

Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro¹

Selma Ferreira Lemes

I. Introdução

Cada vez mais se verifica a necessidade de moldar as formas extrajudiciais de solução de controvérsias às especificidades de contratos complexos ou aqueles em que as matérias substantivas estão reguladas em legislações específicas, bem como em práticas verificadas em determinados setores, tais como, contratos de engenharia², de concessão de serviços e obras públicas, parcerias público-privadas, acordo de acionistas etc.

Estes contratos elegem formas diversas de solução de conflitos, combinando mediação³, *dispute boards*,⁴ arbitragem (Lei n. 9.307/96)⁵ e foro. A complexidade da matéria objeto do contrato, as práticas verificadas na área, a previsão de legislação específica a regular a matéria e a minimização de custos são as razões preponderantes para incentivar os usos dos métodos alternativos e a combinação destes com a eleição de foro. São, enfim, contratos que adaptam o sistema de solução de controvérsias

¹ Artigo publicado na Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo- AASP, Edição Especial sobre Arbitragem, n.119, abril, 2013 p. 153/158.

² Cf MARCONDES, Fernando, "Peculiaridades a Serem Consideradas pelo Árbitro na Análise e Interpretação dos Contratos de Construção", IN: *Arbitragem.Temas Contemporâneos*, LEMES, Selma Ferreira, BALBINO, Inez (coords.), São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119/153.

³ Classifica-se também a eleição de mediação e arbitragem como cláusula escalonada, quando as partes estabelecem os dois procedimentos como obrigatórios (e, portanto, não opcionais). Quanto às particularidades das cláusulas escalonadas, conferir nosso artigo "Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem", IN: *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*, Cláudio Finkelstein, Jonathan B. Vita e Napoleão Casado Filho (coords.), São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.170.

⁴ Cf WALD, Arnoldo, "A Arbitragem Contratual e os *Dispute Boards*," *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, jul./set., 2005, p. 9/24.

⁵ "Art.1º As partes capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...) 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."

aos interesses das partes e às disposições legais específicas. Assim, podem dispor de um sistema de solução de controvérsias redigido *sob medida (tailor-made)* para o tipo de negócio firmado.

No caso especial da arbitragem⁶ há um componente a ser acrescentado: o seu enfoque no âmbito da Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*), pois a cláusula compromissória inserida nos contratos não se classifica apenas como uma cláusula jurídica (de solução de conflitos), mas alça vôos na área econômica, pois repercute na economia do contrato, nos custos a ele inerentes. Os conceitos de “custos de transação” e de “custos de oportunidade” outorgam à arbitragem eminente papel e conteúdo econômico. Assim é que a cláusula compromissória inserida num contrato integra o seu equilíbrio financeiro e vincula-se à base do negócio. Há indubitável economia nos custos de transação, pois o fator tempo passa a ser mensurável (tramitação do procedimento arbitral e sentença arbitral).⁷

Por todas essas razões a indicação da arbitragem e a eleição de foro num mesmo contrato podem ser válidas e eficazes. A seguir analisaremos as particularidades e os problemas que podem surgir quando há indefinições ou conflitos entre estas disposições (arbitragem e eleição de foro).

II. Cláusula Combinada ou Francionada

Cláusulas de eleição de foro e arbitragem, inseridas num mesmo contrato são denominadas genericamente pela doutrina de cláusulas combinadas.⁸ Esses tipos de cláusulas podem conviver de forma harmoniosa ou podem

⁶ Esclarecemos que os demais métodos de solução extrajudiciais de controvérsias também podem ser analisados sob a óptica econômica; todavia, a distinção aqui efetua justifica-se pelas características da arbitragem (heterocompositiva e de efeito vinculante).

⁷ Cf nosso, “A arbitragem como forma de solução de conflitos contratuais e a sua dimensão econômica”, IN: *Direito e Economia, 30 anos de Brasil - Agenda Contemporânea*, PÁDUA LIMA, Maria Lúcia (coord.), Série GVLAW, São Paulo: Saraiva, 2012, tomo 3, p. 372/413. No mesmo sentido NEVES, Flávia Bittar e SOARES, Pedro S. Campos, “Arbitragem e Custos de Transação dos Contratos Complexos”, *Revista de Arbitragem GEArb*, Edição Especial, CARVALHO, Lucila de Oliveira (coord.), Belo Horizonte, n. 02, jul./dez. 2012, p. 19/31.

⁸ Cf FOUCHARD Philippe, GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold, *Traité de l' Arbitrage Commercial International*, Paris, Litec, 1996, p. 288.

ocasionar problemas por ocasião em que os dissensos decorrentes do contrato surgirem. Se houver delimitações e especificações quanto às atribuições de cada instância (arbitral e judicial), não será considerada como uma cláusula que demande maiores interpretações, posto que perfeitamente exteriorizada a intenção das partes e o âmbito de abrangência de cada competência.

Entendemos também ser possível classificar a previsão de eleição da arbitragem e foro judicial num contrato como *cláusula fracionada*,⁹ valendo-se de conceito emprestado do Direito Internacional Privado, especialmente no âmbito dos contratos internacionais, denominado de "*dépeçage*",¹⁰ "*morcellement*" ou "*fracionamento*" no que concerne à escolha da lei aplicável ao contrato e o princípio da autonomia da vontade.¹¹ Nestes casos, as partes podem fracionar o contrato e eleger leis diferentes (ou princípios gerais de direito) para reger matérias identificadas e determináveis no contrato submetido à arbitragem.¹² O conceito de contrato fracionado quanto à lei aplicável pode ser deslocado para a solução de conflitos e, por analogia, servir para conceituar a cláusula que *combina*, a cláusula que

⁹ Esta classificação de cláusula fracionada venho utilizando de há muito em aulas e palestras. Cf. "A Redação da Cláusula Compromissória", Seminário *Arbitragem na Distribuição de Combustíveis, Petróleo e Gás*, Agência Nacional de Petróleo – ANP, Rio de Janeiro, 13.07.2005 (inédito).

¹⁰ " Gérard Cornu define *dépeçage, despedaçamento*, como "*termo metafórico empregado na doutrina para designar a tendência em se submeter a leis diversas os elementos de uma situação ou de uma instituição, em vez de aplicar somente uma lei. Exemplo: no âmbito dos contratos é o método de submeter a leis distintas atos que as partes estejam de acordo quanto à execução de suas obrigações.*" (tradução livre) (CORNU, Gérard, *Vocabulaire Juridique*, Paris: Presses Universitaires de France, 6ª ed., p.264, 1996).

¹¹ O conceito de *dépeçage, despedaçamento*, do contrato quanto à lei aplicável possui especificidades analisadas no direito comparado. Salienta José Carlos de MAGALHÃES: "O *despedaçamento do contrato, ou na nomenclatura francesa, o morcellement ou dépeçage, implica em admitir a incidência de mais de uma lei a um único contrato. Em outras palavras, em vez de uma única lei regular a relação jurídica como um todo, partes dela podem ser submetidas a outros direitos.*" (MAGALHÃES, José Carlos de, *Direito Econômico Internacional. Tendências e Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 280). Cf igualmente NAZO, Georgette N., *Tipificação dos Contratos Internacionais*, RT n. 564, p. 26/37, outubro 1982 e ARAUJO, Nadia de, *Direito internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 4ª ed., 2008. p. 377-379)

¹² Cf FOUCHARD Philippe, GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold, *Traité de l' Arbitrage Commercial International*, Paris, Litec, 1996, p. 805. Estes autores citam o precedente representado na arbitragem em que foram partes a empresa *Arabian American Oil Company – Aramco* e a Arábia Saudita referente a um contrato de concessão de petróleo por 60 anos. A sentença arbitral fracionou o contrato para submeter certas disposições a leis diversas. Vale recordar que este importante precedente na área da arbitragem internacional foi analisado pelo saudoso professor Guido F. Silva Soares. Cf SOARES, Guido F. Silva, *Concessões de Exploração de Petróleo e Arbitragens Internacionais*, São Paulo: José Bushatsky, 1977 163 p.

fraciona, a forma de solucionar controvérsias. Determinadas questões identificadas serão resolvidas por arbitragem; outras, também delimitadas, serão direcionadas ao foro judicial. É exatamente o que ocorre, por exemplo, com os contratos firmados no âmbito da Administração Pública¹³ em que as partes *fracionam* o contrato e esclarecem o que será submetido à arbitragem e o que é competência do Judiciário, inclusive por definir certas questões de direito indisponível (ex. contrato da Linha 4 do Metrô de São Paulo, cláusula 34.6).

A convivência harmônica entre cláusula compromissória e cláusula de eleição de foro é analisada por Carlos Alberto Carmona, ressaltando terem as partes contratantes poderes para limitar as questões (eventuais ou futuras) que serão submetidas a arbitragem e as que direcionarão ao foro e acrescenta *“enganam-se, portanto, aqueles que vêem alguma patologia por conta da inserção, num mesmo contrato, das duas cláusulas: a convivência de ambas é pacífica, não havendo necessidade de conceber artifícios interpretativos, muito menos de investigar eventuais intenções das partes para excluir uma ou outra avença.”*¹⁴

Conforme mencionado, problemas podem surgir se estas cláusulas atributivas de competência forem contraditórias, a ponto de negar uma ou outra opção, ou as que se referem ao Judiciário como “órgão revisor da sentença arbitral” (como se fosse o caso de uma “apelação”), elegem a arbitragem e o foro indistintamente; enfim, estes tipos de cláusulas poderão, dependendo da avaliação dos julgadores, ser consideradas inoperantes ou válidas.¹⁵

¹³ Cf nosso *Arbitragem na Administração Pública, Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, 319 p.

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto, “Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro”, IN: *Arbitragem, Estudos em Homenagem ao Prof. Guido da Silva Soares, In Memoriam*, LEMES, Selma F., CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coords.), São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

¹⁵ No processo exegético a que será submetida a cláusula arbitral patológica ou vazia, competirá ao interprete empreender análise a fim de identificar a real intenção das partes ao redigirem a dita cláusula, considerando três princípios: (i) da boa-fé; (ii) do efeito útil; e (iii) da pró-validade o do denominado *favor arbitral*. Cf nossos artigos “Cláusulas Arbitrais Ambíguas e Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes”, IN: MARTINS, Pedro B. e GARCEZ, José M. Rossani (coords.), *Reflexões sobre Arbitragem, In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, São Paulo, LTr, 2002, p. 188/208; “A interpretação da cláusula compromissória à luz do princípio do efeito útil”, *Revista Justillex*, ano IV, nº 50,

Interessante precedente foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em que as partes redigiram duas cláusulas para solucionar os dissensos oriundos de um contrato de permuta de um imóvel por colheita de soja (10.000 sacas). Havia uma cláusula de arbitragem administrada e uma cláusula de eleição de foro, bem como uma proposição incluída na cláusula de arbitragem: *"se a parte não se conformar com a decisão arbitral, ela terá o direito de recorrer ao Poder Judiciário, ficando esclarecido que, a princípio, esta alternativa só será intentada para os casos de grande complexidade jurídica. E, neste caso, as partes elegem desde já, como competente, o foro regional do município de Pinhais, PR, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja e independentemente do seu domicílio."* A Desembargadora Relatora Denise Kruger Pereira empreendeu abalizada interpretação das cláusulas contratuais, valendo-se da interpretação sistemática e segundo o efeito útil da cláusula compromissória, como a seguir será aferido.

Entendeu que a proposição referente "ao direito de recorrer" deveria ser entendida como as possibilidades aventadas na Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), no sentido de propor a ação de anulação ou execução da sentença arbitral, assim como a cláusula de foro na Comarca de Pinhais, mas a forma eleita para solucionar os conflitos era a arbitragem. Acrescentou que *"referida interpretação é a que se amolda com a mais perfeição à hipótese sob pena de admitir a formulação de 'contrato particular de permuta de bem imóvel por produto agrícola' absolutamente contraditório e ineficaz"*. Ao assim decidir a magistrada apoiou-se na interpretação segundo o efeito útil da cláusula compromissória. O Agravo de Instrumento foi provido com fundamento no art. 267, VII do CPC e as partes remetidas à arbitragem.¹⁶

2006, p. 59, também disponível em www.mundojuridico.adv.br; e "Quando as cláusulas compromissórias demandam interpretação", *Revista Direito ao Ponto*, "Arbitragem e Mediação", Edição Especial II, CIESP-FIESP, Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo, ano 4, 2011, nº07, p.14.

¹⁶ TJPR, AI n. 892851-8, j. 14.08.2012, *Revista Brasileira de Arbitragem* nº 35, jul./Set., 2012, p, 147/154.

Os problemas mais comuns destes tipos de cláusulas combinadas ou fracionadas são quando as partes indistintamente dispõem de cláusula compromissória e também de cláusula de eleição de foro e não efetuam as distinções de competências. A doutrina e jurisprudência interpretam essa cláusula no sentido de delimitar e definir as respectivas zonas de abrangência. A previsão da eleição de foro é indicada para as medidas de apoio, tais como, instituir a arbitragem, medidas de urgência pré-arbitral, execução da sentença arbitral etc. (art. 7º, 16, § 2º, 22, § 4º, 31 da Lei n. 9.037) e de revisão, a ação de anulação da sentença arbitral (art. 33 da Lei n. 9.307). À arbitragem serão direcionados todos os conflitos surgidos quanto à interpretação do contrato e sua execução.

Eros Grau também não vê qualquer incompatibilidade entre a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória, já que consubstancia regra elementar de interpretação dos contratos a de que o entendimento de uma cláusula não pode ser aquele que conduza à sua inutilidade. *"(...) Tenho como evidente, no caso, a circunstância de a cláusula de eleição de foro dirigir-se a situações que não possam sujeitar-se à arbitragem. De outro lado, a cláusula de foro fixa a competência para i) execução do julgado arbitral, ii) ação de nulidade da arbitragem ou iii) formulação dos pedidos a que se refere o art. 22, §§ 2º e 4º, da Lei nº 9.307, de 1996. Por logo se vê, destarte, que, longe de consubstanciar incompatibilidade, essas cláusulas se complementam e têm por objetivo conferir o maior grau de efetividade possível ao sistema de resolução de conflitos que surgirem a respeito do contrato celebrado."*¹⁷

A matéria foi referendada pela Terceira Turma do STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi: *"A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão*

¹⁷ GRAU, Eros Roberto, "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", Pareceres, *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 18, 2002, p. 404.

de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.”¹⁸

Conforme mencionado acima, há contratos regidos por legislações especiais, como é o caso dos Acordos de Acionistas, em que Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404/76 com as alterações posteriores, prevê no art. 118, § 3º a possibilidade de as partes promoverem a execução específica das obrigações assumidas.¹⁹ É freqüente as partes disporem também de cláusula compromissória em Acordos de Acionistas para solucionar todos os conflitos dele oriundos, de forma genérica e ampla. Poder-se-ia pensar que se estaria diante de cláusulas conflitantes, mas tal não ocorre, pois há uma linha divisória entre as competências de cada um (arbitragem e execução específica). Isso porque a matéria suscetível de ser submetida a arbitragem envolve discussão de mérito, juízo de conhecimento e de forma ampla no contrato. Por outro lado, as questões que comportam execução específica referem-se às matérias incontroversas, geralmente uma dívida de valor.

A compatibilidade da arbitragem e processo de execução específica foi objeto de análise do STJ, REsp. 944.917, em 18.09.2008, Rel. Ministra Nancy Andrighi: *"Deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral.*

¹⁸ REsp. n. 904.813 –PR, j. 20.10.2011, v. u. No mesmo sentido acórdão do TJSP, ao decidir sobre contrato com cláusula arbitral aberta e eleição de foro, arguiu: *"Restaria, portanto, verificar o alcance da cláusula de eleição de foro judicial paralela do contrato. Não se desconhece que, estando a cláusula compromissória sustentada no princípio da autonomia das vontades, a obrigatoriedade e vinculação ao juízo arbitral deve decorrer de manifestação expressa e inequívoca das partes no sentido da renúncia a jurisdição estatal. No caso, porém, a utilização da expressão "serão" dirimidas (e não, "poderão" ser dirimidas), aliada a ressalva feita no final da cláusula de eleição de foro estatal, leva-nos a conclusão de que este último tem caráter subsidiário, reservando-se as hipóteses de questões que desbordem da competência do juízo arbitral (como a execução coativa de decisão arbitral, a título de exemplo) ou se destinem a rever decisões daquele juízo passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário".* (TJSP – Apelação 990.10.090526-0 - Apte.: Back Serviços Especializados Ltda. e APDO.: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A).

¹⁹ *"Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. (...) §3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas."*

Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo. Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens.” (grifo acrescentado)

A previsão da arbitragem e cláusula de foro (execução específica) em Acordo de Acionistas representa um sistema de solução de controvérsias *sob medida (tailor-made)*, em atenção às suas características essenciais (Lei das Sociedades Anônimas). O contrato delimita o campo específico para cada uma das cláusulas: arbitragem para as questões que envolvam discussão de mérito (processo de conhecimento). Para as obrigações contratuais às quais não haja discussão quanto ao mérito (matérias incontroversas), há a previsão de propor demanda judicial para execução específica.

III- Conclusão

Conclui-se, portanto, ser perfeitamente possível conciliar cláusulas compromissórias com cláusulas de eleição de foro, denominadas de cláusulas combinadas ou cláusulas fracionadas. Recomenda-se que a redação dessas cláusulas seja clara e harmônica para evitar que se instaure um contencioso parasita quando surgido o conflito.

Pode-se também afirmar que as cláusulas combinadas ou cláusulas fracionadas se coadunam perfeitamente com os sistemas de solução de controvérsias denominados *sob medida (tailor-made)*, em que se concilia o interesse das partes em eleger a arbitragem com as leis especiais a que se submetem e que prevêm a eleição de foro para determinadas matérias.

Mestre e Doutora pela Universidade de São Paulo
Membro Brasileiro Titular da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara
de Comércio Internacional – CCI
Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem
Advogada em São Paulo