

**A Cláusula Compromissória e a Boa-Fé. Uma jurisprudência Pedagógica
Comentários à Sentença proferida pelo Juiz Alexandre Alves Lazzarini
da 16º Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo.**

**Ação Declaratória .
Processo n. 000.01.004878-2**

Passa a fazer parte do repertório jurisprudencial arbitral brasileiro a elucidativa sentença proferida pelo ilustre juiz Alexandre Alves Lazzarini, da 16º Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, nos autos da ação declaratória movida por Celso Varga contra TRW Automotive South América S/A e Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Importantes questões foram aduzidas na referida sentença, além, evidentemente, de referendar a constitucionalidade dos preceitos da Lei nº. 9.307/96. Abordaremos, pontualmente, três assuntos: (I) a arbitragem institucional, (II) a impropriedade em indicar a instituição arbitral como ré na demanda, (III) a cláusula compromissória e a boa-fé.

(I) A arbitragem institucional - A Lei nº 9.306 de 1996 foi pródiga em prestigiar e enaltecer a operacionalização da arbitragem institucional (arts. 5º, 13 § 3º e 21 *caput*). A instituição arbitral tem por objetivo velar pelo correto, competente, efetivo e eficaz processo arbitral e seu desiderato: a sentença arbitral.¹ Neste sentido, diante de convenção de arbitragem em contrato, ou em apartado, que lhe outorgue clara competência para administrar o processo arbitral, cuja finalidade será solucionar controvérsia decorrente daquele contrato, compete à instituição arbitral diligenciar nesse sentido. Para tanto, seu Regulamento deve conter regras que supram omissões que decorram tanto das partes, no que tange à instituição da arbitragem, em especial, quanto ao seu direito e dever de indicar árbitro ou de firmar o Termo de Arbitragem, bem como para aclarar ou interpretar o Regulamento, quando for o caso.

Destarte, a instituição arbitral em questão, O Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CCBC (pioneiro em São Paulo, tendo iniciado suas atividades em 1978), ao estabelecer no Regulamento que a falta de indicação de árbitro pela parte será suprida por indicação do presidente do

¹ Neste sentido dispõe o artigo 35 do Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI e que preceitua o princípio da efetividade da sentença arbitral: “Em todos os casos não previstos expressamente no Regulamento, a Corte e o Tribunal Arbitral procederão segundo o espírito de suas disposições e esforçando-se sempre para que a Sentença seja suscetível de execução legal.”

Centro, bem como que a ausência de assinatura da parte no Termo de Arbitragem não obstará o regular processamento da arbitragem, estão completamente corretas e abonadas pelo preceito legal que concede efeito vinculante à cláusula compromissória.² Neste sentido, a sentença em comento pontificou e reiterou que, diante de cláusula compromissória cheia, não há que se aplicar o disposto no art. 7ª da Lei nº 9.307,³ que disciplina sobre a ação de constituição da arbitragem, conceito amplamente referendado pelos diversos precedentes judiciais, em especial o que defluiu do STF na SEC nº 5.206-7, que, além de pacificar a questão da constitucionalidade da arbitragem, estabeleceu a distinção entre cláusula arbitral cheia e vazia, consoante asseverado no brilhante voto do Ministro Relator Nelson Jobim.⁴

À guisa de ilustração, salientamos que no Curso de Arbitragem ministrado no GVLAW da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo e Rio de Janeiro utilizamos, por didática, a indicação de algumas formas de arbitragem, com peculiaridades, às vezes iniciais, que defluem na rama comum das arbitragens *ad hoc* ou institucional: (1) a arbitragem institucional, como acima mencionado; (2) a arbitragem *ad hoc*, na qual as partes estabelecem todo o itinerário procedimental sem utilizar os serviços de uma instituição arbitral; (3) a arbitragem internacional, verificada quando uma parte brasileira se submete à arbitragem cuja sentença arbitral será proferida no exterior (art. 34, § único),⁵ perfilhando as regras de instituições internacionais, tais como a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, a *American Arbitration Association* – AAA, etc.;⁶ (4) arbitragem diferida

² Cf nosso artigo elaborado conjuntamente com Carlos Alberto CARMONA *Considerações sobre os Novos Mecanismos Instituídos do Juízo Arbitral*, Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES & Carlos Alberto CARMONA, Rio de Janeiro, Forense, p. 35/ 51, 1999.

³ Cf nosso artigo *Cláusulas Arbitrais Ambíguas e Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*, in Reflexões sobre Arbitragem, Pedro B. MARTINS & José M. Rossani GARCEZ (orgs.), São Paulo, LTr, p. 188/208, 2002.

⁴ Cf. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n.11:361/74, jan./mar., 2001.

⁵ Note-se que, o ordenamento jurídico brasileiro não adota a classificação dualista de arbitragem (doméstica e internacional). Para nós, arbitragens transcorridas no Brasil, em que a sentença arbitral proferida fora em território nacional é brasileira, mesmo que a matéria refira-se a contrato internacional, com partes nacionais e estrangeiras, com árbitros brasileiros ou não. Quanto à projeção internacional da arbitragem verificar nossos artigos *O Desenvolvimento da Arbitragem no Brasil e no Exterior*, *Arbitragem Doméstica e Arbitragem Internacional* e *Reconhecimento da Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil*, in *Jornal Valor Econômico*, respectivamente em 01, 05 e 08 de agosto de 2003, também disponível em www.camaradearbitragem.org.br e www.camararb.com.br

⁶ Cf., a propósito, João Bosco LEE, *A Lei n. 9307/96 e a Especificidade da Arbitragem Comercial Internacional*, Anais das Palestras Proferidas em 2002, na Secretaria Geral *Pro Tempore*, do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul, Confederação Nacional do Comércio – CNC, Rio de Janeiro, p. 54/79, 2003, Beat Walter RECHSTEINER, *Arbitragem Privada Internacional no Brasil*, São Paulo, RT, 2º ed. ampliada, p. 81 e segs., 2001.

ou por referência, na qual as partes transferem a uma instituição ou a terceira pessoa o mister de apenas indicar árbitro e, em seguida, a arbitragem percorre o trâmite da arbitragem *ad hoc*, peculiaridade que constitui o ofício da Câmara de Comércio e Indústria de Genebra⁷ e de outras instituições que, além das arbitragens institucionais, têm no seu escopo a possibilidade de indicar árbitros (arbitragem diferida) na constituição de arbitragens *ad hoc*. A CCI assim procede, bem como quando as partes decidem que a arbitragem será administrada pela CCI, mas segundo o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. Ressalte-se, que as arbitragens que perfilham o regulamento de arbitragem da UNCITRAL convivem com a figura do *appointing authority*, que justamente tem o ofício de indicar árbitros em arbitragens *ad hoc*.⁸ No Brasil, a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, que funciona no Centro e Federação das Indústrias do Estado de São Paulo CIESP/FIESP, também oferece esses serviços; (5) arbitragem interamericana, consoante disposto no art. 3º da Convenção Interamericana de Arbitragem Comercial Internacional firmada na cidade do Panamá em 1975, em vigor no Brasil por força do Decreto de promulgação nº 1902, de 09.05.96. Para tanto, os contratos comerciais internacionais entre empresas do continente americano (incluindo Portugal que também a ratificou) que estipulem a solução de diferendos por arbitragem e que não prevejam a forma de operacionalizá-la, o acordo internacional determina que perfilhem as regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial – CIAC,⁹ e (6) arbitragem supervisionada, peculiaridade da CCI, que determina que as sentenças arbitrais sejam submetidas em forma de minuta à Corte, que sem se referir ao mérito, verificará se os aspectos formais foram observados, consoante as

⁷ Cf nosso artigo *Arbitragem Institucional e AD Hoc*, Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES & Carlos Alberto CARMONA, Rio de Janeiro, Forense, p. 331, 1999.

⁸ Em nosso livro *Árbitro. Princípios da Independência e da Imparcialidade* (São Paulo, LTr, 2001) efetuamos breves comentários sobre o assunto à p. 86

⁹ Saliente-se que o caráter supletivo das Convenções Internacionais no sentido de facilitar a operacionalização da arbitragem faz-se presente na Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial, firmada em Genebra em 1961, que no art. IV, 2, dispõe sobre a forma de eleição de árbitros em arbitragens *ad hoc*, quando não efetuado pela parte, no prazo de trinta dias do recebimento da notificação da demanda arbitral. Idêntico procedimento é verificado no Acordo de Arbitragem Comercial Privada do Mercosul firmado em Buenos Aires em 1998, art 12, 2, (b) em vigor no Brasil por força do Decreto de promulgação n. 4.719/03. Há outras formas de arbitragem, tais como, as arbitragens do Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos – ICSID, mas que possui pouca projeção no cenário comercial internacional brasileiro, já que o Brasil não ratificou a Convenção de Washington de 1965, bem como não têm vigência os Acordos Bilaterais de Investimentos que firmou, pois ainda não foram aprovados pelo Congresso Nacional, salvo com os Estados Unidos (Decreto nº 57.943 de 10.03.1966). Todavia, esta questão poderá ter repercussões internas, em futuro próximo, em decorrência da Área de Livre Comércio das Américas - ALCA. Para uma visão geral sobre o assunto verificar nosso artigo *MERCOSUL E NAFTA – Os Acordos de Proteção e Promoção de Investimentos. A Solução de Controvérsias por Arbitragem*, Arbitragem na Era da Globalização, José M. Rossani GARCEZ (org.), Rio de Janeiro, Forense, 2º ed., p. 215/53, 1999.

legislações internas e as convenções interacionais aplicáveis (art. 27 do Regulamento), dando guarida ao princípio da efetividade da sentença arbitral.

II – A Impropriedade em indicar a instituição arbitral como ré na demanda – Foi impertinente a inclusão no polo passivo da demanda a indicação da Instituição de Arbitragem. Com efeito, o contrato regulou um acordo de vontades entre as partes contratantes, que decidiram por meio da cláusula compromissória submeter futuras desavenças dele surgidas por arbitragem, deferindo a sua administração ao aludido Centro de Arbitragem. Em primeiro lugar, deve ser sublinhado que a discussão sobre a validade da cláusula compromissória, consoante determina a Lei de Arbitragem, jamais poderia ter sido levada ao Judiciário, pois os arts. 8º e 20 da Lei n. 9307/96 determinam que toda matéria referente à existência e validade da cláusula compromissória deve ser obrigatoriamente submetida aos árbitros (este é um novo conceito introduzido no ordenamento interno que ainda não foi devidamente abstraído pelos operadores do direito, como se observa pela matéria tratada na referida ação declaratória). Em segundo lugar, destaca-se a pertinência em alegar a ilegitimidade passiva e falta de interesse processual da instituição arbitral, pois é entidade meramente administrativa, não possuindo poder jurisdicional (não é ela que se encontra investida pelas partes para decidir a controvérsia e proferir a sentença arbitral). Por diversas oportunidades as Cortes Francesas manifestaram-se a respeito, principalmente instadas por partes inconformadas com a recusa imotivada sobre a indicação de árbitros e outras providências afetas à CCI previstas em seu Regulamento, decidindo, aquelas Cortes, que estas questões são matérias de natureza puramente administrativas e que dizem respeito exclusivo à organização e administração da arbitragem, não reconhecendo os recursos apresentados.¹⁰

Saliente-se que, se as partes quisessem questionar as regras da instituição arbitral eleita deveriam fazê-lo por ocasião da redação da convenção de arbitragem e, se fosse o caso de normas supletivas, alterá-las. Mas no caso vertente não se aplicaria, pois a norma questionada do Regulamento referia-se à ausência da outra parte em firmar o Termo de Arbitragem, que é disposição cogente da Instituição Arbitral, imposta para dar eficácia à cláusula compromissória conforme a lei.

¹⁰ Cf. Guillermo AGUILAR ALVAREZ, *The Challenge Procedure: The Role of Arbitral Institutions, the Intervention of Local Courts* – The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators, *Cour Internationale d' Arbitrage*, Publication 472, p. 66, 1991 e Yves DERAIS & Eric A SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Haia, Kluwer, p. 87 e 174, 1998.

Importa sublinhar e ressaltar que a interferência do judiciário na arbitragem, consoante disposição legal, só pode ocorrer de duas formas. A primeira, de apoio, tal como disciplinado nos arts. 7º; 16, § 2º e 22 §§ 2º e 4º. A segunda, de controle, ou seja, que é de supervisão limitada da sentença arbitral (arts. 32 e seguintes). Destarte, por oportuno, há de ser notado que devem ser evitadas interferências precoces do Judiciário no curso da arbitragem. A Lei de Arbitragem em sua estrutura lógica e sistemática restringe a interferência judicial estritamente aos casos nela previstos. Com efeito, nesta fase inicial do desenvolvimento da arbitragem no Brasil, consoante a Lei nº 9.307/96, subsídios podem ser obtidos nas experiências forâneas, quanto ao trato da questão e que se mostram profícuas e auxiliam o mister hermenêutico doméstico, haja vista colaborar, para isso, a ancestralidade comum de nossa legislação, também perfilha a senda da Lei Modelo da UNCITRAL. Neste sentido a Corte de Apelação de Paris esclareceu que provimentos de anulação, em arbitragens internacionais, são deferidos exclusivamente para sentença arbitral final e que, portanto, não receberia recurso dirigido contra decisões da CCI.¹¹

Enfim, no caso presente, não obstante a impropriedade verificada em acionar a instituição de arbitragem, da sentença podemos colher frutos positivos, já que ratifica a arbitragem institucional, como bem acentuado pelo nobre juiz, que observou ser a arbitragem institucional totalmente pertinente com o nosso sistema jurídico; que as partes indicaram na cláusula compromissória o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil – Canadá e que suas regras observam o devido processo legal.

Por outro lado, cumpre observar que mesmo sem previsão legal expressa, resultando, portanto, de um costume, sempre foram permitidas e admitidas as arbitragens institucionais em nosso ordenamento jurídico, haja vista que os laudos arbitrais ditados no referido Centro de Arbitragem eram levados à homologação judicial, conforme previa a antiga legislação, quando havia resistência da outra parte em cumpri-los. Aliás, o mesmo se verificava no STF ao conceder *exequatur* às sentenças arbitrais estrangeiras provenientes de instituições arbitrais internacionais.

¹¹ Verificar os precedentes: *Raffineries de Pétrole d’Homs et de Bantas c/ Chambre de Commerce Internationale*, 15.05.85, *Revue de l’Arbitrage* 1985, 147 e *Société Opinter France c/ Société Dacomex*, 15.01.85, *Revue de l’Arbitrage*, 1986, 87, notas de Mezger. *Apud* Guilherme AGUILAR ALVAREZ, op. cit., nota de rodapé 15, p.76.

(III) A Cláusula Compromissória e a Boa-Fé – O ápice da sentença judicial em comento foi atingido ao tratar da cláusula arbitral e a boa-fé. Neste sentido, sobreleva comentar a importância e pertinência em invocar os efeitos da cláusula geral da boa-fé, em especial a sua conotação de princípio jurídico, que penetra como seiva no caule das relações contratuais e que haverá de frutificar protegida pelas normativas estabelecidas nos arts. 113 e 422 do Novo Código Civil –NCC, respectivamente “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração” e “os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

É cediço que o componente de eticidade sempre esteve presente em nosso direito civil, mesmo na ausência de normas expressas a regular as relações contratuais cíveis, o que só ocorreu com a vigência do Código de Defesa do Consumidor em 1990.¹² Todavia, a projeção que lhe outorga o NCC, deve ser devidamente interpretada e abstraída, em especial na seara arbitral.¹³ Respaldamo-nos, para tanto, na lição do emérito mestre Miguel REALE ao comentar a diretriz ética do novo código, asseverando que: “o código atual [1916] é muito avaro, ao referir-se à equidade, à boa-fé, à probidade; ele foi feito numa época de excessivo naturalismo individualista; e Clóvis Beviláqua, do ponto de vista filosófico-jurídico, tinha uma formação estritamente positivista. De modo que a referência à boa-fé, à probidade, à equidade parecia quase, como chegou a dizer Pontes de Miranda, abencerragens jurídicas. Nós, ao contrário, reconhecemos que o legislador civil jamais exaure, na sua atividade normativa, o conteúdo ético da norma: a todo instante é necessário recorrer aos princípios morais que governam a vida comum, a vida social. (...) É a eticidade que exige (...) tanto no momento da estipulação do contrato como durante sua execução, que as partes se conduzam segundo os ditames da probidade e da boa-fé.”¹⁴

Cumprir notar, pois, que a *ratio legis*¹⁵ demonstra uma sutil alteração de rumo, que deve orientar o intérprete e aplicador da norma legal no que

¹² Note-se que no Código Comercial de 1850, no art. 131, que dispunha sobre a interpretação dos contratos, a boa-fé encontrava guarida (este dispositivo encontra-se revogado pelo NCC).

¹³ Aliás, em diversas oportunidades progressas o judiciário brasileiro em sede de reconhecimento, homologação e execução de sentença arbitral estrangeira, tem-se manifestado neste sentido. Verificar Cia de Navegação Lloyd Brasileiro/ Ivarans Rederi, STJ, R. Esp. 616 – RJ , Lex Jurisprudência do STJ/TRF 18:108/120, fev, 1991 e Aiglon Dublin Limited / Teka Tecelegem Kuenrich S/A, STF -SEC n. 5847-1, DJU 17.12.99.

¹⁴ Miguel REALE, *O Projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, p.7/8, 1986.

¹⁵ O jurista português Manuel A Domingues de ANDRADE, adverte que “a *ratio legis*, é o elemento de interpretação que estabelece o contacto entre a lei e a vida real, conferindo-lhe assim aquela plasticidade ou

concerne ao alcance e abrangência da cláusula compromissória. Não pode assistir razão àquele que aceita as estipulações contratuais e depois, quando não lhe convém ou interessa, nega a validade da cláusula compromissória. Aqui encontra guarida a cláusula geral da boa-fé presente nos supracitados preceitos do NCC. Na brilhante monografia da lavra do magistrado e professor paulista Enéas Costa GARCIA, “Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé”, é esclarecido que a cláusula geral da boa-fé impõe os deveres acessórios de conduta no cumprimento contratual, entre eles a lealdade contratual. Aduz, a propósito, que “o recurso a boa-fé como regra de comportamento leal, permite ao julgador identificar, no caso concreto, qual deveria ser o comportamento probo devido pelos contratantes. É a boa-fé, na maior parte dos casos, que vai dar o conteúdo destes deveres acessórios de conduta. A idéia não é difícil de captar. A boa-fé exige um comportamento honesto das partes. E mais do que isso, exige um comportamento que leve em consideração a pessoa do outro contratante. Esse elemento ético obriga as partes a agirem de modo colaborativo, unidas no intuito de dar ao contrato a sua verdadeira e completa eficácia.”¹⁶

Portanto, advirta-se, deixar de acatar cláusula compromissória regularmente pactuada pode, à luz dos deveres acessórios de conduta que defluem da cláusula geral da boa-fé, em especial a lealdade contratual, incidir em duplo ilícito (legal/contratual): violar a Lei de Arbitragem e o Código Civil, ensejando, além da instituição obrigatória da arbitragem (art. 41 da Lei n. 9.307/96), também a responsabilidade civil contratual, por acarretar tanto o dano material como o dano moral.¹⁷ A parte que inadimpliu o contrato pode ser obrigada a ressarcir os incômodos causados pela procrastinação da instauração da arbitragem. Ademais, as partes podem, ao redigir o contrato, estabelecer cláusula penal nesse sentido.

Por conseguinte, nesta linha da eticidade reforçada pelo NCC foi lapidar a decisão exarada pelo juiz Alexandre Alves Lazzarini, quando referendou o invocado pelo réu, de que a autor alegara sua própria torpeza. Afirmou que houvera “reserva mental”, aquela vontade que o agente intencionalmente

mobilitade que já se notou, aquele seu poder, isto é, não só de disciplinar novas situações, atraindo-as para a sua órbita e projectando sobre elas um mesmo conteúdo substancialmente inalterado, mas até de se carregar de sentidos novos, de produzir novos conteúdos com que se vá acomodando a novas necessidades práticas e a novos ideais de justiça.” (Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis, Coimbra, Arménio Amado, 4. ed., p. 22/3, 1987).

¹⁶ Enéas Costa GARCIA, *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé*, São Paulo, Juarez de Oliveira, p. 102/3, 2003.

¹⁷ Op. cit. p. 282.

oculta. O jurista pátrio Vicente RÁO esclareceu que, “reserva mental é uma particular espécie de vontade não declarada, por não querer o agente declará-la. É uma vontade que o agente intencionalmente oculta, assim procedendo para sua declaração ser entendida pela outra parte, ou pelo destinatário (como seria pelo comum dos homens) tal qual exteriormente se apresenta, embora ele, declarante, vise a alcançar não os efeitos de sua declaração efetivamente produzida, mas os que possam resultar de sua reserva.”¹⁸

Impende observar, que referida sentença foi mantida integralmente pela Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível n. 296.036-4/4), por unanimidade, em 13 de novembro de 2003. O Desembargador Relator Souza Lima não poupou elogios à sentença proferida, classificando-a de excelente, inclusive mantendo a multa imposta pela propositura de embargos declaratórios procrastinatórios.

Por derradeiro, não poderíamos deixar de enaltecer que a referida sentença reforça a esperança e certeza em termos a arbitragem efetiva e corretamente incorporada à nossa lida jurídica, para que possa cumprir seu mister coadjuvante na administração da Justiça.

Selma Ferreira Lemes
Março 2004

¹⁸ Vicente RÁO, *Ato Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 3.º ed., p. 210/1, 1981.