

Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem. Características, Efeitos e Funções

Este artigo, de forma pragmática e objetiva, trata dos elementos originários da arbitragem: a Convenção de Arbitragem e, em arbitragens institucionais, o Termo de Arbitragem, respaldando-se, quando necessário, na respectiva jurisprudência.

Na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a Convenção de Arbitragem (art.3º), tanto se refere à modalidade “cláusula compromissória”, àquela cláusula inserida num contrato que tem o condão de remeter a controvérsia à arbitragem (art.4º), como o “compromisso arbitral”, quando as partes nada mencionaram no contrato e, posteriormente, surgida a controvérsia, decidem remeter a questão ao juízo arbitral (art.9º). Os requisitos indispensáveis do compromisso arbitral estão dispostos no art. 10 e os facultativos, no art. 11.

Conceder efeito vinculante à convenção de arbitragem¹ foi uma das principais inovações hauridas com a Lei n. 9.307/96,² harmonizando nossa legislação às existentes no direito comparado e que têm como ancestral comum a Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional elaborada no seio da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.³ Assim, a cláusula compromissória inserida em contrato e o compromisso arbitral têm o condão de afastar a apreciação da controvérsia pelo Judiciário, deslocando-se, obrigatoriamente para o juízo arbitral, seja por árbitro único ou por um colegiado de árbitros denominado de tribunal arbitral. A opção exercida pelas partes,

¹ A legislação anterior revogada só concedia efeito vinculante ao compromisso.

² Cf Carlos Alberto CARMONA e Selma M. Ferreira LEMES, *Considerações sobre os Novos Mecanismos Instituidores do Juízo Arbitral*, in: “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 *Princípios e Origens da Lei de Arbitragem*, “Revista do Advogado”, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, São Paulo, nº51, p. 32-35, out. 1997.

desde então, surti efeito negativo em face da jurisdição estatal e positivo em face do juízo arbitral.

Esta matéria - a impossibilidade de propositura de ação judicial diante de convenção de arbitragem – foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal –STF, que declarou a sua constitucionalidade.⁴

Saliente-se, que a cláusula compromissória não representa obrigação de comprometer, posto que comprometidas estão as partes desde o momento que firmaram o contrato e dispuseram sobre a solução de controvérsias por arbitragem (efeito vinculante da cláusula compromissória). A obrigação vindoura é a de instituir a arbitragem no momento do conflito. Desta forma, em se tratando de arbitragem institucional, basta proceder conforme disposto no regulamento de arbitragem da instituição eleita, mas se estivermos diante de cláusula arbitral vazia ou em branco, deve-se proceder conforme disposto nos arts. 6^a e 7^o da Lei n. 9.307/96.

⁴ Cf Incidente de Inconstitucionalidade suscitado na Sentença Estrangeira Contestada do Reino da Espanha n. 5206, julgado pelo plenário do STF em 12.12.2001 (DJU 30.042004): "...ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de 'guardião 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 de jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5, 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 art. 5, 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. 6, parág. único; 7 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 – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos da decisão judiciária da sentença arbitral (art.31)." www.stf.gov.br

Note-se, que dois comandos defluem do art. 7º da lei. O primeiro é que ele tem função supletiva, vale dizer, só deve ser acionado na presença de estipulação arbitral vazia, verificada quando as partes em um contrato estabelecem que as futuras divergências serão solucionadas por arbitragem, mas nada estipulam quanto à forma de instituir a arbitragem e indicação de árbitros. Assim, reitera-se, quando as partes estabelecerem a arbitragem administrada por instituição arbitral, que possui regulamento próprio e disciplina a forma de eleição de árbitros, estará afastada a aplicação do art. 7º, podendo a parte que desejar dar início à arbitragem dirigir-se à referida instituição.⁵ O mesmo ocorrerá para as arbitragens “ad hoc” ou diferidas (quando remetem a escolha e indicação de árbitros a terceiros), em que a forma de escolha dos árbitros esteja prevista e fora esclarecido o modo de iniciar o processo arbitral. Impende notar que as regras procedimentais podem ser fixadas pelos árbitros, quando nada disposto pelas partes (art. 21, § 1º).

Esclareça-se, também, que conforme determina o art. 19, a arbitragem está constituída quando o árbitro aceita o encargo. Sublinhe-se que estas disposições da Lei de Arbitragem estão confirmadas pela jurisprudência (cf Resp. nº 450.881 – DF, j. 11.04.2003, Agravo de Instrumento nº 124.217/0, de 16.09.99, TJ-SP e o precedente do STF acima mencionado). O segundo, é que o art. 7º deve ser interpretado em sua função teleológica, notando que sua finalidade é de instituir a arbitragem e não, como argumentam alguns, que seria a de firmar compromisso arbitral.⁶

Os efeitos atribuídos à Convenção de Arbitragem pela Lei nº 9.307/96, também estão dispostos no art. II da Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque em 1958, em vigor no

⁵ Adiante será abordada a questão da revelia em arbitragem institucional.

⁶ Cf Pedro Batista MARTINS, “ O Poder Judiciário e a Arbitragem Quatro Anos da Lei n. 9.307/96 (4º e Última Parte)”, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 12, 2001.

Brasil por força do Decreto (de promulgação) nº 4.311/02.⁷ Aliás, esses efeitos já se verificavam nas arbitragens internacionais, mesmo sob a égide da antiga regulamentação interna, que somente reconhecia como válido o compromisso, negando efeito vinculante à cláusula compromissória. Assim, desde a vigência interna do Protocolo de Genebra de 1923 (Decreto nº 21.187/32), a cláusula compromissória já tinha o condão de conduzir obrigatoriamente as partes à arbitragem, tal como referendado em precedente do Superior Tribunal de Justiça - STJ no julgamento do Resp. 616-RJ, que teve como Relator o Ministro Gueiros Leite.⁸

Destarte, a cláusula compromissória inserida em contrato fica em estado latente a espera de e quando, surgida a controvérsia, vir a arbitragem a ser instalada. Para tanto, reitere-se, na cláusula compromissória deve constar os requisitos para que possa ser operacionalizada imediatamente, seja por meio da instalação de arbitragem *ad hoc* ou institucional.⁹

⁷ “Art. II - 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

⁸ “ Ementa - Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do Protocolo de Genebra de 1923. **1.** Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral. **2.** Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244 do CPC, se a finalidade for atingida. **3.** Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria (in RSTJ 37/263-290, 3ª Turma, j. em 24.4.90).”

⁹ As denominadas cláusulas compromissórias vazias ou em branco são aquelas que padecem dos requisitos mínimos, quais sejam, a forma de indicar árbitros e o início da arbitragem, podendo revestir-se em várias espécies, tais como, quando indicam erroneamente a denominação da instituição arbitral, ou o local em que esta se encontra, quando indicam instituição inexistente etc. Cf Selma M. Ferreira LEMES, *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*, in “Reflexões sobre Arbitragem – In Memoriam do Desembargador Cláudio Viana de Lima”, Pedro B. MARTINS & José Maria R. GARCEZ (orgs), São Paulo, LTr, p.188/208, 2002.

É a Convenção de Arbitragem que outorga jurisdição ao árbitro. Neste sentido acentua Carlos Alberto CARMONA que “a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere aos litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são o de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.”¹⁰

A Convenção de Arbitragem é o atestado de nascimento do juízo arbitral¹¹ e está diretamente relacionada com o conceito de arbitragem, tal como definido por René David: “a arbitragem é uma técnica que visa dar a solução de uma questão, que interessa às relações entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – que detêm os seus poderes de uma convenção, sem serem investidos dessa missão pelo Estado.”¹² (tradução livre)

Destarte, como a jurisdição outorgada ao árbitro para solucionar a controvérsia é conferida pelas partes na convenção de arbitragem, são estas, as partes, que estipulam como o árbitro deverá solucionar a controvérsia, isto é, a forma da composição do tribunal arbitral, as regras procedimentais (que poderão ser de uma instituição arbitral ou não)¹³ a lei aplicável ao fundo da controvérsia, a sede da arbitragem, etc., conforme previsto nos arts. 2º, §§ 1º e 2º, 5º, 21 § 2º e outros da Lei nº 9.307/96. Enfim, dando guarida ao princípio da autonomia da vontade, que é a força motriz da arbitragem, as partes fixam a moldura do

¹⁰ Carlos Alberto CARMONA, *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, São Paulo, Atlas, 2º ed., p. 89, 2004.

¹¹ Note-se, por oportuno, que a cláusula compromissória pode revestir-se de várias espécies, tais como, a cláusula arbitral por referência ou tácita e a que é estendida a grupo societário. Cf, neste sentido, SEC nº 856 – STJ, j.18.05.2005, Apelação nº 267.450.4/6-00, j. 24.05.2006-TJSP e nossos artigos *O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à luz da Convenção de Nova Iorque de 1958*, Newsletter DGAE – Direção – Geral do Ministério da Justiça de Portugal, n. 06, março de 2006, p. 14/16 e *O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro e a Convenção de Nova York: uma nova era para a arbitragem comercial internacional*, disponível em www.ccbc.org.br (arbitragem, artigos).

¹² René DAVID, *L' Arbitrage dans le Commerce International*, Paris. Economica, p. 9, 1982.

¹³ À guisa de ilustração, pode-se nomear 5 tipos ou formas de instituir a arbitragem, dependendo da óptica examinada: arbitragem *ad hoc*, arbitragem institucional, arbitragem internacional, arbitragem internacional interamericana, arbitragem supervisionada e arbitragem diferida.

quadro em que o árbitro se pautará para exarar sua decisão. As diretrizes estabelecidas pelas partes na Convenção de Arbitragem são de caráter indeclinável e devem ser observadas pelos árbitros, sob pena de anulação da sentença arbitral, tal como previsto no art. 32, IV (for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem) e, em se tratando de sentença arbitral estrangeira, ocasionar seu não reconhecimento, homologação e execução no país em que se solicita o *exequatur*, tal como estabelecido no art. 38, IV e art. V, 1 (c) da Convenção de Nova Iorque.

Impende esclarecer que a Lei nº 9.307/96, prestigia e reconhece o importante papel das instituições arbitrais, haja vista o disposto nos arts. 5º, 13, § 3º e 21. Na esfera internacional idêntica atenção é dispensada à arbitragem institucional, como se verifica na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, firmada no Panamá em 1975 e em vigor no Brasil por força do Decreto (de promulgação) nº 1.902, de 09 de maio de 1996, que na ausência de estipulação das partes quanto à forma de operacionalizar a arbitragem na área privada interamericana (e em Portugal, que também a subscreveu), automaticamente remete as partes à arbitragem administrada pela Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial - CIAC (art. 3º).

Ressalte-se, assim, que as principais características e efeitos da Convenção de Arbitragem, em ambas as modalidades, cláusula compromissória e compromisso arbitral, são de instituir compulsoriamente a arbitragem (efeito positivo), afastar a propositura de demanda judicial (efeito negativo) e estabelecer a forma como o árbitro deverá solucionar a controvérsia, bem como os limites de sua investidura.

Por sua vez, o Termo de Arbitragem (TDA) vem a ser um instrumento processual arbitral previsto em regulamentos de diversas instituições arbitrais no Brasil, tendo importante função ordenadora da arbitragem. Por meio dele as partes podem efetuar as adaptações nas regras do regulamento que julgarem

necessárias às suas especificidades e que sejam possíveis (sem violar normas cogentes, tais como, os princípios da igualdade de tratamento das partes e do contraditório). Como exemplo mais patente pode-se citar a questão referente aos prazos, pois, muitas vezes, os 15 dias previstos em alguns regulamentos de Centros ou Câmaras de Arbitragem para as partes apresentarem suas alegações iniciais e finais, em face da complexidade da matéria, são exíguos.

O TDA também tem a finalidade de delimitar a controvérsia, esclarecer sobre o local sede da arbitragem, a lei aplicável, a autorização para os árbitros decidirem por equidade, qualificar os árbitros etc. Este instrumento em tudo se assemelha à “Ata de Missão” ou “*Terms of Reference*” da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI. A referida “Ata de Missão” passou a integrar o regulamento da CCI em 1955, e teve suas origens no primeiro regulamento redigido em 1922, que dispunha sobre o “formulário de submissão”, no qual deveria constar o nome das partes e do árbitro, o local e objeto da arbitragem, as razões das partes etc. Tinha duplo objetivo: (i) oficializar as arbitragens CCI e (ii) cumprir com a exigência do compromisso arbitral, instrumento que outorgava efeito vinculante à arbitragem em muitas legislações, haja vista que essa entidade dedica-se, preponderantemente, às arbitragens internacionais.

O TDA, como mencionado, é instrumento processual organizador da arbitragem, que fornece às partes e aos árbitros a oportunidade de acordarem a respeito do procedimento, prazos, documentos e, principalmente, para identificar e delimitar a matéria objeto da arbitragem, que repercute no mister dos árbitros, garantido que a sentença arbitral decida nos limites do pedido.

A conceituação jurídica do TDA e a sua relação com a convenção de arbitragem merecem estudos e reflexões doutrinárias, haja vista as distinções de situações em que nos deparamos na prática, que não afetam o regular e legal processamento da arbitragem, mas que têm conotações diferentes. Explicamos.

A primeira situação a ser considerada é quando as partes comparecem e participam regularmente da arbitragem e estando acordes assinam o TDA. Nesta hipótese, o TDA em tudo se assemelha ao compromisso arbitral (art. 10 da Lei de Arbitragem).

A segunda situação é quando o demandado - não obstante regularmente intimado a participar da arbitragem e indicar árbitro -, não comparece, e consoante as disposições do regulamento de arbitragem eleito, o presidente da instituição arbitral indica árbitro em nome da parte ausente, bem como a falta de assinatura no TDA não obstaculiza o regular processar da arbitragem. Estas disposições supridoras da atuação da parte faltante estão em perfeita consonância com os permissivos legais, cujos dispositivos devem ser interpretados na suas respectivas dimensões lógica, sistemática e teleológica. Com efeito, a arbitragem está instituída quando os árbitros aceitam a investidura (art. 19 da lei de arbitragem) e o compromisso arbitral não é, portanto, imprescindível. Ademais, a revelia não obsta o regular processar da arbitragem (art. 22, § 3º da lei de arbitragem). Destarte, nesta situação, o TDA não teria a efetiva conotação de um compromisso arbitral.

Convém salientar que nesta hipótese, em que o demandado não comparece para firmar o TDA, recomenda-se aos seus redatores que se mantenham fiéis à Convenção de Arbitragem e não alterem nenhuma estipulação do Regulamento de Arbitragem. O Tribunal Arbitral deve pautar-se no Regulamento e o TDA ratificar todas as suas disposições sem nenhuma alteração de forma ou conteúdo.

Vale notar, que a jurisprudência comparada, ao se manifestar sobre a natureza jurídica da Ata de Missão da CCI, por vezes, equipara-a ao compromisso arbitral e, em outras, salienta que há distinção entre a Convenção de Arbitragem e a Ata

de Missão, cujo objeto consiste “em definir os pontos do litígio e a missão do árbitro”.

Realmente, o TDA tem na delimitação do objeto do litígio e do pedido das partes seus pontos mais importantes, que representam a estabilização da demanda. Ademais, apesar de ser a Convenção de Arbitragem o instrumento originário e vinculante da arbitragem, não se pode deixar de considerar que o TDA tem o condão de reiterar os termos da Convenção de Arbitragem, delimitar a controvérsia e ressaltar a missão do árbitro, que deverá ater-se às suas disposições, para não gerar motivos que ensejem a anulação da sentença arbitral.

Outra questão que merece atenção refere-se ao representante da parte indicado para firmar o TDA e seus respectivos poderes outorgados no instrumento de procuração. Neste sentido, considerando que o TDA quando assinado pelas partes e árbitros em tudo se assemelha ao compromisso arbitral, recomenda-se que o procurador ou mandatário esteja investido não apenas dos poderes de representação em geral, mas que na procuração conste expressamente o poder para firmá-lo, pois neste caso pode-se invocar o art. 661, § 2º do Código Civil, que exige autorização expressa para o mandatário firmar compromisso arbitral. Note-se, que para os advogados investidos nos poderes de atuar no judiciário, também há essa exigência exarada no art. 38 do Código de Processo Civil e que, talvez, se estenda à arbitragem, que apesar de ser extrajudiciária possui, indubitavelmente, característica jurisdicional.

Verificamos que essas particularidades foram notadas e encontram-se reguladas no novo Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio – AMCHAM, em vigor desde março de 2005, pois no art. 7.1. está prevista a exigência de o mandatário possuir poderes expressos para assinar o TDA (www.amcham.com.br/arbitragem).

Em suma, das considerações acima exaradas quanto à Convenção de Arbitragem concluímos: a) as principais características e efeitos da Convenção de Arbitragem, em ambas as modalidades, cláusula compromissória e compromisso arbitral, são de instituir compulsoriamente a arbitragem (efeito positivo) e afastar a propositura de demanda judicial (efeito negativo); b) a ação de instituição da arbitragem só deve ser proposta para cláusulas arbitrais vazias; c) as diretrizes estabelecidas pelas partes na convenção de arbitragem são de caráter indeclinável e obrigatoriamente devem ser observadas pelos árbitros, sob pena de anulação da sentença arbitral, tal como previsto no art. 32, IV (for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem) e, em se tratando de sentença arbitral estrangeira, ocasionar seu não reconhecimento, homologação e execução no país onde se solicita o *exequatur*, tal como estabelecido no art. 38, IV e art. V, 1 (c) da Convenção de Nova Iorque.

Quanto ao Termo de Arbitragem (TDA), podemos exarar as seguintes considerações finais e conclusivas: a) diante de um TDA em que as partes estão presentes, este pode ser equiparado ao compromisso arbitral; b) quando o demandado estiver ausente, operando-se a revelia (art. 22, § 3º da lei de arbitragem), o TDA deve manter-se fiel ao regulamento da instituição arbitral; c) segundo a Lei de Arbitragem o que vincula as partes é a convenção de arbitragem; d) que a arbitragem está instituída quando os árbitros aceitam a investidura; e) que se a parte se fizer representar no TDA notar que seria oportuno que o procurador tivesse poderes específicos para firmá-lo; f) que a arbitragem é plenamente válida em ambas as situações (TDA assinado pelas partes ou diante da ausência do demandado) e, portanto, estará regularmente instaurada a arbitragem e a sentença arbitral proferida receberá a chancela legal.

Selma Ferreira Lemes, é advogada, mestre e doutora pela Universidade de São Paulo-USP. Integrou a Comissão Relatora da atual Lei de Arbitragem. Coordenadora e Professora do Curso de Arbitragem do GVLAW da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – EDESP/FGV. Integra o corpo de árbitros de diversas instituições arbitrais no Brasil e no exterior.