer disciplina quanto à questão. Cláusula dessa natureza chamo de ‘cláusula compromissória em branco’, tudo porque não tem disposição nenhuma quanto à instituição da arbitragem. O que ela contém é tão-somente o pacto de submeter à arbitragem os conflitos que decorrem da relação contratual, seja ela, quanto ao objeto, uma cláusula ‘universal’, ‘parcial’ ou ‘singular’. Para esse tipo ‘em branco’ a lei tem norma específica”. Após citar o art. 6º da LAB, o Ministro continua seu voto a afirmar que “está prevista uma notificação para se ‘dar início à arbitragem’, ou seja, para instituir-se a arbitragem com a assinatura do compromisso arbitral. (...) A lei vai mais longe. Ela disciplina a hipótese do não comparecimento da parte convocada ou de sua negativa expressa. (...) A lei criou uma ação judicial com procedimento especial. Está no art. 7º”. STF. “Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206 – Reino da Espanha”, em *Revista Trimestral de Jurisprudência*. vol. 190, n. 3, Brasília: STJ/CDJU, Editora Brasília Jurídica, pp. 908 – 1027, Outubro/Dezembro de 2004, pp. 949-951.

³⁷ 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

(procedimento extrajudicial) para colmatar as omissões da cláusula “em branco”, cuja falta de comparência da outra parte dá ensejo à execução específica da cláusula.

3.3 AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Uma questão comumente suscitada diz respeito à autonomia da cláusula compromissória: a invalidade do contrato em que a cláusula está inserida acarreta ou não a nulidade da própria cláusula compromissória? Em outras palavras: nulo o contrato, nula a cláusula, ou a convenção de arbitragem continua sendo eficaz e válida mesmo diante da nulidade contratual? Essa resposta parece ser facilmente encontrada tanto na LAV portuguesa, como na LAB brasileira.

No direito brasileiro, o art. 8º da LAB estabelece que, “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”.

No direito português, esse princípio da autonomia encontra abrigo no n. 2 do art. 21º da Lei de Arbitragem Voluntária, onde está disposto que “a nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não acarreta a nulidade desta, salvo quando se mostre que ele não teria sido concluído sem a referida convenção”.³⁸

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”.

³⁸ Tal entendimento já se encontra cristalizado na jurisprudência, como se depreende de excerto de um julgamento do Tribunal da Relação de Lisboa: “A nulidade, substancial ou formal, do contrato não afecta a cláusula compromissória nele inserta, que subsiste, desde que não se mostre que o contrato não seria concluído sem a referida cláusula”. (RL; j. 27/11/2003; CJ, 2003-V, p. 100).

Pode-se dizer que a presença de tais dispositivos nas legislações reguladoras da arbitragem no Brasil e em Portugal traduz o empenho do legislador na conservação negocial, restando clara a eficácia interna da função social do contrato para as partes da avença.³⁹

3.4 NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

No direito brasileiro o incumprimento da cláusula compromissória arbitral leva à possibilidade da execução específica prevista no art. 7º da LAB, como restará demonstrado adiante. Mais melindrosa, e cheia de nuances, se mostra o caso de incumprimento do compromisso arbitral. Mas antes de indicar os possíveis efeitos do não cumprimento do compromisso, na esfera processual e na esfera civil, cumpre-se discorrer brevemente sobre a natureza jurídica do compromisso arbitral.

Conforme indica-se na doutrina hodierna⁴⁰, a ideia do compromisso é fundamentalmente mais ampla do que a de arbitragem, uma vez que é por meio do primeiro, que as partes remetem à segunda, com intuito de resolver seus conflitos de interesses. Em resumo, pode-se dizer que “o compromisso é contrato, a arbitragem é jurisdição; o compromisso é um contrato que gera efeitos processuais”.⁴¹ Portanto, parece ser

³⁹ Neste sentido, assevera Flávio Tartuce que “a função social do contrato é associada à tendência de conservação do contrato ou negócio jurídico, sendo a extinção do contrato o último caminho, a última medida, a última *ratio*”. TARTUCE, Flávio. “Arbitragem: algumas interações entre o direito material e o direito processual – função social do contrato, ética na arbitragem e abuso processual”, cit., p. 12.

⁴⁰ Consultar GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, cit., p. 249.

⁴¹ Conforme afirma TARTUCE, Flávio. “Arbitragem: algumas interações entre o direito material e o direito processual – função social do contrato, ética na arbitragem e abuso processual”, cit., p. 8. O mesmo autor, na página seguinte do mesmo escrito assevera que basta uma leitura atenta da Lei de Arbitragem brasileira,

arrazoada a ideia de conferir ao compromisso arbitral a natureza jurídica de contrato, e à cláusula compromissória, a natureza, *grosso modo*, de cláusula contratual.

3.5 DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Feitas essas considerações basilares e fundamentais sobre a arbitragem e as modalidades em que a convenção de arbitragem pode revestir-se, os pontos seguintes ocupam-se do tema propriamente dito, nomeadamente da análise das consequências jurídicas do incumprimento da convenção, em dois domínios de concretização: os efeitos provenientes da própria legislação especial (LAB e LAV) e os efeitos oriundos dos Diplomas Processuais Cíveis do Brasil e de Portugal, além da menção dos eventuais efeitos dentro da esfera da responsabilidade civil.

3.5.1 EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO BRASIL

Diferentemente do que acontecia na legislação pretérita,⁴² se a parte que for convocada a comparecer para acordar em

para vislumbrar dentro da própria legislação quantas vezes a mesma faz menção aos verbetes “contrato”, “contratar”, o que leva ao entendimento de que a própria LAB procurou dar-lhe uma feição contratual. Pertinente alertar que no presente escrito está em causa o instituto contrato, e não o documento contrato.

⁴² No direito anterior, a doutrina e a jurisprudência dividiam-se em três correntes: a que não conferia eficácia alguma à cláusula compromissória; a que a via como simples obrigação de fazer, prevendo que do seu incumprimento caberia pleito por perdas e danos; e a terceira, que defendia a execução específica da cláusula compromissória. Para uma análise mais detalhada das três correntes doutrinárias e jurisprudenciais, consultar BARBI FILHO, Celso. “Execução Específica da Cláusula Arbitral”, em *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. vol. 97. São Paulo: IBDC/Malheiros pp- 29-38, 1995, p. 32; DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, cit., pp. 22-23.

relação aos termos do compromisso arbitral não cumprir sua obrigação, a outra parte tem a possibilidade de convocá-la judicialmente, mediante procedimento especial.⁴³ No caso de não comparecimento ou na eventualidade de recusa em determinar os termos da arbitragem, o juiz proferirá sentença e, que se procedente, será equivalente ao compromisso arbitral, tendo em consideração os requisitos dele. Nesta situação, o processo arbitral de desenvolverá normalmente, fora do Judiciário.⁴⁴

É o mecanismo de execução específica previsto no art. 7º da LAB: “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”.⁴⁵

⁴³ Sobre a questão, manifestou-se em erudito voto, a Ministra Ellen Gracie, onde afirmou que “ao instituir a execução específica da cláusula compromissória, a Lei n. 9.307/96 afastou o obstáculo que, até então, tornava praticamente inexistente a arbitragem em nosso país. Toda vez que se quisesse furta a uma solução célere da controvérsia – ou mesmo, ao simples reconhecimento de sua responsabilidade pela quebra do contrato – à parte inadimplente bastava recusar-se a firmar o compromisso arbitral. Ao juízo era vedado substituir-se a esta sua manifestação – ainda que a controvérsia, perfeitamente delimitada, decorresse exatamente do desenvolvimento natural do contrato e versasse sobre direitos de natureza disponível. (...) Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furta-se à submissão à via expedita de solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão. É dar ao recalcitrante poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença”. STF. “Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206 – Reino da Espanha”, em *Revista Trimestral de Jurisprudência*, cit., pp. 998-999.

⁴⁴ Neste sentido se manifesta AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. “Arbitragem: Oportunidades, Riscos e Desafios”, cit., p. 4.

⁴⁵ Art. 7º

“§ 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

Existente a cláusula compromissória, sua eficácia é inegável de modo a abonar futuro ataque a qualquer resistência na instauração da arbitragem. De acordo com o disposto na LAB, sua eficácia possui duplo alcance e finalidade: atende ao fim de afastar a jurisdição estatal (eficácia negativa)⁴⁶ e, na ocorrência de oposição ao estabelecimento do processo arbitral, assegura ao credor essa possibilidade legal (eficácia positiva). A única exceção a essa regra ocorre quando a cláusula é inserida em contrato de adesão⁴⁷, de acordo com o art. 4º, § 2º

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.”

⁴⁶ AÇÃO DE COBRANÇA - CLÁUSULA ARBITRAL - AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO JUÍZO ESTADUAL - IMPOSSIBILIDADE - No momento em que as partes convencionam a Arbitragem como forma única de solução dos seus conflitos, porventura decorrentes do próprio contrato, apenas a jurisdição privada é que será competente para decidi-los, inexistindo necessidade de observância dos requisitos do §2º do art. 4º da Lei 9.307/96, quando não se tratar de contrato de adesão e o aderente concorda com a estipulação. (TJMG; AC 1.0702.07.378892-0/001; 12ª C. Cív.; Rel. Des. Domingos Coelho; j. 23/09/2009).

ARBITRAGEM. OBRIGATORIEDADE DA SOLUÇÃO DO LITÍGIO PELA VIA ARBITRAL, QUANDO EXISTENTE CLÁUSULA PREVIAMENTE AJUSTADA ENTRE AS PARTES NESTE SENTIDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, 3º e 7º DA LEI Nº 9.307/96. PRECEDENTES. Provimento neste ponto. Alegada ofensa ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Recurso especial parcialmente provido. (STJ; REsp 791.260; Proc. 2005/0175166-1; RS; 3ª T.; Rel. Des. Conv. Paulo Furtado; DJE 01/07/2010).

⁴⁷ AÇÃO CONSIGNATÓRIA CUMULADA COM REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS DE CONTRATO DE ADESÃO. LEI Nº 9.514/97. ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA

da LAB.⁴⁸

Na situação de resistência à instauração do processo arbitral, a LAB possui mecanismos eficientes para a sua execução.⁴⁹ Mas o que acontece no caso de uma das partes ingressar com uma ação judicial, deixando de levar em conta a existência de uma cláusula compromissória? Qual a resposta do Judiciário a tal demanda?

O Código de Processo Civil brasileiro em seu art. 267, VI, estabelece que extingue-se o processo, sem resolução de mérito, pela convenção de arbitragem.⁵⁰ Note-se, porém, que

COMPROMISSÓRIA. LEI DE ARBITRAGEM. I. Em se tratando de compra e venda de imóvel instrumentalizada por escritura pública, ausentes as características de contrato de adesão, não há que se falar em revisão contratual ou nulidade de cláusulas que foram livremente pactuadas entre as partes. II. A Lei nº 9.514/97, expressamente, admite a cláusula compromissória nos contratos que versem sobre alienação fiduciária de imóvel e, por não se tratar de contrato de adesão, deve prevalecer a convenção de arbitragem. III. A escolha do juízo arbitral é lícita, e uma vez estipulada a convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/96, fica excluída a competência da justiça comum para dirimir as controvérsias oriundas do contrato, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC. Apelos conhecidos, mas prejudicados. Processo extinto sem julgamento de mérito. Sentença cassada. (TJGO; AC 92320-0/188; 1ª C.Cív.; Rel. Des. João Ubaldo Ferreira; DJGO 16/01/2006).

⁴⁸ Neste sentido, consultar MARTINS, Pedro A. Batista. “A Arbitragem no Brasil”, em *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. vol. 11, n. 68, Nov/Dez. São Paulo: Síntese, pp. 21-30, 2010, p. 27.

⁴⁹ Como já referido anteriormente, só será necessária a utilização do mecanismo de execução constante do art. 7º da Lei de Arbitragem brasileira no caso de cláusula compromissória “em branco” ou “vazia”.

⁵⁰CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. RENÚNCIA A JURISDIÇÃO ESTATAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. Havendo as partes convencionado a solução de controvérsia acerca do contrato que pactuaram, conforme previsão do art. 3º e ss. da Lei nº 9.307/96, estabelecendo a convenção de arbitragem, renunciam à jurisdição estatal, de modo que o processo instaurado deve ser extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC. II. Honorários advocatícios. Fixação. Valor da causa. Critério sem paradigma ou previsão legal. Considerando-se que o caso trata-se de embargos à execução, para fixação da verba honorária o juiz não está adstrito ao valor atribuído à causa, haja vista ausência de previsão legal de tal parâmetro. Aplica-se as disposições do art. 20, § 4º, do CPC. Apelo conhecido e parcialmente provido. (TJGO; AC 83147-2/188; Proc. 200402054746; Goiânia; 3ª C.Cív.; Rel. Des. João Waldeck Félix de Sousa; DJGO 22/02/2005).

para que tal fato ocorra, o réu deve alegar em sua defesa⁵¹, preliminarmente, antes de discutir o mérito, a existência de convenção de arbitragem, de acordo com o art. 301, IX⁵², não podendo o juiz reconhecer a existência da convenção de ofício, em virtude do disposto no § 4º⁵³ do mesmo dispositivo.⁵⁴

Neste sentido, o STJ⁵⁵, revendo seu posicionamento

⁵¹ Na lição de Humberto Theodoro Júnior, “a contestação, em nosso sistema processual, não é apenas um meio de defesa de ordem material ou substancial. Cabe ao réu usá-la, também, para as defesas de ordem processual, isto é, para opor ao autor alegações que possam invalidar a relação processual ou revelar imperfeições formais capazes de prejudicar o julgamento do mérito. Essas arguições meramente processuais se revestem de caráter judicial, de maneira que seu exame e solução não de proceder a apreciação do litígio (mérito)”. Continua o processualista brasileiro por dizer que “o juízo arbitral, nos casos em que a lei o permite (Lei. N. 9.307, de 29.09.96), é modo de excluir a aptidão da jurisdição para solucionar o litígio. Se as partes ajustaram o compromisso para julgamento por árbitros, ilegítima será a atitude de propor ação judicial sobre a mesma lide. A defesa processual que opõe à ação a preexistência de compromisso arbitral é peremptória”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 346-347.

⁵² Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

IX - convenção de arbitragem;

⁵³ Art. 301

(...)

§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

⁵⁴ ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL. REQUISITOS DA LEI Nº 9.307/96 NECESSIDADE. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM CONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO. Para a estipulação da cláusula compromissória ou compromisso arbitral devem ser respeitados os requisitos esculpido no art. 4º e seguintes da Lei nº 9.302/96, sob pena de ineficácia do instrumento de vinculação. O Código Processual Civil veda, no art. 301, § 4º, o reconhecimento, de ofício, da convenção de arbitragem pelo juiz para dar ensejo à extinção do feito sem julgamento de mérito, vez que a mesma necessita ser argüida pelo réu por se tratar de matéria de defesa. (TJGO; AC 98927-0/188; 4ª C.Cív.; Rel. Des. Almeida Branco; DJGO 29/08/2006).

⁵⁵ Processual civil. Recurso especial. Cláusula arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923.

- Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a

anterior, passou a enxergar como inafastável a extinção de um processo judicial sem apreciação do mérito se, quando evocada a existência de cláusula compromissória arbitral, já estava em pelo vigor a LAB, ainda que o contrato tenha sido celebrado anteriormente à sua vigência, uma vez que as normas processuais possuem aplicabilidade imediata.⁵⁶⁵⁷

pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito. - Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, as normas processuais têm aplicação imediata. - Pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial. - Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ; 3ª Turma; REsp n. 712.566 - RJ (2004/0180930-0), Rel^a. Min^a. Nancy Adrighi, j. 18/08/2005).

⁵⁶ Cfr. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “A arbitragem nos tribunais estatais (10 anos de jurisprudência), em *Grandes temas da atualidade*, vol. 7: mediação, arbitragem e conciliação/ Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, pp. 185-217, 2007, p. 190.

⁵⁷ Também no sentido da aplicabilidade imediata das normas da LAB, já havia se manifestado o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião:

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO. CONTRATO DE AFRETAMENTO. REQUISITOS PREVISTOS NO REGIMENTO INTERNO DO STF E NA LEI Nº 9.307/96 (LEI DA ARBITRAGEM). Tendo as normas de natureza processual da Lei nº 9.307/96 eficácia imediata, devem ser observados os pressupostos nela previstos para homologação de sentença arbitral estrangeira, independentemente da data de início do respectivo processo perante o juízo arbitral. Pedido que cumpre os requisitos dos arts. 37 a 39 da mencionada lei, bem como os dos arts. 216 e 217 do RI/STF. Homologação deferida. (STF; Tribunal Pleno; Sentença Estrangeira Contestada n. 5.828 – Reino da Noruega; Rel. Min. Ilmar Galvão; j. 06/12/2000).

HOMOLOGAÇÃO DE LAUDO ARBITRAL ESTRANGEIRO. REQUISITOS FORMAIS: COMPROVAÇÃO. CAUÇÃO: DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI Nº 9.307/96. CONTRATO DE ADESÃO: INEXISTÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS. INAPLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Hipótese em que restaram comprovados os requisitos formais para a homologação (RISTF, artigo 217). 2. O Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a caução em homologação de sentença estrangeira

3.5.2 EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DO COMPROMISSO ARBITRAL NO BRASIL

Este ponto nos remete, ao que foi discorrido *supra*, relativamente à situação do descumprimento da cláusula arbitral no direito brasileiro. Na corrente sistematização da LAB, as duas espécies de convenção de arbitragem possuem eficácia análoga relativamente ao processo estatal. A existência de convenção de arbitragem, em qualquer das suas formas, é motivo de extinção do processo sem julgamento do mérito, salvo em caso de distrato ou renúncia à via arbitral.⁵⁸

Diante do que foi exposto, entende-se – dentro de uma percepção pós-moderna⁵⁹ – que a cláusula compromissória é uma cláusula contratual e, desta forma, o compromisso arbitral é um contrato, cujo escopo fundamental – em ambos os caso – é a solução de eventuais contentas por meio de um tribunal arbitral, ou seja, que a arbitragem seja efetivada. Tal dedução mostra-se essencial para o que se pretende neste ponto: a

(SE nº 3.407, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, DJ DE 07.12.84). 3. As disposições processuais da Lei nº 9.307/96 têm incidência imediata nos casos pendentes de julgamento (RE nº 91.839/GO, RAFAEL MAYER, DJ de 15.05.81). 4. Não é contrato de adesão aquele em que as cláusulas são modificáveis por acordo das partes. 5. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu artigo 2º, aplica-se somente a "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Pedido de homologação deferido. (STF. "Sentença Estrangeira Contestada n. 5.847 – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte", em *Revista Trimestral de Jurisprudência*. vol. 172, Brasília: STJ/CDJU, pp. 868 -882, Junho de 2000, pp. 868-869).

⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Parecer – Arbitragem*. Interpretação de cláusula compromissória. Redução do objeto do processo estatal., em *Escritos de Direito Processual – Segunda Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 385-408, 2005, p. 391.

⁵⁹ Abraçando a tese de que o contrato seria "a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, mas também perante terceiros". NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá: 2008, p. 253.

defesa da incidência do princípio da boa-fé objetiva na arbitragem.

Como desdobramento da aplicação da boa-fé objetiva na arbitragem, temos a proibição de comportamento contraditório – *venire contra factum proprium*. A situação fundamental onde o comportamento contraditório pode se verificar é na ocorrência de os contratantes elegerem a arbitragem – seja por meio da cláusula compromissória, seja por meio do compromisso arbitral – e, *a posteriori*, alegam a nulidade da cláusula ou do contrato, o que não seria cabível em virtude da boa-fé objetiva.⁶⁰

3.5.3 EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM EM PORTUGAL

Antes de analisar os efeitos do descumprimento da convenção de arbitragem em território português, cumpre-se reafirmar que o efeito primordial desse acordo é o de vincular as partes, a levar a decisão das contendas oriundas da relação abarcada pela convenção à arbitragem. Trata-se de consequência do princípio *pacta sunt servanda*. Destarte, cada parte, reciprocamente, adquire o direito a que um eventual litígio seja solucionado por arbitragem, e fica sujeita a que o seja.⁶¹

Assim, a parte que desejar instaurar o litígio no tribunal arbitral deverá notificar a parte contrária em relação a tal intuito. De tal notificação deverá constar a convenção de arbitragem e o objeto do litígio, se não estiver já determinado na convenção. Em tal aviso, deverá estar presente também a indicação do(s) árbitro(s), se for o caso, de acordo com a

⁶⁰ Conforme indica SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 50.

⁶¹ Neste sentido, consultar BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 165.

exegese do art. 11º da LAV.⁶²

Ficando o demandado silente em relação à nomeação do árbitro ou do terceiro que deveria indicar um ou mais árbitros, poderá o demandante recorrer ao judiciário, para que o presidente do Tribunal da Relação – do lugar fixado para a arbitragem ou do domicílio do demandante – faça a nomeação e, assim, se constitua o tribunal arbitral, de acordo com o art. 12º, n. 1 da LAV. Diferentemente do que defende-se no direito brasileiro, a doutrina lusitana⁶³ entende que não se trata de execução específica, mas de constituição forçada do tribunal arbitral.

Fixada tal ideia, vem à baila a mesma pergunta que emergiu quando do tratamento da matéria em território brasileiro. O que se passará, na ocorrência de uma das partes intentar ação em tribunal judicial, olvidando-se da existência da convenção de arbitragem? Quais são as consequências processuais de tal atitude?

Analogamente ao que verificou-se no ordenamento brasileiro – não obstante a terminologia seja diversa – parece que os efeitos, dentro do Direito Processual Civil são os mesmos. O réu da ação, cujo objeto esteja submetido à

⁶² Artigo 11.º

(Constituição tribunal)

1 - A parte que pretenda instaurar o litígio no tribunal arbitral deve notificar desse facto a parte contrária.

2 - A notificação é feita por carta registada com aviso de recepção.

3 - A notificação deve indicar a convenção de arbitragem e precisar o objecto do litígio, se ele não resultar já determinado da convenção.

4 - Se às partes couber designar um ou mais árbitros, a notificação conterà a designação do árbitro ou árbitros pela parte que se propõe instaurar a acção, bem como o convite dirigido à outra parte para designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe indicar.

5 - Se o árbitro único dever ser designado por acordo das duas partes, a notificação conterà a indicação do árbitro proposto e o convite à outra parte para que o aceite.

6 - Caso pertença a terceiro a designação de um ou mais árbitros e tal designação não haja ainda sido feita, será o terceiro notificado para a efectuar e a comunicar a ambas as partes.

⁶³ Como afirma BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 226.

convenção de arbitragem – seja cláusula compromissória ou compromisso arbitral⁶⁴ – deverá na sua contestação, indicar a existência da mesma, em sede de exceção. Trata-se de hipótese de exceção dilatória, prevista pelo art. 494º, al. j)⁶⁵ do CPC português⁶⁶, que obstará que o tribunal conheça do mérito da causa e dará lugar à absolvição da instância, de acordo o art. 493º, n. 2 do mesmo diploma.⁶⁷ ⁶⁸ Note-se que semelhantemente ao que ocorre no direito brasileiro, o tribunal não poderá conhecer de ofício a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral voluntário, em virtude do disposto no art. 495º do CPC.

A invocação da convenção de arbitragem pelo

⁶⁴ A exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral (art. 494º, n. 1, al. h), do Cód. Proc. Civil) abarca quer o compromisso arbitral, quer a cláusula compromissória. (RP, Acórdão de 09/05/1995, Col. Jur. Ano 1995, n. 3, p. 208).

⁶⁵ Antiga alínea *h*). Por tal fato, em alguns julgados – mais antigos – citados serão encontradas referências à alínea *h*).

⁶⁶ I - O compromisso arbitral versa sobre litígio presente, ao passo que a cláusula compromissória versa sobre litígio futuro; mas tanto aquele como esta vinculam as partes à sujeição da decisão do litígio a árbitros, que, no primeiro caso, são logo nomeados pelas partes; e, no segundo, terão de o ser por elas quando surgir um litígio abrangido pela cláusula, ou, na falta de escolha, pelas partes, o serão pelo Tribunal. II - Constitui cláusula compromissória e é inteiramente válida aquela em que as partes estipulam que em caso de sinistro, a avaliação dos bens seguros e dos prejuízos será feita entre o segurado – mesmo que o seguro produza efeitos a favor de terceiros ou tenha sido celebrado por conta de outrem – e a seguradora. III – A violação de uma tal cláusula constitui a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral previsto na al. *h*) do n. 1 do art. 494º do CPC. (RL, Processo 0006676, Rel. Pires Salpico, j. 05/04/1990, BMJ, n. 396, ano 1990, p. 423).

⁶⁷ ARTIGO 493.º

(EXCEPÇÕES DILATÓRIAS E PEREMPTÓRIAS - NOÇÃO)

1. As exceções são dilatórias ou peremptórias.
2. As exceções dilatórias obstam a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal.

ARTIGO 494.º

(EXCEPÇÕES DILATÓRIAS)

São dilatórias, entre outras, as exceções seguintes:

(...)

- j) A preterição do tribunal arbitral necessário ou a violação de convenção de arbitragem.

demandado na ação iniciada no judiciário é a materialização do seu direito potestativo. A submissão traduz-se na impossibilidade de as partes na convenção de arbitragem recusarem a mesma, ou seja, a impossibilidade de obstar a organização e o funcionamento do tribunal arbitral. A prerrogativa do presidente do tribunal da relação de nomear árbitros em todos os casos em que se omita a sua nomeação, de acordo com o art.12º, n. 1, da LAV, é uma consagração deste regime. Uma das mais evidentes formas de impedir a execução da convenção de arbitragem é, destarte, solucionada por este meio. Note-se que este efeito da convenção é oriundo da própria, e, ainda que na forma de cláusula compromissória, é desnecessária qualquer declaração ulterior de confirmação.⁶⁹

No caso de ação judicial intentada quando o processo arbitral já está em curso também faz-se necessário que o demandado alegue a exceção de violação da convenção de arbitragem, sob pena de se considerá-la caduca.

4. RESPONSABILIDADE PROCESSUAL POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ ?

O último ponto do presente estudo é, talvez, o mais polêmico e o que seja capaz de suscitar as maiores dúvidas. Está a possibilidade de responsabilização processual por litigância de má-fe presente na arbitragem? A resposta parece ser positiva, seja por meio da interpretação da legislação vigente ou da exegese de excertos doutrinários.

Não se vê na doutrina portuguesa, a possibilidade de pleito por perdas e danos pelo ingresso de ação judicial, em descumprimento à convenção de arbitragem.⁷⁰ Entretanto, a mesma doutrina ventila a possibilidade de responsabilidade por

⁶⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 166.

⁷⁰ Esse é o entendimento de BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 166.

“litigância de má-fé”⁷¹ dentro do processo arbitral⁷² e até mesmo responsabilidade civil das partes por atraso na prolação da sentença.

Assim, entende-se que o incumprimento do dever de boa-fé dentro do processo arbitral, a parte que de forma dolosa ou em virtude de negligência grave atrase, injustificadamente e com puro intento protelador, a pronúncia da sentença arbitral pode, não apenas ser condenada em custas – nos termos que o tribunal arbitral repute apropriados à sua conduta –, mas também poderá ser responsabilizado civilmente pela outra parte, caso reste demonstrada a existência de danos indenizáveis relativos ao fato.⁷³

No caso do direito brasileiro, a resposta parece ser ainda mais clara. O art. 27 da LAB dispõe que “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”.

Sobre o dispositivo em questão, opina a doutrina brasileira no sentido de que o legislador inseriu a presciência por cautela, sendo cabíveis as penalizações por dolo processual independentemente de autorização da convenção arbitral ou

⁷¹ Coloca-se entre aspas, por tal comportamento – dentro da arbitragem – não estar expressamente tipificado na LAV ou no Diploma Processual Civil.

⁷² Neste sentido, assevera o especialista em Arbitragem Manuel Barrocas que, “não é coerente e é, em suma, contra as regras da boa fé que as partes tenham acordado submeter o seu litígio ou litígios a arbitragem e, uma vez tal facto tenha ocorrido, adoptem uma atitude tendente a impedir ou a dificultar a constituição do tribunal arbitral ou pratiquem atos hostis à arbitragem e ao desenvolvimento normal da acção arbitral. Igualmente, não é admissível que, sabendo as partes como funciona a arbitragem, com as suas vantagens e desvantagens relativamente aos tribunais judiciais, minimizem ou impeçam a a verificação daquelas e fomentem estas últimas, nomeadamente não cumprindo decisões ou meras solicitações do tribunal arbitral no sentido de colaborar com uma correcta produção da prova ou o estabelecimento adequado da verdade dos factos”. BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 227.

⁷³ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit., p. 227.

pedido da parte. A norma incidirá existindo comportamento indesejável no curso do processo ou, ainda, abuso do direito de demandar.⁷⁴

Para ilustrar a situação – se fazendo uma interação entre o processo judicial e o processo arbitral – pode-se dizer que haverá litigância de má-fé quando uma das partes mantém pedido ou apresenta recurso em uma ação interposta em tribunal judicial quando já tenha sido iniciado o procedimento arbitral, com provável intuito de obter uma vantagem descabida.⁷⁵ Também estará configurada a presença da litigância de má-fé quando uma parte, num primeiro momento, se recusa a cumprir o estipulado em cláusula compromissória e, *a posteriori*, já em instância judicial, invoca a existência de tal cláusula para tentar afastar a jurisdição estatal, em patente comportamento contraditório.⁷⁶ São

⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., p. 299.

⁷⁵ Neste sentido, julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA - FALTA DE INTERESSE SUPERVENIENTE - OCORRÊNCIA - ARBITRAGEM POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DO FEITO - PRESENÇA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA - EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - INCISO VII DO ARTIGO 267 DO CPC. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - OCORRÊNCIA. Deve ser negado provimento ao recurso contra a sentença que extinguiu o feito judicial por ausência de interesse processual por terem as partes instituído o procedimento arbitral. Deve ser reduzida a pena de litigância de má-fé quando o montante foi arbitrado acima do legalmente previsto. Majoram-se os honorários advocatícios quando a fixação ocorreu em valor irrisório para a causa em discussão. (TJMG; 11ª C. Cível; AC 1.0283.05.001235-2/002(1); Rel. Des. Afrânio Vilela, j. 17/12/2008).

⁷⁶ PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA E ENCARGOS DA LOCAÇÃO. COMPROMISSO ARBITRAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO REDUZIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 18 DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A convenção de arbitragem é pressuposto processual de ordem negativa e que acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito, caso a parte invoque a justiça comum para dirimir controvérsia existente entre os contratantes. A discordância da parte, sem justo motivo, na escolha do árbitro, no juízo arbitral, habilita o Poder Judiciário dirimir a controvérsia, mormente quando ela alega a nulidade da cláusula compromissória e não indica o

comportamentos expressamente repudiados pelo Diploma Processual Civil brasileiro. No primeiro caso, pare clara a incidência dos comportamentos previstos nos incisos III, VI e VII do art. 17 do CPC. O segundo caso parece estar albergada pelo inc. I do mesmo dispositivo.⁷⁷

Além da responsabilidade processual, em havendo quebra da boa fé objetiva, tem-se entendido que basta a prova da quebra da confiança para que o lesionado faça jus à indenização. Em outras palavras: a perquirição da culpa é dispensável, não existindo tal ônus da prova para aquele que suportou as consequências do abuso. Nas relações existentes entre os sujeitos envolvidos na arbitragem – partes e árbitros – o abuso de direito deve ser vedado, sob pena de responsabilização objetiva dos mesmos, principalmente nas hipóteses em que houver infração à eticidade e à boa-fé objetiva.⁷⁸

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

árbitro para solucionar a questão. É litigante de má-fé a parte que recusa a cumprir cláusula de compromisso arbitral e depois, em juízo, a invoca para afastar a atuação do Estado-juiz. A condenação, portanto, deve observar o disposto no art. 18, caput, do Código de Processo Civil. Efetuar o pagamento do aluguel e encargos da locação é obrigação elementar e principal do locatário. Caracterizada a lesão pelo inadimplemento da obrigação assumida pelo inquilino, impõe-se a sanção tanto pela rescisão do contrato de locação quanto pela condenação no pagamento do aluguel em atraso. Apelação conhecida e parcialmente provida. (TJMG; Processo 1.0024.05.796559-2/001(1); 17ª C. Cível; Rel^a. Des^a. Márcia de Paoli Balbino; j. 03/08/2006).

⁷⁷ Art. 17. “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

⁷⁸ Neste sentido, se manifesta TARTUCE, Flávio. “Arbitragem: algumas interações entre o direito material e o direito processual – função social do contrato, ética na arbitragem e abuso processual”, cit., p. 26.

Diante de tudo o que foi exposto no presente estudo, é imperioso ressaltar algumas questões e cumpre-se retirar algumas conclusões:

1. Para que o mecanismo da arbitragem funcione eficazmente, se faz necessário o chamado “diálogo das fontes”, uma interação entre o Direito Material e o Direito Processual, já que em nem todos os casos a legislação especial será capaz de oferecer a solução sozinha.

2. Dito isto, pode-se afirmar que a regulação da arbitragem, no Brasil pela Lei n. 9.307/96 e em Portugal pela Lei n. 31/86, se mostra genuinamente eficaz, mormente, em virtude da existência de diversos mecanismos para instauração do procedimento arbitral e conservação negocial, que traduz-se na materialização da função social do contrato e autonomia da vontade das partes – já que foi o elemento volitivo das mesmas, e apenas ele, que deu origem ao intuito de submeter os eventuais litígios oriundos de suas relações à arbitragem.

3. Fala-se em função social do contrato, porque, do conceito hodierno de instituto, depreende-se que a convenção de arbitragem, nomeadamente na forma de compromisso arbitral constitui um verdadeiro contrato, que deve ser regido, dentre outros, pelo princípio da boa-fé.

4. Seja por via da execução específica da cláusula compromissória, possibilidade existente no ordenamento brasileiro, seja por meio da constituição forçada do tribunal arbitral, situação possível dentro do ordenamento português, a verdade é que, diante de uma convenção de arbitragem, válida e eficaz, dificilmente as partes conseguirão, *a posteriori*, impedir que eventuais litígios sejam submetidos à arbitragem, exceto em caso de renúncia ao procedimento arbitral.

5. A existência de convenção de arbitragem válida, no caso de tentativa de interpor ação judicial, em descumprimento daquela, levará aos mesmos efeitos no Brasil e em Portugal: extinção do processo, sem apreciação do mérito.

6. É patente que a litigância de má-fé dentro do procedimento arbitral poderá restar configurada e ser punida, dentro dos dois sistemas legais. No caso brasileiro, a legislação expressamente trata da possibilidade. No caso português, a doutrina especializada leva ao mesmo entendimento. A jurisprudência brasileira vai ainda mais longe, reconhecendo a possibilidade de responsabilizar por litigância de má fé, aquela parte que se recusa a cumprir cláusula de compromisso arbitral e, posteriormente, em juízo, a invoca em claro procedimento contraditório. Trata-se de claro embaraço aos comportamentos de *venire contra factum proprium*.

7. Tendo o compromisso arbitral como um contrato, pode-se, inclusive, falar-se em responsabilidade civil por incumprimento de obrigação contratual, e todas as consequências daí decorrentes, desde que presentes os elementos configuradores da responsabilidade civil: fato, ilicitude, culpa ou dolo do lesante, dano e, por óbvio, o nexo de causalidade. Mas a possibilidade de responsabilização civil não para por aí: restando provado o abuso do processo, estar-se-á diante de caso de responsabilidade objetiva, caso em que o abusador processual poderá ser responsabilizado, sem fazer-se necessária a análise da culpabilidade da sua conduta.



REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. “Arbitragem: Oportunidades, Riscos e Desafios”, em *Grandes temas da atualidade*, vol. 7: mediação, arbitragem e conciliação/ Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, pp. 1-16, 2007.

- BARBI FILHO, Celso. “Execução Específica da Cláusula Arbitral”, em *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 97. São Paulo: IBDCC/Malheiros pp- 29-38, 1995.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.
- BASSO, Maristela. “Procedimento Arbitral Atual: Necessidade de um Diálogo de Reforma?”, em *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares/ Selma Ferreira Lemes; Carlos Alberto Carmona; Pedro Batista Martins (coords.)*. São Paulo: Atlas, pp. 1-17, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do Direito Material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CAIAVANO, Roque J. *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. “Das Relações Entre a Arbitragem e o Poder Judiciário”, em *Escritos de Direito Processual – Segunda Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 121-131, 2005.
- _____. *Parecer – Arbitragem. Interpretação de cláusula compromissória. Redução do objeto do processo estatal.*, em *Escritos de Direito Processual – Segunda Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 385-408, 2005.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CHAVES, Marianna. “Venda de Navios: Panorama Luso-Brasileiro e Internacional”, em *Revista Magister de*

- Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. v. 31, Fev/Mar. Porto Alegre: Magister, p. 51-80, 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’ azione nascente dal contratto preliminare”, em *Saggi di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, vol. 1, 1930.
- COSTA, Guilherme Soncini da. “Arbitragem”, em *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. vol. 11, n. 68, Nov/Dez. São Paulo: Síntese, pp. 7- 20, 2010.
- DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FREITAS, Gabriela Oliveira. “Execução da Sentença Arbitral”, em *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. vol. 11, n. 68, Nov/Dez. São Paulo: Síntese, pp. 57-64, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. II: obrigações. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “A arbitragem nos tribunais estatais (10 anos de jurisprudência)”, em *Grandes temas da atualidade*, vol. 7: mediação, arbitragem e conciliação/ Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, pp. 185-217, 2007.
- MARTINS, Pedro A. Batista. “A Arbitragem no Brasil”, em *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. vol. 11, n. 68, Nov/Dez. São Paulo: Síntese, pp. 21-30, 2010.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá: 2008.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum*

- proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SILVA, Antônio Hélio. “Arbitragem, Mediação e Conciliação”, em *Grandes temas da atualidade*, vol. 7: mediação, arbitragem e conciliação/ Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, pp. 17-37, 2007.
- STF. “Sentença Estrangeira Contestada n. 5.847 – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte”, em *Revista Trimestral de Jurisprudência*. vol. 172, Brasília: STJ/CDJU, pp. 868 -882, Junho de 2000.
- STF. “Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206 – Reino da Espanha”, em *Revista Trimestral de Jurisprudência*. vol. 190, n. 3, Brasília: STJ/CDJU, Editora Brasília Jurídica, pp. 908 – 1027, Outubro/Dezembro de 2004.
- TARTUCE, Flávio. “Arbitragem: algumas interações entre o direito material e o direito processual – função social do contrato, ética na arbitragem e abuso processual”, em *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 34, Jan/Fev. Porto Alegre: Magister, pp. 5-29, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. “Arbitragem: Garantias Constitucionais do Processo e Eficácia da Sentença Arbitral”, em *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 26, Set/Out. Porto Alegre: Magister, pp. 43-46, 2008.
- WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil – curso completo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.