

## ***A Arbitragem e a Jurisprudência Paulista***

“A lei reina, mas a jurisprudência governa”, assevera Luis CABRAL DE MONCADA<sup>1</sup>, no sentido de que cabe ao Judiciário, por meio das decisões proferidas diante de casos concretos, determinar como a lei deve ser interpretada e aplicada. Os romanos denominavam a *Ciência do Direito* de *Jurisprudência*. A palavra *jurisprudência* representa a prudência e cautela em dizer o direito ou como adverte o emérito professor Miguel Reale, “a *prudência*, o cauteloso senso de medida das coisas humanas.”<sup>2</sup> KELSEN qualificava o juiz como intérprete originário da lei.<sup>3</sup>

Com efeito, pragmaticamente, o papel institucional da Jurisprudência, tanto do ponto de vista jurídico como econômico, em especial na área da arbitragem, é algo que deve ser reverenciado. A Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, completará dez anos de vigência. Nasceu inserida num contexto de remodelação da prestação jurisdicional, denominada por Cappelletti de “*ondas renovatórias do direito*”; rompeu paradigmas e a antiga percepção de que todos os tipos de conflitos deveriam ser levados aos Tribunais.

Hoje, a arbitragem como forma de solução de controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis é uma realidade presente nas transações comerciais e cíveis e nas relações trabalhistas. A importância da arbitragem decorre da especialidade, celeridade e eficiência; é reconhecida por todos os setores da sociedade e a adesão a este novo sistema de solução de conflitos se faz pertinente e apropriada, pois o Judiciário, por meio de profícua construção jurisprudencial, outorga a segurança jurídica necessária ao instituto.

---

<sup>1</sup> L. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Ed. Coimbra, Coimbra, 1995, p. 79.

<sup>2</sup> Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 27° ed., 2004, p. 62.

<sup>3</sup> Cf, nesse sentido os ensinamentos de Eros Roberto GRAU, quando discorre sobre “norma jurídica e norma de decisão” (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 3° ed., 2005, p. iv).

Destarte, nestas notas cumpre-nos ressaltar alguns aspectos das decisões produzidas por juizes monocráticos e de segunda instância, proferidas pela Justiça Paulista; que se sobressai entre uma das mais importantes para o país, pois analisa e referenda, com muita propriedade, alguns dos principais conceitos e princípios regulados na Lei de Arbitragem. Contribui, assim, para a formação do moderno Direito Brasileiro da Arbitragem.

Serão apontados cinco precedentes jurisprudenciais que analisaram as principais inovações da Lei de Arbitragem. Muitas das mencionadas inovações são consideradas estruturantes e obedecem a racionalidade e lógica do instituto jurídico da arbitragem em sua dimensão sistemática e integrante do ordenamento jurídico.<sup>4</sup>

**1. Constitucionalidade da Arbitragem. Cláusula Compromissória Cheia e Vazia e a Ação Judicial para instituir a arbitragem. Diferenciação entre Cláusula Compromissória e Compromisso. Arbitragem Institucional. Lex Mercatoria. Princípio da Competência (Art. 8º). Princípio Pró-Validade da Cláusula Compromissória.**

No Agravo de Instrumento n. 124.217.4/0 da Comarca de São Paulo a Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, composta pelos Desembargadores RODRIGUES DE CARVALHO (Relator), SILVEIRA NETTO e MARCO CÉSAR, à unanimidade, em 16.09.1999, decidiu magistralmente questões vitais, definidoras e estruturantes do instituto da arbitragem. A longa ementa lavrada e reproduzida em parte, a seguir, demonstra a abrangência desta decisão:

---

<sup>4</sup> A propósito, no Ag. Inst. n.º 174.874-9/02-2 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o juiz Fernando César Zani ao exarar sua decisão esclarece e reforça a preservação dos princípios e conceitos da Lei de Arbitragem frente às demais normas de direito material e formal, advertindo que não se pode permitir que por vias oblíquas a lei de arbitragem seja reduzida à inutilidade. Cf. nossos comentários na Revista de Arbitragem e Mediação n. 7:246/249, out./dez., 2005 e “A Sociedade de Economia Mista na Arbitragem: Uma Jurisprudência Pedagógica”, Revista Resultado, n. 17, p. 20/21, jan./fev., 2006. [www.cacb.org.br](http://www.cacb.org.br)

*“Petição Inicial – Inépcia – Inexistência – Atendimento a todos os requisitos do artigo 282, do Código de Processo e 7º, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.307/96 – Preliminar afastada.*

*(...)*

*Ação - Condições – Instituição de Juízo arbitral – Alegação de falta de legítimo interesse processual – Acolhimento – Existência de compromisso e procedimento arbitral validamente instado perante órgão arbitral institucional livremente eleito pelas partes – Desnecessidade de intervenção judicial – Lei nº 9.307/96 – Preliminar acolhida.*

*Arbitragem – Lei nº 9.307/96 – Inconstitucionalidade por violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal – Afastamento – Preceito constitucional que não impede a renúncia das partes a submeter a questão litigiosa à apreciação judicial, a qual não excluída, porém, a manifestar-se sobre a validade do ato – Direito patrimonial disponível – Obediência ao pacta sunt servanda – Transação entre as partes que atribui à decisão do laudo arbitral efeitos de ato jurídico perfeito – Recurso provido.*

*Arbitragem – Cláusula compromissória – Execução – Existência de acordo prévio em que as partes estabelecem a forma de instituir a arbitragem, adotando as regras de órgão institucional, ou de entidade especializada – Hipótese de cláusula compromissória cheia – Submissão às normas do órgão, ou entidade, livremente escolhido pelas partes – Desnecessidade de intervenção judicial a firmar o conteúdo do compromisso arbitral – Recurso provido.*

*Arbitragem – Compromisso Arbitral – Diferenciação da cláusula compromissória – Conceituação como submissão de um litígio, já existente entre as partes, à judicial ou extrajudicial – Recurso provido.”*

O acórdão em comento, com discernimento da realidade, efetuou análise da morosidade da justiça e a agilidade que a atividade empresarial necessita para entabular negócios, salientando a presença da denominada *Lex Mercatoria* e a pertinência da arbitragem: *“...a morosidade que as normas processuais imprimem ao andamento dos processos, arrastando-os, seja pelo excesso de recursos, seja pelos permissivos legais tendentes a impedir cerceamento de defesa, retiraram, praticamente, do Poder Judiciário no âmbito empresarial, as grandes questões,*

*que pela natureza do objeto em jogo exigem decisões céleres e imediatas. O mundo moderno, como se sabe, está cada vez mais ágil, mais comunicativo, com variação de câmbio, que não permitem soluções demoradas aos conflitos de interesse. (...) Quanto às grandes causas, assim entendidas as de elevado valor, das empresas geralmente de porte, a globalização, que relativiza a soberania, pois que a lex mercatoria, trazendo um novo sentido de comunidade, rompendo com as fronteiras dos países, promoveu, como forma de solução aos litígios, a primeiro nível, a convenção de arbitragem.”*

Analisa a arbitragem à luz do preceito constitucional estabelecido no art. 5, XXXV, da Constituição Federal, que viria a ser referendado em 2002, pelo Supremo Tribunal Federal (SEC n. 5.206-7, Reino da Espanha) para esclarecer “... A bem dizer, há quem entenda de manifesta inconstitucionalidade a Lei nº 9.307/96, pois que retiraria do Poder Judiciário a apreciação da lide (art.5º,XXXV, da Constituição Federal). Mas, o preceito Constitucional impede que se exclua, porém não que as partes, livremente, renunciem, a permitir apreciação extrajudicial à questão litigiosa comum. Havendo transação entre as partes, pois disponível o direito em questão, deve obediência ao pacta sunt servanda. Nisso não há violência à Constituição. Isso não fere o due process of law.”

Com o objetivo de discernir quanto à desnecessidade de socorrer-se do judiciário para instaurar a arbitragem diante de cláusula arbitral cheia, reproduz os enunciados dos arts. 4º (cláusula compromissória) e 5º (arbitragem institucional), elucida a diferença entre cláusula arbitral cheia e vazia e adverte que “...duas correntes de pensamento se formaram. A primeira entende que, havendo cláusula compromissória, resistindo uma das partes á instituição da arbitragem, a via jurisdicional se impõe. A segunda, entendemos que somente às cláusulas compromissórias vazias é que se faz mister a intervenção judicial. Isso porque, a cláusula compromissória cheia, para que se institua a arbitragem, permite adotar-se as regras de órgão arbitral institucional, ou entidade especializada, regras essas que serão obedecidas a processar-se e instituir o juiz arbitral. E, na cláusula

*compromissória cheia permite-se também, estabelecer algumas das regras do compromisso arbitral, senão todas. Já a cláusula compromissória vazia é aquela que há uma obrigação de instituir-se um compromisso arbitral, sem, no entanto, existir acordo prévio sobre a forma de instituir-se a arbitragem. É a antiga cláusula compromissória prevista na legislação pátria pretérita, hoje dotada de execução especificada, como se verifica dos arts. 6º e 7º e seus parágrafos, da Lei nº 9.307/96. Já naquela, porque escolhido de comum acordo o órgão arbitral institucional, ou a entidade especializada, cujas regras exigirão obedecidas, a instituição da arbitragem ocorrerá com a ida ao órgão ou à entidade escolhida, provocando-o, para estabelecê-la. Não é preciso, pois, dirigir-se ao órgão jurisdicional competente, porque os termos do compromisso arbitral a ser instaurado o serão de acordo com as regra do órgão institucional ou da entidade especializada. Não há, assim, necessidade de o juiz estabelecer o conteúdo do compromisso, nem, tampouco, nomear árbitros, ou árbitro para a solução do litígio.”*

Analisou, também, este acórdão, uma das inovações mais sensíveis da Lei de Arbitragem: o art. 8º, denominado “princípio da competência-competência”, pois o árbitro tem competência para ditar sua própria competência. Todavia, aduz que se estivermos em ação de instituição da arbitragem essa competência se desloca para o juiz.

No caso *sub judice* conclui que há cláusula compromissória cheia, pois as partes se reportam a uma instituição de arbitragem e não seria o caso de instituir judicialmente a arbitragem. Este entendimento seria posteriormente reforçado no aludido incidente de inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, no STF.

Ao exarar seu voto em separado o ilustre Desembargador SILVEIRA NETTO analisa o que a doutrina convencionou chamar de cláusulas patológicas, quando em determinadas situações não especificadas as partes elegem a arbitragem e

nomeiam o foro competente.<sup>5</sup> Neste caso, invocando o art. 85 do CC (art. 112 do CC atual) e o princípio da boa-fé conclui que se deve dar prevalência para a arbitragem, dando guarida ao princípio do “Favor Arbitral” ou “Pró-Validade” da cláusula compromissória.

## **2. Sentença Arbitral Estrangeira. Vigência Interna. Juízo de Delibação do Superior Tribunal de Justiça.**

Em 12 de junho de 2003, a Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 285.411-4/0, por unanimidade e em decisão proferida pelos Desembargadores RODRIGUES DE CARVALHO (Relator), SILVEIRA NETTO e CARLOS RENATO, esclarece que a competência para apreciar sentença arbitral proferida no exterior (Nova Iorque) seria do Judiciário forâneo e que a sentença arbitral estrangeira só adquire validade e eficácia no Brasil após homologação pelo STJ ( EC n. 45/2004).

*Esclareceram que “...em vigor, o que dá validade e eficácia à sentença estrangeira no País, a arbitral inclusive, é a homologação feita perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal [atualmente a competência é do Superior Tribunal de Justiça –STJ, EC 45/2004], por exercer a função máxima judicial, projeção do Poder e da Soberania do Estado. Daí a previsão constitucional do art. 102, inciso I, letra h, da Carta Magna do País. (...) “É claro que por força da arbitragem no exterior, convencionada pelas partes, não se pode perante o Poder Judiciário Brasileiro, discutir em juízo a respeito das demandas relacionadas com os negócios havidos entre as partes a elas sujeitas. A menos que aqui se declare a ineficácia, ou inexistência, ou mesmo a nulidade do*

---

<sup>5</sup> Cf nosso artigo “ Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das partes” , in: *Reflexões sobre Arbitragem, In Memoriam* do desembargador Cláudio Vianna de Lima, Pedro B. MARTINS E José M. Rosssani GARCEZ (orgs.), São Paulo, LTr, 2202, p. 188/208

*laudo arbitral estrangeiro (“rectius”, sentença arbitral estrangeira). Mas, sem dúvida, mister, como no caso presente, até pela complexidade apontada na r. decisão agravada e reconhecida sob certo aspecto na petição inicial - , acurado exame da possibilidade do Poder Judiciário Brasileiro suspender processo em curso perante tribunal instalado em Estado estrangeiro (fl.492), sujeita, obviamente, à lei do país por onde se processa.”<sup>6</sup>*

### **3. Matéria de Ordem Pública. Direito Indisponível. Art. 25 da Lei de Arbitragem Submissão à Arbitragem. Pertinência.**

Prestando enorme serviço à causa arbitral no sentido de esclarecer que em sede arbitral é perfeitamente possível tratar de norma de direito material de aplicação obrigatória e que não há confundir norma de ordem pública com direito indisponível, a sentença do ilustre juiz Rodrigo Marzola COLOMBINI, nos autos da Ação de Anulação de Sentença Arbitral (processo nº 02.006313-0), proferida em 16.09.2003, confirma o decidido pelo Tribunal Arbitral e aduz :

*“...De se consignar, inicialmente, que inexistente nulidade em razão da indisponibilidade do objeto e suposta violação ao artigo 25 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Isto porque a decisão arbitral, ao qualificar juridicamente a situação jurídica analisada como representação comercial ou não, não configura direito indisponível. O objeto da demanda arbitral é a indenização pecuniária almejada, o que constitui direito patrimonial e disponível. Como bem ressalvado pelo réu, neste particular, o autor confunde direito indisponível com a norma da ordem pública, de modo que perfeitamente possível ao Tribunal Arbitral a visualização de violação à norma de ordem pública (indenização prevista na Lei nº 4.886/65), sem a necessidade de*

---

<sup>6</sup> Cf José Carlos de MAGALHÃES, Incompetência da Justiça Brasileira para anulação. Competência Exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. Revista de Arbitragem e Mediação, 1: 135/148, jan./abr., 2004. Pedro Batista MARTINS, p. 149/170 e Selma M. Ferreira LEMES, p. 171/196, ambos da referida Revista.

*suspensão do procedimento arbitral até decisão judicial sobre a questão (artigo 25 da Lei de Arbitragem).”*

Em seguida, reproduzindo excertos da sentença arbitral esclarece que:

*“...Cabe dizer, outrossim, não merecer acatamento o argumento da [demandada], no sentido de que, se a pendência submetida à presente arbitragem envolve dispositivos de ordem pública, da incidência irrenunciável, a questão não poderia ser submetida à decisão arbitral, eis que o instituto da arbitragem somente se aplica a direitos disponíveis. O argumento improcede, não apenas à vista do texto legal, que restringe o acesso à arbitragem àquelas pessoas capazes de contratar (artigo 1º de Lei nº9.307/96). Somente pessoas dotadas de plena capacidade podem assim submeter-se à arbitragem. Se preceitos de ordem pública estão envolvidos na pendência, isso não se erige em nenhum óbice, se acolhesse o argumento de aplicação de leis de ordem pública não é cabível na instância de arbitragem, nenhuma questão sobre representação comercial poderia ser submetida à sistemática da Lei nº 9.307/96, já que a legislação de contrato de representação alberga, p. ex., a questão da incidência da correção monetária (art. 46 da Lei nº4.886/65).*

**4. Eleição da Lei Aplicável ao Mérito da Controvérsia. Possibilidade. Princípio da Autonomia da Vontade. Art. 2º da Lei de Arbitragem. Contrato de Agência ou Representação Comercial regulado em Lei Especial.**

A decisão proferida nos autos de Agravo de Instrumento n. 1.111.650-0 da Comarca de São Paulo, da Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, julgamento do qual participaram os juizes SOUZA JOSÉ (Relator), NELSON FERREIRA (Presidente), ULISSES DO VALLE RAMOS e ARIIVALDO SANTINI TEODORO, em 24.09.2002, à unanimidade reafirma o disposto no art. 2º da Lei de Arbitragem. Refere-se à possibilidade de as partes elegerem lei diversa da



brasileira para dirimir a controvérsia, desde que não viole a ordem pública brasileira e os bons costumes (art. 2º § 1º). Neste tópico o precedente citado é de suma importância, pois há mais de seis décadas pairava a dúvida na doutrina nacional se as partes em contratos internacionais podiam indicar livremente a lei aplicável, ou se o disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC (que estabelece que a lei aplicável ao contrato seria a do local onde foi firmado), era de observância obrigatória. O precedente jurisprudencial citado esclarece que a LICC tem natureza supletiva, além, evidentemente, de reforçar o disposto no art. 2º, § 1º da Lei nº 9.307/96.

A questão foi discutida em sede de contrato de agência ou distribuição e, com muita propriedade, acentuou o juiz relator SOUZA JOSÉ:

*“...não há invocar-se a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que só tem aplicação quando houver omissão ou controvérsia a respeito do direito aplicável à hipótese.*

*Como a lei nº 9.307/96, em seu art. 2º, permite que as partes possam livremente escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, não se verifica o impedimento argüido.*

*Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga.*

*Embora o contrato de agência, ou representação comercial, seja regulado por lei especial, isso não significa que não pudesse a relação aqui questionada ser alvo de disposição pelas contratantes, uma vez que o direito ali agitado é disponível para ambas as partes, e, portanto, não vem revestido da característica de irrenunciabilidade.*

*Não há norma cogente tutelando esse direito, afivelando-o e submetendo-o por conta de interesses do Estado ou por conta de interesse social direto, de sorte a impedir que sobre os valores dele objeto pudessem os contratantes dispor segundo seu alvitre.*

*Dessa sorte, sobre ele incide naturalmente o princípio da autonomia da vontade, podendo, assim, as partes transigir livremente, inclusive no que concerne à forma de solução de suas diferenças. Vai, então, que há de prevalecer a regra contratual invocada...”*

Vale notar, ainda, que a Lei de Arbitragem, menciona “regras de direito”, conceito mais amplo do que “lei nacional”, pois no âmbito internacional as regras de direito abarcam não apenas os ordenamentos jurídicos nacionais, mas também os princípios gerais de direito, o direito internacional público, ou até mesmo a *Lex Mercatoria*.

Para os contratos internacionais esta decisão reveste-se de suma importância ombreando-se com o precedente que julgou a constitucionalidade de alguns dispositivos da lei de arbitragem (STF - SEC nº 5.206-7, Reino da Espanha) e a SEC nº 856 do STJ, proferida em 18.05.2005, que deu vigência à Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque em 1958 (Decreto n.º 4.311, de 23.07.2002).<sup>7</sup>

Esta decisão, bem como o disposto no art. 2 da Lei de Arbitragem, vêm suscitando intensos debates doutrinários, entendendo alguns que o citado acórdão permite apenas a eleição da lei aplicável na área de arbitragem; que a vedação

---

<sup>7</sup> Cf nosso artigo “O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à luz da Convenção de Nova Iorque de 1958,” Newsletter DGAE – Direcção – Geral do Ministério da Justiça de Portugal, n. 06, março de 2006, p. 14/16.

ainda existe para contratos submetidos ao Judiciário; que há vedação quando se refere a contrato interno sem elemento de conexão internacional etc.

Porém, um fato é incontroverso: a Lei de Arbitragem deu um giro de 360 graus, modernizou o direito brasileiro e criou um atrativo a mais para que a arbitragem prevaleça como opção viável na área contratual doméstica e internacional. Enfim, ao emprestar suas luzes ao assunto, a jurisprudência paulista autoriza e reafirma a possibilidade de eleição da lei aplicável ao mérito da solução de controvérsias por arbitragem.

## **5. Cláusula Compromissória Cheia e a Boa-fé**

Invocando, entre outros motivos, princípio ético, o ilustre juiz Alexandre Alves Lazzarini, da 16ª Vara Cível de São Paulo, ao proferir sua decisão nos autos da Ação Declaratória (processo nº 000.01.004878-2) em 03.06.2002, no qual o autor, ao invocar a nulidade da cláusula compromissória anteriormente pactuada “alega a própria torpeza”, aduz o juiz que não são plausíveis as escusas apresentadas, e adverte:

*“Ora, não há qualquer justificativa para que ele [autor] tenha assinado o contrato com uma cláusula que entende nula. Ou foi mal assessorado ou sua conduta agora beira a má-fé, caracterizada a reserva mental; se mal assessorado, deve postular indenização de quem não agiu com o descortino necessário. Anote-se que esta questão é limitada a questão de direito, bastando ver o contrato para se verificar que não foi formulado por advogados inexperientes ou com experiência às causas locais e rotineiras.”*

Foi de extrema pertinência a alusão efetuada e a correlação estabelecida entre a insurgência à cláusula arbitral pactuada e a boa-fé que deve pautar todos os negócios, considerando o disposto 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.”*

A projeção outorgada pelo NCC ao elemento de eticidade deve ser devidamente interpretada e abstraída, em especial na seara arbitral.<sup>8</sup> Cumpre notar, pois, que a *ratio legis*<sup>9</sup> demonstra uma sutil alteração de rumo, que deve orientar o intérprete e aplicador da norma legal no que 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. 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*

---

<sup>8</sup> Aliás, em diversas oportunidades pregressas 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 Tecelagem Kuenrich S/A, STF -SEC n. 5847-1, DJU 17.12.99.

<sup>9</sup> 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 mobilidade 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).

*colaborativo, unidas no intuito de dar ao contrato a sua verdadeira e completa eficácia.”*<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup> 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, foi lapidar a decisão exarada pelo juiz paulista, 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 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.*”<sup>12</sup>

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 13.11. 2003. O Desembargador Relator

---

<sup>10</sup> Enéas Costa GARCIA, *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé*, São Paulo, Juarez de Oliveira, p. 102/3, 2003.

<sup>11</sup> Op. cit. p. 282.

<sup>12</sup> Vicente RÁO, *Atto Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 3.º ed., p. 210/1, 1981.

SOUZA LIMA não poupou elogios à sentença proferida, classificando-a de excelente, inclusive mantendo a multa imposta pela propositura de embargos declaratórios procrastinatórios.

Finalizando, cumpre realçar, também, a participação doutrinária de insignes representantes da magistratura paulista, aposentados ou em exercício, tais como, Donaldo ARMELIN (*Revista de Arbitragem e Mediação* n. 6:221/227, jul./set., 2005), Márcio Martins BONILHA (“Do efeito Vinculante da Cláusula Arbitral”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 3:138/141, set./dez., 2004), José Renato NALINI (“Ética na Arbitragem”, *in: Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme org., São Paulo, Fiúza, 2004, p.237/242) Fernando Fonseca GAJARDONI, (*Técnicas de Aceleração do Processo*, Franca, Lemos & Cruz, 2003, p.17). São contribuições valiosas para o desenvolvimento do direito brasileiro da arbitragem e demonstram a harmonia existente entre justiça estatal e justiça arbitral.

Março de 2006

*Selma Ferreira Lemes, advogada, mestre em Direito Internacional e Doutora em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo. Professora do FGV LAW da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo.*