

Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes.

Selma M. Ferreira Lemes *

1. Introdução

O elemento volitivo que permeia a arbitragem é sua razão de ser e existência. É no princípio jurídico da autonomia da vontade que repousa a arbitragem, posto que como forma de solução de controvérsias só pode surgir como sucedâneo à via judicial, quando as partes no negócio entabulado prevêem a cláusula compromissória ou sobre ela disponham em documento apartado.

Estabelece o artigo 4º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) que 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. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira (parág. 1º, art. 4º).

As partes ao preverem a instância arbitral podem redigir a cláusula compromissória como desejarem, mas devem estabelecer algumas condições mínimas de operacionalização, tais como se a arbitragem será institucional e neste caso será observado o regulamento da instituição nomeada (art. 4, parág. 5º)¹ e, se for "ad hoc", a forma de indicação de árbitros, e maneira de iniciar a arbitragem, bem como outras disposições facultativas ou suplementares, tais como o local da arbitragem, idioma e lei aplicável (normalmente presente em contratos internacionais), prazo para a prolação da sentença arbitral, etc.

* Advogada, Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem, Diretora da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo – CIESP/FIESP..Este artigo encontra-se publicado no livro "Reflexões sobre Arbitragem, *In Memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima", Pedro Batista Martins e José M. Rossani Garcez (orgs.), São Paulo, LTr, 2002, p.188/208.

¹ Normalmente as instituições arbitrais dispõem das denominadas "cláusulas-tipo", que redigidas em termos gerais fornecem os elementos básicos para o regular processamento da arbitragem.

Todavia, constata-se na prática, que nem sempre a cláusula compromissória tem redação que forneça com clareza a forma de instituir a arbitragem e qual foi a real intenção das partes em elegê-la, para dirimir controvérsia oriunda daquele contrato. Neste sentido este trabalho tem por objetivo identificar as referidas cláusulas compromissórias e fornecer norte orientador para interpretá-las, verificando como a doutrina e a jurisprudência nacional e comparada estabeleceram princípios jurídicos e firmaram conceitos que auxiliam neste mister hermenêutico.

2. Cláusulas Arbitrais Patológicas

Em estudo elaborado em 1974, Frederic EISEMAMM denominou de *clauses pathologiques* (cláusulas doentes) as cláusulas defeituosas, imperfeitas ou incompletas, que pela ausência de elementos mínimos suscitam dificuldades ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem.² A redação imperfeita da cláusula arbitral representará a instauração de um contencioso parasita, redundando na procrastinação da arbitragem, posto que a parte que não tenha interesse em instituí-la fará uso da redação imperfeita, ambígua ou contraditória para suscitar interpretações diferentes ou alegar a nulidade da cláusula compromissória, adiando, assim, o regular processamento da arbitragem.³

Essas cláusulas podem ser classificadas como cláusulas arbitrais (i) inválidas ou (ii) suscetíveis de validade. As primeiras (i) são cláusulas redigidas de tal forma incongruente, que da leitura não se pode aferir tratar-se de cláusula compromissória, tais como quando, apesar de receber a denominação de cláusula arbitral preveja procedimento que mais se assemelha à conciliação ou à mediação, bem como quando estabelece, na verdade, uma avaliação pericial. Cláusulas assim redigidas não permitem que se infira que as partes elegeram a arbitragem para solucionar a controvérsia existente e serão consideradas nulas e de nenhum efeito no que concerne à instância arbitral.

Por sua vez as cláusulas suscetíveis de validade (ii) são as cláusulas arbitrais em branco ou vazias, que não esclarecem a forma de eleição

² F. EISEMAMM, "Les clauses d'arbitrage pathologiques", *Essais in memoriam* Eugenio Minoli, Utet, 1974, p.20, Apud Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD e Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, p. 283, 1996. Cf Matthieu de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Lille, GLN, p. 480.

³ Cf P. FOUCHARD et alii, *op.cit.*, p. 284.

dos árbitros ou o modo da arbitragem (institucional ou *ad hoc*), as que indicam erroneamente instituição arbitral ou de modo insuficiente, as que apenas indicam o local da arbitragem, as que prevêem a arbitragem e, no mesmo documento ou em apartado, indicam o foro judicial (cláusulas contraditórias), as que a redação indica a arbitragem para solucionar questões referentes à execução do contrato, podendo subentender-se que as questões surgidas e referentes à rescisão do contrato estariam excluídas (cláusulas ambíguas); enfim, na presença de cláusulas formuladas de forma ambígua, contraditória, deficiente, omissa ou imperfeita, todas incluídas no gênero de cláusulas arbitrais patológicas, doentes ou defeituosas demandam interpretação a ser efetuada, conforme o caso, pelas cortes judiciais, instituições arbitrais *prima facie*, e pelo tribunal arbitral ou árbitro único, que avaliarão a real intenção das partes, verificando a existência e validade da convenção de arbitragem naqueles moldes redigida.⁴

3. Cláusula Arbitral Vazia ou Branca e os Paradigmas estabelecidos pelo STF e TJSP

Antes de analisarmos os princípios jurídicos e os conceitos firmados que auxiliam na verificação da real intenção das partes a fim de instituir ou não a arbitragem, permitimo-nos breve digressão para tecer algumas considerações sobre a cláusula arbitral vazia ou branca, em face do art. 7º da Lei de Arbitragem e o entendimento firmado pela Corte Excelsa (incidente de inconstitucionalidade no Agravo Regimental de Sentença Estrangeira nº 5206-7, Reino da Espanha), que apesar de ainda não findo o julgamento, já conta com a maioria absoluta dos votos que garantem a constitucionalidade dos aludidos dispositivos da Lei nº 9307/96. Posição firme e esclarecedora também foi adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravo de Instrumento nº 124.217.4/0, da Quinta Câmara de Direito Privado em 16.09.99, voto vencedor do Desembargador SILVEIRA NETTO). São paradigmas a nortear a aplicação dos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da Lei nº 9.307/96. Com efeito, o art. 7º representa inovação importante da lei (em conformidade com as legislações arbitrais hodiernas), dispondo sobre a ação judicial para instituição da arbitragem, dando vigência à cláusula compromissória inserida em contrato, quando houver resistência da outra parte em dar início à arbitragem. No incidente de inconstitucionalidade supracitado, sustentou o Ministro Sepúlveda Pertence que o art. 7º, ao albergar a cláusula compromissória, caracterizaria renúncia genérica, de objeto indefinido, a garantia de

⁴ Impende observar que a lei de arbitragem denomina convenção de arbitragem tanto a cláusula compromissória como o compromisso (art. 3º)

acesso à jurisdição. A renúncia ao direito de ação não existe *in abstracto*. No transcórre do julgamento o Ministro Nelson Jobim contrapôs com o argumento que a Constituição não proíbe que as partes contratem formas extrajudiciais de solução de conflitos que possam surgir no âmbito de um determinado contrato, não havendo, aí, renúncia abstrata à jurisdição, mas reconhecimento da liberdade individual. Aduz que, na ação do art. 7º é o autor, e não o juiz, quem estabelece os contornos do conflito que será objeto do compromisso. O juiz limita-se a verificar se estão compreendidos nos limites do contrato.

O art. 7 da lei outorga **eficácia positiva** à cláusula compromissória, diante da resistência da parte em instituir a arbitragem que livremente pactuou. Estabelece o procedimento judicial para cumprimento de uma obrigação de fazer, para obter o resultado esperado, na linha dos movimentos renovadores da efetividade do processo civil, que priorizam o elemento teleológico do processo, revertendo o axioma de que toda obrigação de fazer descumprida redundaria em perdas e danos.⁵ Observamos 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; daí, portanto, o que se espera com a referida ação é a “concretização” pelo juiz do direito do credor em instituir a arbitragem, consoante asseverado pelo Ministro Relator Maurício Corrêa na SEC 5. 847-1 – STF. Não se trata de substituir a vontade do devedor; também não se refere à cláusula arbitral aberta e sem fronteiras, mas a negócio delimitado no âmbito do contrato.

Acrescentou, o Ministro Ilmar Galvão, ao proferir seu voto que o art. 7º: *“o julgador brasileiro não pode interpretar a nova lei no sentido de tornar inócuo o dispositivo que equipara a cláusula, atribuindo-lhe eficácia, ainda que mediante recurso à sentença judicial, sob pena de mostrar-se insensível às mudanças que no mesmo período ocorreram em diversas legislações, mesmo porque, inclusive, se alinha com os textos internacionais com vigência no Brasil, tal como o Protocolo de Genebra de 1923 e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial firmada no Panamá”*.

⁵ 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, no item 14.2 encontra-se reproduzido trabalho conjunto que elaboramos sobre a constitucionalidade do art. 7º da Lei de Arbitragem analisada no contexto nacional e comparado.

Por outro lado ponderara a Ministra Ellen Gracie que *"negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se a submissão a via expedita de solução de controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato em que inserida essa previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido considerada básica à formação da avença."* Nos demais votos exarados, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio Mello perfilharam o mesmo entendimento declarando a constitucionalidade do art. 7º e os demais mencionados.

Note-se, ademais, que do art. 7º da lei defluem dois comandos. O primeiro é que ele tem função supletiva, vale dizer, **só deve ser acionado na presença de estipulação arbitral vazia ou branca**, verificada quando as partes em um contrato estabelecem que as futuras divergências serão solucionadas por arbitragem, mas nada estipularam quanto à forma de instituir a arbitragem ou indicação de árbitros. Assim, 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. 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 ou fora esclarecido o modo de iniciar o processo arbitral. Veja-se que, consoante disposto no art. 19, estará constituída a arbitragem quando aceito o encargo pelo árbitro. Este entendimento foi o adotado no Agravo de Instrumento nº 124.217/0, de 16.09.99, TJ-SP⁶ e confirmado pelo STF, consoante disposto no julgamento acima relatado. 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.⁷

4. Competência da Instituição Arbitral, Tribunal Arbitral e Judiciário para Verificar a Existência e Validade da Cláusula Compromissória

⁶ Verificar no item 5. 5 os comentários do citado precedente do TJSP.

⁷ 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.

Em sede de arbitragem institucional competirá à instituição arbitral efetuar a apreciação "*prima facie*" da existência e validade da cláusula compromissória, a fim de que a arbitragem seja impulsionada, mas, em seguida será atribuição do tribunal arbitral instituído ou do árbitro único avaliar quanto à sua competência e jurisdição, advinda de cláusula arbitral válida e eficaz, consoante deflui do princípio denominado da "competência-competência", previsto no art. 8º, parág. único da Lei n. 9.307/96, que determina que o árbitro de ofício ou por provocação das partes decidirá acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.⁸

No caso de arbitragens institucionais são freqüentes as designações equivocadas quanto à denominação da instituição, como demonstram os precedentes jurisprudenciais a respeito, em especial as referentes à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, em que as partes em vez de dispor que a arbitragem observará as regras da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, redigem cláusulas indicando a Câmara de Comércio de Genebra, a Câmara de Comércio internacional de Londres, a Câmara de Comércio de Paris, ou Corte Internacional de Arbitragem em Paris, Arbitragem em Genebra conforme as regras CCI, Corte de Arbitragem Internacional de Genebra, etc.⁹ Nos exemplos citados, consoante o previsto no Regulamento da CCI, art. 6 (2), a Corte efetua avaliação da situação para verificar se as partes tiveram a intenção efetiva de indicar a CCI, não obstante os equívocos existentes.¹⁰

Yves DERAÏNS e Eric SCHWARTZ¹¹ comentando mencionada disposição e se referindo aos exemplos supracitados esclarecem que a CCI, no

⁸ Cf Carlos Alberto CARMONA, *Arbitragem e Processo*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 118.

⁹ Jean BENGLIA, *La désignation défectueuse de la CCI*, "Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI", v. 7, n. 2, p 11, dez./ 1996.

¹⁰ Art. 6 (2) "Se a Demandada não contesta a Demanda segundo o previsto no art. 5, ou se alguma das partes formula uma ou várias exceções relativas à existência, validade ou alcance do acordo de arbitragem, a Corte se estiver convencida, *prima facie*, da possibilidade da existência de um acordo de arbitragem de conformidade com o Regulamento, poderá decidir, sem prejuízo da admissibilidade ou dos fundamentos das mencionadas exceções, que prossiga a arbitragem. Neste caso, corresponderá ao Tribunal Arbitral adotar a decisão sobre sua própria competência. Se a Corte não estiver convencida da mencionada existência, notificará às partes que a arbitragem não pode prosseguir. Neste caso as partes conservam o direito de solicitar uma decisão de qualquer tribunal competente sobre se existe ou não um acordo de arbitragem que as obrigue." (tradução livre). Regulamento de Arbitragem vigente a partir de 01 de janeiro de 1998.

¹¹ Yves DERAÏNS e Eric SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, The Hague, Kluwer, p. 90, 1998.

sentido de permitir que a arbitragem seja impulsionada, faz análise ampla da proposição, que vai além das precisas palavras usadas pelas partes, no sentido de determinar se estas tinham a intenção de se referir a CCI. Saliendam que dois fatores em particular são verificados, conforme o costume presente na instituição. O primeiro é que se as partes envolvidas são de nacionalidades diferentes e sem conexão com o lugar especificado na cláusula compromissória, a Corte pressupõe que a intenção das partes era de se referir a uma instituição internacional, em vez de nomear uma instituição doméstica. E a segunda e mais importante, a Corte verifica, em cada caso, se pode ser uma outra instituição em vez da CCI que as partes tiveram a intenção de se referir. Na falta de outra instituição que a cláusula pudesse claramente se referir, a Corte prefere construir uma interpretação própria para a cláusula arbitral, em vez de recusar a arbitragem desde o começo. Saliendam DERAIS & SCHWARTZ também é considerado o fato de ser a CCI a única instituição em Paris que tem a designação de Corte. A Corte freqüentemente aceita administrar arbitragens quando as partes referem-se a CCI em Genebra, Zurique ou Estocolmo, mesmo considerando que a sede da CCI é em Paris. As arbitragens serão processadas segundo as regras da CCI, e o local mencionado pelas partes será a sede do tribunal arbitral.¹²

Não obstante a CCI ter aceitado dar início à arbitragem, cumpre observar, conforme previsto no Regulamento, que competirá ao Tribunal Arbitral instaurado inicialmente avaliar a sua competência e, neste sentido, freqüentemente é lavrada pelo Tribunal Arbitral sentença arbitral intermediária, para decidir sobre a sua jurisdição no caso sob exame.

Deslocando o foco da análise para a seara doméstica verificamos que procedimento idêntico pode ser adotado pelas instituições arbitrais internas quando estiverem presentes cláusulas arbitrais que, por exemplo, elegem a arbitragem institucional em determinada localidade mas designam a instituição de forma equivocada. Evidentemente as situações devem ser devidamente avaliadas, verificando-se a real intenção das partes, por meio dos princípios interpretativos e dos conceitos a seguir mencionados. A providência a cargo da instituição de arbitragem é de iniciar o procedimento, mas competirá ao árbitro ou tribunal arbitral a manifestação quanto à existência e validade da cláusula compromissória (art. 8º, parág. único). No mesmo sentido competirá às partes manifestação a respeito na primeira oportunidade que tiverem que se pronunciar, conforme estabelecido no art. 20 da Lei

¹² Vide infra a jurisprudência arbitral comentada.

de Arbitragem, e ao final da arbitragem em sede de ação de anulação da sentença arbitral (art. 20, parág. 2º).

Importa observar que esta análise prévia também poderá competir às Cortes Judiciais quando, por exemplo, alegado em preliminar a existência da convenção de arbitragem (art. 301, IX do CPC) e enviar as partes para a arbitragem.

5. Os Princípios Interpretativos Utilizados para Aferir o Consentimento das Partes à Arbitragem.

Identificadas as cláusulas arbitrais patológicas e a possibilidade de avaliação prévia quanto à validade e existência das referidas cláusulas (art. 8º p. único), importa observar quais são os critérios e princípios interpretativos costumeiramente utilizados para perquirir se efetivamente houve o consentimento das partes à arbitragem, dispostos pela doutrina e jurisprudência judicial e arbitral.

Inicialmente cumpre salientar que, além dos princípios específicos de interpretação, às cláusulas arbitrais se aplicam os princípios comuns à interpretação dos contratos. Assim vejamos.

5.1. Princípio de Interpretação de Acordo com a Boa-fé

A boa-fé é a pedra angular a reger todas as relações jurídicas. Todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade jurídica devem comportar-se de boa-fé em suas recíprocas relações, o que pressupõe o dever de adotar um comportamento leal em toda a fase prévia da elaboração contratual (*diligencia in contraendo*), a perdurar no desenvolvimento das relações jurídicas constituídas entre as partes.¹³

Com efeito, a interpretação da convenção de arbitragem de acordo com a boa-fé, não significa que a parte que alega a inexistência de cláusula compromissória esteja agindo de má-fé, mas que na existência de divergência, o que se deve perquirir é a vontade real das partes ao firmarem o acordo, em vez da vontade declarada, consoante asseverado

¹³ Cf Franz WIEACKER, *El Principio General de la Buena fé*, Madrid, Civitas, 1982, p. 12. Prólogo de Luis DIEZ-PICAZO. Cf, no mesmo sentido nosso artigo "Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem", in *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro Batista MARTINS et alii, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p, 73/111.

por FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN.¹⁴ O comportamento será qualificado do má-fé quando uma parte externa argumento de natureza puramente formal, isolado do contexto ou manifestamente contrário à economia do acordo, seu objeto ou objetivo.¹⁵ Por sua vez a interpretação de boa-fé consiste em aplicar este princípio geral de direito com forte conotação ética, não se limitando à disposição literal, mas, em vez disso, perquirir a real intenção das partes ao estabelecerem a convenção de arbitragem.¹⁶ Neste sentido é necessário pesquisar e levar em conta, antes de tudo, as conseqüências que os contratantes razoável e legitimamente visaram, bem como verificar o comportamento das partes, seja na fase prévia como posterior ao contrato ou a controvérsia.

Note-se que perquirir a real intenção das partes ao firmarem a convenção de arbitragem, em vez de se ater à interpretação literal da cláusula, encontra guarida no art. 85 do Código Civil quando prescreve "*nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem.*" Enfim, diante da existência de cláusula arbitral ambígua ou contraditória deve ser pesquisada a real intenção das partes, ou seja, verificar o que os contratantes almejavam ao estabelecer a cláusula compromissória, para tanto, pode ser considerado tanto o comportamento conjunto anterior como o posterior à conclusão do contrato.¹⁷

A verificação da vontade das partes e a aplicação do princípio da boa-fé como regra de interpretação dos contratos estão regulados no art. 131, inciso 1º do C. Com.: "*a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.*"

O princípio da boa-fé foi acolhido na jurisprudência internacional no caso *Amco* (freqüentemente citado na jurisprudência arbitral), no âmbito do Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos – ICSID¹⁸ em 1983, ressaltando que "*todo acordo em que exista uma*

¹⁴ P. FOUCHARD *et alii*, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Paris, Litec, 1996, p. 278.

¹⁵ Vide infra os precedentes jurisprudenciais brasileiros firmados pelo STF e STJ.

¹⁶ Op. cit. p. 278.

¹⁷ Cf. precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 124.217/0, 16.09.99 Desembargador SILVEIRA NETTO, voto vencedor mencionado no item 5.5..

¹⁸ O ICSID foi instituído no âmbito da Convenção sobre Resolução de Conflitos sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, firmada em Washington

convenção de arbitragem deve ser interpretado de boa-fé, isto é, levando em consideração as conseqüências do acordado pelas partes, podendo ser considerado como sendo o razoável e legitimamente visado"¹⁹.

Fundamentando-se também no princípio da boa-fé ressalta Matthieu de BOISSÉSON, que o Tribunal de Grande Instância de Paris em decisão prolatada em 1º de fevereiro de 1979, decidiu que uma parte não pode se prevalecer de uma ambigüidade ou contradição da cláusula compromissória que ela mesmo redigiu. Assim, comenta o jurista francês, que se impõe o cuidado de exigir, particularmente do contratante "dominante" uma atitude de boa-fé.²⁰

No âmbito interno o Plenário do STF em 1 de dezembro de 1999 (DJU 17.12.99) concedeu o *exequatur* para execução de sentença arbitral estrangeira nos autos do reconhecimento de sentença arbitral estrangeira do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, sentença estrangeira contestada n. 5.847-1. O STF não apenas invocou o princípio da boa-fé como razão de decidir, como reconheceu que a parte recalcitrante aceitara submeter-se à arbitragem, reconhecendo a cláusula compromissória em decorrência do comportamento posterior da parte. Referia-se a uma arbitragem processada consoante as regras de arbitragem da *Liverpool Cotton Association Limited* em que figuravam as empresas *Aiglon Dublin Limited* (Aiglon) e a *Teka Tecelagem Kuenrich S/A* (Teka) .

Versava a questão sobre contrato de compra e venda que teve controvérsia dirimida por arbitragem; a sentença arbitral determinou que a Teka efetuasse à outra parte o pagamento de determinada quantia em dinheiro, acrescida de juros e verbas rescisórias. Alegou a empresa requerida (Teka) cerceamento de defesa e que não firmara contrato e conseqüente cláusula compromissória. Todavia, com seu comportamento reconheceu a validade da cláusula compromissória, posto que, apesar de não se manifestar sobre a indicação de árbitro, atendeu ao solicitado pelo Tribunal Arbitral, apresentando as provas solicitadas. Note-se que nos autos do processo que tramitou perante o STF, refutando a alegação de inexistência da avença, foram juntadas

em 1965. Cf Guido da Silva SOARES, *Órgãos de Soluções Extrajudiciárias de Litígios*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 79.

¹⁹ P. FOUCHARD *et alii*, op. cit., p. 278.

²⁰ Mathieu de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Lille, GLN, p. 70.

pela requerente (Aiglon) cópias de documentos, tais como o contrato, guia de importação, correspondências trocadas entre as empresas e comprovante de recebimento da mercadoria. Em decorrência o Ministério Público Federal solicitou a incursão da requerida nas penas do art. 18 do CPC por litigância de má-fé.

Em outro precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ os princípios da boa-fé e do *venire contra factum proprium* escorados no art. 243 do CPC ("*quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa*") foram os balizadores da célebre decisão no caso Ivarans Rederi v. Lloyd Brasileiro em que uma parte apesar de ter participado da arbitragem, alega posteriormente vícios na instauração do processo. Tratava-se de arbitragem internacional que teve sede no Rio de Janeiro, aplicando-se-lhe a legislação brasileira (CPC arts. 1072 a 1102). Foi levado à homologação o laudo arbitral ditado. A parte vencida, impugnou-a alegando vícios no compromisso (ausência da assinatura de duas testemunhas e não qualificação dos árbitros), com fundamento no art. 1100, I e II, do CPC. Após terem sido refutadas as alegações da impugnante, foi o laudo arbitral homologado em primeira instância e reformulado pela 7ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que decretou a nulidade do laudo arbitral. Em sede de Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça - STJ, o laudo arbitral foi restabelecido, sendo lapidares as ponderações do Ministro Relator, Gueiros Leite, relator do acórdão, *verbis*:

"(...) Acrescente-se a tudo um fato de real importância, que os recorrentes abordaram ao exame do art. 243 do CPC. A recorrida, empresa de navegação da Noruega, submeteu-se voluntariamente à arbitragem internacional, acompanhando-a em todos os seus trâmites. E somente anos depois veio argüir a invalidade do compromisso, porque a decisão lhe fora contrária. Submeteu-se à arbitragem dela participou ativamente, quando poderia tê-la impugnado ao ser instaurada. O cumprimento espontâneo, por ela, da cláusula arbitral conduziu ao aparelhamento do compromisso. Daí a alegada infringência, pelo acórdão, ao art. 243, do CPC, que acolho, pois quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa'. Do mesmo passo os arts. 372 e 374 do CPC "

(...) Sobre matéria semelhante, colhida em acórdão na Sentença Estrangeira n. 3.236, da França, o STF, tratando da preclusão, disse que o advogado da impugnante estava presente ao juízo arbitral e poderia ter oferecido oposição antes do 'exequatur'. Não o fez e estava pretendendo impedir a execução da sentença. As partes instituem o juízo arbitral – comenta o Ministro ALFREDO BUZAID, Relator – comprometem-se a respeitar sua decisão e, depois de passados alguns anos, vendo que a condenação vai ser elevada, uma delas pretende impedir o seu cumprimento. Deixando de oferecer, no caso concreto, após regularmente citada, qualquer oposição ou recurso, não pode agora alegar, em seu benefício, as conseqüências de sua própria omissão (cf., igualmente, voto-vista do Min. NÉRI DA SILVEIRA, RTJ 111/175). De igual modo, na sentença estrangeira n. 2456, do Reino Unido da Grã-Bretanha, o STF profligou o comportamento de outra empresa que compareceu ao juízo arbitral e prévia e validamente sujeitou-se a ele, para depois arrepender-se de haver prometido dar cumprimento à decisão quando submetida à homologação (Voto do Min. DECIO MIRANDA, RTJ 105/497).

Acrescentou, então, o Ministro Nilson NAVES ao acompanhar o voto do ministro Gueiros LEITE, *verbis*:

*"(...) tudo começou e terminou sem impugnação de ordem formal. Porém, requerida a homologação do laudo arbitral, por petição de 21.1.86, veio a impugnação, por petição de 21.7, com apoio no art. 1100, incisos I e II, do Cód. de Pr. Civil. Impugnação tardia e por parte de quem lhe dera causa. Pelo menos, para ela concorrera. Dera ou concorrera, porque a partir do momento em que, preliminarmente, ficou resolvido que o local da arbitragem seria o Rio de Janeiro, a lei aplicável tornou-se a lei brasileira, que prevê o compromisso. Afinal, tanto a ninguém é dado desconhecer a lei, quanto a ninguém se ouve quando alega a própria. E o art. 243 bem se aproxima do princípio **nemo auditor propriam turpitudinem allegans**". (R.Esp. 616-RJ - 890009853-5, j. 24.04.90, DJU 13.8 e 03.9.90 - relator Min. Gueiros Leite). ²¹*

5. 2. Princípio do Efeito Útil ou da Efetividade

O princípio de interpretação da cláusula arbitral patológica consoante seu efeito útil é universalmente aceito e aplicado na jurisprudência arbitral, representando antes de tudo regra de bom senso. Na jurisprudência francesa, deflui do preceito estabelecido no artigo 1157

²¹ Lex Jurisprudência do STJ/TRF, fev., 1991, 18:108- 30.

do Código Civil Francês ao dispor que quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, devemos dar preferência àquele que possa produzir um efeito útil, em lugar daquele que não se possa produzir nenhum.²²

Semelhante disposição é encontrada no vetusto Código Comercial Brasileiro em vigor, que como regra de bom senso estatui:

"Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1º. – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2º. – as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que não o forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas.

3º. – o fato dos contraentes, posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato."

Com efeito a interpretação consoante o efeito útil significa que devemos supor que os redatores de uma cláusula arbitral tinham a intenção de outorgar-lhe um significado real e possível de operacionalização.

Tanto a jurisprudência dos Tribunais como a originária da instância arbitral é fértil em reconhecer e aplicar o preceito da interpretação consoante o efeito útil. O *leading case* neste sentido no âmbito da CCI foi a sentença arbitral prolatada no caso n.º 1434 (1975), pontificando o tribunal arbitral que *"uma regra de interpretação universalmente admitida exige que ante duas interpretações contrárias ou de dois significados possíveis do mesmo termo de um contrato, e diante da dúvida, se prefere a interpretação que confira às palavras um determinado alcance, antes de considerá-las como inútil ou absurda. Este ' princípio do efeito útil', denominado também de ' princípio da efetividade' ('ut res magis valeat quam pereat') está consagrado, especialmente pelo art. 1157 do Código Civil. "*²³

²² "Article 1157 du Code Civil Français: lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun."

²³ Yves DERAÏNS, *Jurisprudência Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, Civitas e Corte Española de Arbitraje, 1985, p. 149.

O mesmo princípio foi invocado no caso n. 3380 (1980) da CCI, em que um Tribunal Arbitral com sede em Genebra num litígio entre uma empresa italiana e uma empresa estatal síria, em que no contrato firmado entre as partes, a cláusula 19 previa a arbitragem em Genebra segundo os princípios gerais de direito e justiça (*"arbitration shall be held at Geneva (Switzerland) and shall judge according to the general principles of law and justice"*). Todavia a menção aos princípios gerais de direito e justiça fora incluída na versão final do contrato de forma manuscrita, aprovada pelas partes em substituição ao texto inicial que previa o julgamento por equidade. Por outro lado, a cláusula 25 do contrato mencionava que o contrato estava sujeito e fora estabelecido de acordo com as leis da Síria (*"this agreement shall be subject to and constructed 'sic' in accordance with the law in Sryria"*). Os árbitros diante das cláusulas contraditórias com referência ao direito aplicável, decidiram interpretando a vontade das partes que utilizariam a título principal o direito sírio e supletivamente os princípios gerais de direito e justiça. Neste caso, as duas cláusulas eram contraditórias e o Tribunal Arbitral considerou que deveria predominar o princípio "do efeito útil" das estipulações contratuais.

O Tribunal Arbitral fundamentou-se no mesmo princípio citado no caso 1434, observando que para interpretar as cláusulas contraditórias estabelecidas pelas partes, deveriam dar prioridade ao efeito útil das estipulações contratuais. Ademais, o Tribunal Arbitral formulou também a presunção de competência dos negociadores de um contrato, considerando que estes não podiam ignorar o alcance das cláusulas que estipulam num contrato.²⁴

5.3 Rejeição do Princípio de Interpretação Estrita ou Restrita

FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN,²⁵ criticam a aplicação do princípio da interpretação estrita ou restritiva da cláusula compromissória.²⁶ A

²⁴ Yves DERAIS, *Jurisprudência Arbitral de la Câmara de Comercio Internacional*, Madrid, Civitas e Corte Española de Arbitraje, 1985, p. 306.

²⁵ Op. cit., p. 280.

²⁶ Yves DERAIS, Op.cit. p. 367. No precedente verificado no caso 4392 (1983) o árbitro decidiu que não tinha competência para decidir sobre questão que no seu ponto de vista não decorria da avenca anterior, cujo contrato dispunha de cláusula arbitral. Neste caso uma empresa iugoslava adquirira de uma empresa alemã uma instalação para a fabricação de vigas de concreto armado. O contrato previa também a montagem das instalações. Com base em uma oferta e um pedido posterior ao contrato, uma serra para cortar as vigas de concreto armado. A empresa demandante alegava que a instalação e a serra de cortar vigas apresentavam defeitos que impossibilitavam a sua utilização. Decidiu o árbitro que a questão referente a serra de cortar as vigas de concreto estavam fora da arbitragem, acatando entendimento da

interpretação é estrita quando é rigorosa e exata, atenta ao teor literal, não comportando extensão ou analogia; por sua vez a interpretação é restritiva quando se mantém dentro de certos limites; é reduzida.

Todavia, considerando o critério consensual que predomina em todos os temas da arbitragem, a interpretação estrita deve ser considerada exceção à regra. A esse respeito observa DERAÏNS que : *"esta exceção se justifica quando se trata de saber se os contratos teriam previsto realmente um arbitragem, ou de determinar as categorias de litígios que tenham querido submeter à arbitragem, pois que o que se trata é de comprovar a existência ou o alcance da vontade que outorga ao árbitro seu poder jurisdicional. Porém, uma vez que não haja dúvidas a respeito, a teoria segundo a qual prevalece o espírito sobre a letra, que entre outros reconhece o art. 1156 do Código Civil francês, recupera todo o seu rigor. Assim, a intenção das partes que incluem uma cláusula de arbitragem num contrato é, seguramente, a de que esta cláusula permita que se dê uma solução arbitral aos litígios que entram dentro de seu campo de aplicação. Isto supõe que as partes tenham concluído uma cláusula válida e que esta cláusula seja eficaz."*²⁷ (tradução livre)

Foi a sentença arbitral ditada no caso AMCO, em 25.09.83 no âmbito do ICSID, acima referida, que definitivamente firmou um princípio de ordem geral, que refuta o critério de interpretação restrita ou estrita: *" Como toda outra convenção, uma convenção de arbitragem não deve ser interpretada restritivamente, nem de resto extensivamente ou de modo liberal. Ela deve ser interpretada de uma maneira que conduza a encontrar e respeitar a comum intenção das partes: um tal método de interpretação não é outro que a aplicação do princípio fundamental pacta sunt servanda comum a todos os sistemas de direito interno ou ao direito internacional."*²⁸ (tradução livre)

demandada, que alegara que a entrega da máquina se fizera com base em acordo com condições gerais de venda, com eleição de foro judicial competente. O árbitro esclareceu que em caso de dúvida, os acordos relativos à arbitragem somente permitem uma interpretação restritiva e deve ater-se, em primeiro lugar ao texto. Analisando referida decisão Yves DERAÏNS, comenta que o árbitro não deveria ter-se dado por incompetente para julgar também a questão referente a serra de cortar concreto armado, posto que estava ínsito como acessório ao contrato anterior, bem como quando o demandado entregara as condições gerais de venda para a demandante deveria ter a esta esclarecido o alcance do negócio e deixado claro que não considerava consectário da avença principal. considerar-se como uma exceção.

²⁷ Op. cit., p. 130.

²⁸ FOUCHARD et alii, p. 281. Ademais, observam os citados autores que as jurisdições francesas nunca fizeram das convenções de arbitragem uma interpretação estrita e, muito menos, restritiva.

5.4. Interpretação da Indicação Equivocada da Instituição Arbitral como Erro Material e Verificação dos Documentos Pré-Contratuais

Em um litígio instaurado para solucionar controvérsia surgida com referência à exploração de duas patentes depositadas na França, de origem alemã, pertinente a contrato de distribuição e de outros contratos firmados de comercialização e de cessão de direitos das referidas patentes, que redundou no caso n.º 6.709 (1991) da CCI, o Tribunal Arbitral constituído deveria aferir quanto sua competência para solucionar a questão, posto que a cláusula compromissória figurava no contrato de licença firmado pelas partes.

Ab initio, a demandada alegara incompetência do Tribunal Arbitral para resolver a controvérsia, posto que a cláusula compromissória não previa a administração da Câmara de Comércio Internacional, mas mencionava que as controvérsias seriam dirimidas de acordo com o Regulamento de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio de Paris. O Tribunal Arbitral, com fundamento no direito de decidir sobre sua própria competência (art. 8.3 do regulamento da CCI e art. 1466 do NCPC), similar ao art. 8.º p. único da Lei n.º 9.307/96, asseverou que "...o princípio da competência – competência é uma regra fundamental de todo tipo de processo e compreende o processo arbitral e não é, aliás, contestado pela demandada. O Tribunal pode e deve, então analisar as diversas exceções levantadas." ²⁹ (tradução livre)

O Tribunal Arbitral ao interpretar a cláusula compromissória invocando o conceito de *erro material* salientou que: "...há sempre lugar para julgar que a omissão da palavra 'internacional' na cláusula final do contrato decorre de um erro puramente material e que a intenção comum das partes foi claramente de ver os conflitos arbitráveis pela CCI de Paris (Corte de Apelação de Paris, de 22 de outubro de 1985)." ³⁰ (tradução livre)

D. HASCHER, comentando a sentença arbitral mencionada, anota que a indicação defeituosa não tem a conseqüência de negar a competência da CCI, pois se tratava "*d'une simple erreur de plume*", a intenção das partes de recorrer à arbitragem organizada pela CCI. ³¹ Para chegar a essa conclusão o Tribunal Arbitral fundamentou-se nas negociações pré-contratuais e uma minuta de contrato elaborado pela demandada que

²⁹ Jean-Jacques ARNALDEZ, Yves DERAIS e Dominique HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1991-1995*, The Hague, Kluwer, 1997, p.436.

³⁰ Op. cit. p. 436.

³¹ Op. cit. p. 438.

continha a cláusula compromissória mencionando expressamente o Regulamento de Arbitragem da CCI, bem como levou em consideração o fato de as partes serem comerciantes de nacionalidades e domicílios diferentes.

A decisão exarada pelos árbitros estava em consonância com os precedentes jurisprudenciais arbitrais (sentenças CCI ns. 4.472, 4.023, 3.460, 2.626 e 5.103). Aliás, observa HASCHER, como sobejamente sublinhado pela jurisprudência, a redação desajeitada (“*maladroite*”) de uma cláusula não impede que esta produza seus efeitos.³² Foi observado que a CCI é a única instituição com sede em Paris, que mantém um centro internacional de arbitragem que dispõe de um regulamento permanente e a vontade comum das partes não poderá ser realizada senão pela submissão da arbitragem, sob pena de privar a cláusula compromissória de toda a eficácia, a se ater à redação defeituosa do acordo. Aliás, este entendimento deflui também do “efeito útil da cláusula compromissória” e da interpretação *pro validate* da cláusula compromissória”,³³ consoante disposto na decisão n. 2321 acima mencionada que asseverou “*desde que as partes inseriram uma cláusula de arbitragem nos seus contratos, nos devemos presumir que a intenção foi de estabelecer um mecanismo eficaz para solucionar os litígios visados pela cláusula arbitral*”.³⁴ (tradução livre)

No precedente da CCI n.º 3460 (1980), em que uma empresa francesa e uma empresa estatal de um país árabe recorreram a um Tribunal Arbitral, com sede em Genebra para que se pronunciasse sobre a validade e sentido de uma cláusula compromissória que se referia ao “Regulamento da Câmara de Comércio Internacional com sede em Genebra”, uma das partes alegara que a cláusula era nula, posto que não existia nenhuma Câmara de Comércio Internacional em Genebra, negando a competência da CCI em Paris, tanto no campo de atribuição como no territorial.

A cláusula compromissória estipulada no contrato (cláusula 18.2), em francês, mencionava que “todas as divergências que derivarem deste contrato serão resolvidas definitivamente segundo o Regulamento de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional com sede em Genebra, por um ou vários árbitros nomeados em conformidade com este Regulamento”. Por sua vez a versão árabe do

³² Op. cit. p. 438.

³³ Analisado a seguir.

³⁴ Op. cit. p. 439 . Cf. Yves DERAÏNS, *Jurisprudencia Arbitral de La Camara de Comercio Internacional*, Madrid, p. 131.

contrato se referia ao "Regulamento de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional na sede desta em Genebra".³⁵

A demandada, empresa estatal árabe, dissera que a interpretação da cláusula arbitral deveria ser efetuada de modo restrito, por tratar-se de empresa pública³⁶ e que a intenção das partes, demonstrada por meio de correspondência, era a de eleger foro neutro para dirimir a controvérsia, conforme demonstrado por correspondências trocadas pelas partes na fase pré-contratual.

A parte demandante, a empresa francesa, alegara que "com sede em Genebra" significa estando em Genebra, reunindo-se em Genebra, efetuando-se em Genebra, situando-se em Genebra, ou qualquer outro significado parecido. Por sua vez a expressão "com sede em Genebra" significava em árabe "sede social em Genebra" e que a confusão era apenas aparente, com sede deveria ser interpretado com sede social e que o equívoco no que respeita à sede social de uma instituição, não pode ser interpretado como prova da inexistência da referida instituição ou da nulidade da cláusula compromissória.³⁷

Após avaliar as alegações das partes, constatar a ambigüidade nas versões francesa ("estando em Genebra") e árabe ("na sede desta em Genebra"), ambas com fé, o Tribunal passou a perquirir qual fora a real intenção das partes para verificar a sua competência para decidir a questão de fundo. Verificou que era difícil de conceber que a parte síria não soubesse (aliás, o que é de conhecimento corrente no cenário empresarial internacional) que a Câmara de Comércio Internacional é uma organização que tem sede em Paris e, o que era mais inconcebível ainda, que tivesse afastado a competência da CCI e não tivesse tido a precaução de certificar-se que a Câmara de Comercio Internacional com

³⁵ Cf Jean BENGLIA, "La désignation défectueuse de la CCI", *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, v. 7, n. 2, p 11/13, dez./ 1996 .

³⁶ Com referência ao conceito de arbitrabilidade subjetiva e objetiva e o enfoque dado à arbitragem envolvendo o estado e empresa pública conferir Cf Clávio VALENÇA FILHO, "Arbitragem e Contratos Administrativos", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 8, 2000, p. 370, José M. Rossani GARCEZ, "Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. Regras da lei n. 9307/96 e de outras legislações. Normas de ordem pública em diversos sistemas. Antecedentes Jurisprudenciais", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 12, 2001, p. 337/56 e nosso artigo "A Arbitragem e os Novos Rumos Empreendidos na Administração Pública. A Empresa Estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público", *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro Batista MARTINS, et alii, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 193.

³⁷ Cf Antonias DIMOLITSA, "Contestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage", *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, v.. 7, n. 2, p 14/ 23, dez./ 1996

sede em Genebra era distinta da CCI de Paris, se verdadeiramente queria não a instituir. Por outro lado foi notado que a redação dada à cláusula compromissória era similar à cláusula-tipo recomendada pela CCI, com exceção das palavras "com sede em Genebra", o que denota que as partes queriam eleger como tipo de arbitragem a da CCI e como lugar da arbitragem Genebra. Ademais, observa o Tribunal Arbitral, que resultava ao menos surpreendente que se a demandada, que afirmava querer solucionar a questão por arbitragem, não tivesse tido a cautela de verificar a existência de uma organização internacional que responda pelo nome de CCI em Genebra.

O Tribunal Arbitral após ouvir as partes, analisar os documentos contraditórios apresentados e as provas produzidas decidiu, por maioria, que deveria resolver a controvérsia apresentada, segundo as regras da CCI e que a sede do Tribunal Arbitral seria Genebra.³⁸ O Tribunal Arbitral ao exarar sua decisão fundamentou-se no princípio do efeito útil da cláusula compromissória, aferindo e analisando a fase pré-contratual para verificar a real intenção das partes em face da redação ambígua da cláusula compromissória.

Cumprе salientar, neste passo, ser prática comum dos árbitros verificar os documentos que consubstanciaram as negociações pré-contratuais para descobrir a vontade comum das partes, antes de proceder à análise exegética do texto da cláusula litigiosa, pretendendo apreender a realidade dos fatos, expressada nos documentos jurídicos.³⁹

A avaliação das negociações pré-contratuais é freqüentemente considerada na verificação *prima facie* de instituições arbitrais, principalmente na CCI, pois constituem indícios a contribuir na análise da existência de cláusula compromissória que vincula grupos societários (teoria da aparência). Muitas vezes os contratos são firmados por empresas integrantes de conglomerados econômicos e a empresa líder é chamada para compor a instância arbitral, mesmo que alegue não ter firmado o contrato em que figura a cláusula compromissória, mas fique demonstrado que também participara das negociações pela empresa coligada. Nestes casos, serão verificados os documentos anteriores e posteriores ao negócio, a fim de constatar ou declinar a competência dos árbitros. Assim, caso seja possível demonstrar à CCI que uma parte participou ativamente das negociações de um contrato, mesmo que não o tenha firmado ou participado de sua execução, a Corte de Arbitragem poderá estimar que *prima facie*, exista uma cláusula de

Cf DERAIS, op. cit. p 314/17.

³⁹ Ibid. p. 318.

arbitragem e transferirá para os árbitros, com fundamento no art. 6.2 do Regulamento, o cuidado de decidir se os elementos constituem uma realidade suficiente para que uma parte esteja vinculada à uma cláusula de arbitragem que ela não firmou (por pertencer ao grupo societário).⁴⁰

Com efeito, não somente na seara das instituições arbitrais quando avaliam a existência *prima facie* de convenção de arbitragem a teoria da aparência e a constatação por meio de documentos prévios ou posteriores ao negócio firmado e conduzido no âmbito de grupos societários pode gerar a submissão à arbitragem.⁴¹ Foi o que ocorreu em uma arbitragem *ad hoc* para que o Tribunal se pronunciasse sobre sua própria competência, um grupo francês (Lestrade) solicitou a instauração de uma arbitragem contra a sociedade Sponsor France, signatária de uma cláusula arbitral e contra sua controladora a sociedade sueca Sponsor AB, que não havia firmado o contrato e se recusava em participar da arbitragem. Porém, em decorrência de uma decisão provisória do Presidente do Tribunal do Comércio de Tarbes que levou "*em consideração as graves afirmadas efetuadas pelo grupo Lestrade, reforçadas pelos documentos anexados aos autos, declarou que convinha ser mantida a empresa Sponsor AB no processo de arbitragem e de ser chamada perante o tribunal arbitral (Pau, 26.11.88, Revue de L'Arbitrage, 1988, p. 151, nota A Chapelle).*"⁴² (tradução livre).

5.5. A Interpretação *Pro Validate*

O princípio da interpretação pró-validade da cláusula arbitral encontra-se albergado na doutrina e jurisprudência como princípio auxiliar aos demais princípios, mas que não deve isoladamente ser aplicado, posto que há de ser sempre priorizado no processo exegético a verificação da real intenção das partes em dispor sobre a arbitragem. Todavia, é um princípio auxiliar que conjuntamente com os demais poderá ser invocado para interpretar a cláusula compromissória ambígua ou contraditória.⁴³

⁴⁰ Verificar neste sentido os comentários exarados por Y. DERAÏNS, à sentença arbitral CCI n.º 6.519 (1991), Jean-Jacques ARNALDEZ, Yves DERAÏNS e Dominique HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1991-1995*, The Hague, Kluwer, 1997, p.426.

⁴¹ Quanto à existência "subjéitiva" da convenção de arbitragem e grupos societários conferir a análise empreendida por Antonias DIMOLITSA, "Contestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage", *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, v.. 7, n. 2, p 14/ 23, dez./ 1996

⁴² Y. DERAÏNS, op. cit. p. 427 (vide nota 36 supra).

⁴³ Cf FOUCHARD, op. cit. p. 282.

Com referência à cláusula contraditória o Tribunal de Justiça de São Paulo manifestando-se no julgamento do Agravo de Instrumento n. 124.217.4/0, da Quinta Câmara de Direito Privado, em 16.09.99, Agravante Renault do Brasil S/A e Agravados Carlos Alberto de Oliveira Andrade e outros, no voto vencedor do desembargador SILVEIRA NETTO, ao pontificar que *"ao se estabelecer a forma da arbitragem, com a escolha clara das regras da Câmara Internacional de Comércio, a estipulação contratual que rezava sobre a aplicação da Lei Brasileira e com eleição de foro para a Comarca de São Paulo, ocorrendo a arbitragem, certamente, por incompatíveis com o ajustado deixava de ter força. Especialmente porque estavam todos os instrumentos sendo assinados na mesma data, compreende-se, no mesmo instante. Assim, cláusulas que possam se mostrar conflitantes, devem ser interpretadas e estudadas na sua particularidade e não na generosidade do combinado. O princípio contratual dominante, sem dúvida, o arbitramento. E sob tal enfoque afastadas as disposições que têm pouca afinidade com a marca vinculativa do que vinha sendo acordado."*

Ao comentar referida decisão assevera Pedro Batista MARTINS, no percuciente estudo sobre a jurisprudência nos quatro anos de vigência da lei brasileira sobre arbitragem, que o Tribunal de Justiça de São Paulo assegurou o "favor arbitral" nos termos do supracitado voto vencedor, anotando que *"podemos inferir com alguma segurança que a prática arbitral, no Brasil, evolui em harmonia com os conceitos que preponderam nas jurisdições estrangeiras, dadas as recentes e alinhadas decisões judiciais."*⁴⁴

Cumprido notar que o Desembargador SILVEIRA NETTO ao analisar a questão envolvendo as cláusulas conflitantes ou contraditórias invocou o art. 85 do Código Civil como diretriz para melhor compreensão do ajustado pelas partes, bem como advertindo que se deve estar atento para os princípios jurídicos que são da essência da Lei de Arbitragem, como os princípios da autonomia da vontade, da boa-fé, o informador do processo judicial, da autonomia da cláusula compromissória, entre outros.⁴⁵ Conclui, assim que as partes estabelecerem a arbitragem administrada e não a instância judicial.

⁴⁴ Pedro Batista MARTINS, " O Poder Judiciário e a Arbitragem Quatro anos da Lei n. 9307/96 (2ª Parte), *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 10, out./dez., 2000, p. 323/347

⁴⁵ Cf nosso artigo "Os princípios jurídicos da lei de arbitragem", *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro Batista MARTINS, *et alii*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 73.

6. Conclusão

Concluindo nosso trabalho podemos verificar que mesmo as cláusulas arbitrais ambíguas, contraditórias, defeituosas; enfim, patológicas, podem prosperar no sentido de instituir a arbitragem, desde que em consonância com a vontade das partes em elegê-la. Para tanto, há de se fazer uso do processo hermenêutico apontado pela jurisprudência arbitral e judicial nacional e comparada.