



É preciso cuidado ao redigir a cláusula compromissória

A entrada em vigor do Código Civil, em janeiro de 2003, produziu uma enorme revolução no tratamento legal dispensado às obrigações e contratos. Pode-se afirmar, sem maiores dúvidas, de que esta é a área do Código Civil que contém as inovações de maior impacto, inovações essas capazes de exigir de todos nós, advogados, juizes e árbitros, uma nova postura quanto à interpretação e aplicação das diversas disposições.

O Código Civil positivou, em nosso direito, princípios como o da boa fé e o da função social do contrato e institutos como o da onerosidade excessiva e do enriquecimento sem causa, além de dar tratamento especial à lesão e ao estado de perigo. Há, portanto, um novo marco legal aplicável às obrigações e contratos com impacto importante no dia a dia dos cidadãos e das empresas.

Como o direito não cria fatos sociais, mas se limita a regulá-los, a inserção no Código Civil das denominadas cláusulas gerais ou abertas, em que se incluem a boa fé e a função social do contrato, tem por objetivo evitar que a legislação codificada se torne obsoleta e venha a exigir alterações sucessivas. No entanto, a limitação da liberdade contratual por essas cláusulas gerais faz com que se altere substancialmente o comportamento das partes em suas relações no âmbito contratual e destas em relação a terceiros, podendo-se afirmar que a nova legislação colocou as partes em colaboração ao invés de estarem elas em oposição. Por outro lado, em razão do princípio da função social, os interesses das partes devem estar alinhados com os da coletividade, não se admitindo como válidos os contratos que se destinem a satisfazer exclusivamente os interesses das partes em detrimento do interesse coletivo.

Em suma, pode-se afirmar, sem constrangimento, que o novo marco legal trazido pelo Código Civil está a exigir que se avalie o impacto decorrente das profundas transformações por que passa o direito das obrigações sobre institutos sólidos e cristalizados.

Durante muitos anos, a cláusula compromissória foi entendida como sendo um pré-contrato segundo o qual as partes signatárias se comprometiam a celebrar o compromisso para que se pudesse validamente instituir a arbitragem. No entanto, seguindo a técnica vigente no passado, muito embora o compromisso fosse essencial, não previa a legislação os meios adequados para que forçasse a parte recalcitrante a celebrar o compromisso. A isso denominava-se a ausência de execução específica da cláusula compromissória.

Com a edição da Lei de Arbitragem, o quadro se modificou de forma substancial. Além de outorgar à cláusula compromissória execução específica (art. 7º), atribui-se a ela, desde que se possa interpretá-la como cláusula completa ou, ainda, na terminologia arbitral, “cláusula cheia”, o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem. Por essa razão e nessas circunstâncias, o compromisso passa a desempenhar um papel secundário, já que, por força do art. 5º da Lei, proceder-se-á da forma prevista nas regras escolhidas. Portanto, em face do art. 5º e desde que aceita a designação pelo(s) árbitro(s), a arbitragem poderá ser instituída independentemente da celebração do compromisso.

Nesse sentido, a lei espanhola de arbitragem de 2003, a mais moderna de todas em vigor, repetindo o avanço que já havia sido consagrado pela Lei nº 36, de 1988, opta por adotar a expressão “convenção



arbitral”, sem fazer qualquer distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso, como é o caso da lei brasileira. Vale aqui uma referência especial ao critério adotado pela nossa lei. É importante que tenhamos em mente que a mesma foi elaborada no início da década de 90 e surgia num cenário legislativo tradicional onde prevalecia a noção da cláusula compromissória e do compromisso. Outorgar a execução específica à cláusula compromissória já era uma ousadia. Ousadia essa que veio a ser objeto de discussão quanto à sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Que se pudesse ousar a ponto de adotar um tratamento similar ao da legislação espanhola de 1988 e 2003, isso seria inimaginável, muito embora os autores do anteprojeto tenham sido tentados pela idéia. Optou-se, portanto, por uma posição mais ortodoxa e compatível com o estágio de desenvolvimento, àquela época, do instituto da arbitragem no Brasil. Não podemos perder de vista duas circunstâncias bastante relevantes para analisar nossa lei: (i) o cenário legislativo existente à época da edição da nova Lei e (ii) a perspectiva do analista deverá necessariamente coincidir com o tempo em que a lei foi elaborada e editada. Quanto ao último caso, seria injusto criticarmos a metodologia adotada pela lei com as experiências que acumulamos nestes oito anos, com a ótica de hoje sobre um texto de 1996.

No entanto, em face do teor do art. 5º, vimos insistindo em dois pontos fundamentais para a consolidação da arbitragem no Brasil, a saber: (i) que a cláusula compromissória seja redigida com o cuidado que ela merece de maneira a torná-la uma cláusula completa (“cláusula cheia”) a permitir a instituição da arbitragem e (ii) que se adote, nesta fase de consolidação do instituto no Brasil, a arbitragem institucional, fundada esta em regras claras e bem definidas, evitando-se o uso da arbitragem “ad hoc”, com a criação de regras desenhadas pelas partes.

A razão é bastante simples. Devemos evitar, a qualquer custo, que venhamos a incidir na criação de “cláusulas vazias” ou “cláusulas patológicas” que, além de frustrarem o interesse e expectativa das partes signatárias, levam à instauração de um “contencioso parasita”, ao amparo do art. 7º da Lei.

Não se diga que a afirmação precedente representa uma negação da importância da inovação trazida pelo art. 7º. Muito pelo contrário, pois a restauração e revitalização do instituto da arbitragem, no Brasil, encontram sua sede nesse dispositivo legal. Foi em função desse dispositivo que a arbitragem foi capaz de vencer a sua fase de infância. Foi ele que trouxe novamente credibilidade ao instituto da arbitragem. Sem ele, o texto legal careceria de mecanismo que permitisse atender à expectativa das partes signatárias.



No entanto, o art. 7º se destina a regular a instituição da arbitragem que se funde em “cláusula vazia” ou em “cláusula patológica”; mas esse dispositivo foi criado para regular situações excepcionais ou anômalas, sendo dever dos operadores do direito zelar para que a incidência de cláusulas dessa natureza seja cada vez menor. Isso significa que precisão e clareza são elementos fundamentais na elaboração de cláusulas compromissórias. Dessa forma, e somente dessa forma, estaremos assegurando que a expectativa das partes se materialize efetivamente. Nessa mesma linha de idéias, não se pode esquecer a excepcionalidade outorgada ao recurso ao contencioso previsto no art. 7º, já que se espera que as partes, diante de uma “cláusula vazia” ou “patológica”, colaborem mutuamente no sentido de suprir as deficiências existentes na cláusula compromissória, viabilizando a instituição da arbitragem e respondendo efetivamente à expectativa que determinou a escolha de ambas quando da celebração do contrato e da respectiva convenção.

A positivação do princípio da boa fé no Código Civil afeta todas as relações contratuais. Dada a sua natureza contratual, a cláusula compromissória será igualmente afetada pelo princípio da boa fé. No entanto, em que extensão? Em que circunstâncias? E quais as consequências práticas daí advindas? Este é o objetivo precípuo deste Artigo – analisar a cláusula compromissória à luz das disposições inovadoras do Código Civil.

O art. 4º da Lei de Arbitragem define a cláusula compromissória como sendo “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.”

Diz-se, e com muita precisão, que, em função da aplicação do princípio da boa fé, a posição das partes numa relação contratual se modificou de forma substancial. Em razão dos deveres laterais da boa fé objetiva a que as partes estão vinculadas, em especial o de colaboração e o de informação, dificilmente se poderá falar em partes em oposição, mas sim de partes em colaboração mútua. Isso decorre, sobretudo, de outra alteração substancial do Código Civil, onde se prestigia e prioriza o adimplemento das obrigações assumidas, punindo-se severamente o inadimplemento. Dessa maneira, a relação obrigacional passa a ter como pólo o adimplemento, que atrai para si a colaboração mútua entre as partes. Esse posicionamento legal está influenciado pelo princípio da função social do contrato, limitador que é da liberdade contratual das partes.

A posição das partes ao celebrarem a cláusula compromissória é de partes em colaboração. O que ambas buscam, nesse momento, é criar um mecanismo que seja aplicável à solução de suas controvérsias, se e quando estas venham a surgir. Portanto, do ponto de vista da conclusão da cláusula compromissória, estariam as partes alinhadas com o princípio da boa fé. Há inerente na conclusão da cláusula compromissória o traço da colaboração entre as partes signatárias, da identidade de propósitos, qual seja, o de utilizarem-se da arbitragem quando venham a surgir suas controvérsias.

Ocorre que o campo de aplicação do art. 422 do Código Civil é bem mais amplo do que a negociação de cláusulas contratuais. Aludido artigo impõe às partes contratantes o dever de guardar o princípio da boa fé na execução de suas obrigações. Vamos além e entendemos que essa disposição se estende ao cumprimento de obrigações que remanescem durante a fase pós-contratual, sendo bom exemplo aquelas relativas a segredo de negócio e direitos de propriedade intelectual. No campo arbitral, diríamos que o



sigilo sobre o procedimento arbitral, dados e informações trazidas à discussão, e o teor mesmo da sentença arbitral é manifestação inequívoca de alinhamento com o princípio da boa fé, expresso na confiança que deve prevalecer na relação entre as partes.

Já enfatizamos que, a nosso ver, o compromisso será de menor importância sempre e quando a cláusula compromissória seja tida como “cláusula cheia”. Neste caso, seguem-se as regras estabelecidas e instaura-se a arbitragem independentemente de compromisso. Se bem que não tenhamos adotado a técnica da legislação espanhola, certamente adotamos uma sistemática que nos permite, em se tratando de cláusulas cheias, obter resultados similares.

Em se tratando de “cláusula vazia” ou “cláusula patológica” a situação é bastante distinta. A norma contida no art. 6º da Lei determina a liturgia a ser adotada. O parágrafo único desse art. 6º regula as exceções possíveis, ou seja, a recalcitrância da parte em comparecer, mantendo-se revel ou, ainda, embora comparecendo, recuse-se a instaurar a arbitragem. Para essas hipóteses, a Lei prescreve, no art. 7º, a demanda judicial adequada, ou seja, consagra a execução específica da cláusula compromissória.

Se, do ponto de vista arbitral, com ônus e sacrifício, pode-se resolver a questão da resistência da parte em instituir a arbitragem, muito embora esse contencioso possa se arrastar por longo tempo, situação típica de cláusulas patológicas ou vazias, devemos, entretanto, questionar se o Código Civil, traz tratamento especial que se aplique a essa hipótese, ou seja, em que medida estará a parte recalcitrante sujeita à regra do art. 422 e às consequências dela decorrentes.

A intervenção judicial prevista no art. 7º visa a assegurar o efeito vinculativo da cláusula compromissória. Busca-se resgatar, na “cláusula vazia” ou na “cláusula patológica”, a verdadeira intenção das partes ao celebrar a cláusula compromissória, ainda que isso seja difícil e a tarefa por demais complexa. A despeito disso, como tratar os ônus advindos da revelia ou recusa da outra parte para aquela que requereu a instauração da arbitragem e viu frustrado seu intento?

Somos de opinião que, sendo a cláusula compromissória, de natureza contratual, o art. 422 do Código Civil se aplica integralmente. Se, ao concluírem a cláusula compromissória, as partes se alinham com o princípio da boa fé, certo é que este se aplicará, da mesma maneira, à fase de cumprimento das obrigações assumidas. Portanto, surgindo controvérsia, o que se pode esperar das partes é que ajam de acordo com o que convencionaram e tomem todas as providências necessárias para instaurar o procedimento arbitral destinado a solucioná-la, seja na forma do art. 5º da lei, sendo a cláusula cheia, ou na do art. 6º, sendo ela vazia ou patológica. Assim, somente os comportamentos determinados por esses dois dispositivos estarão alinhados com o princípio da boa fé e com os deveres laterais de informação e colaboração. Afinal, prevalecerá nesses casos a confiança entre as partes ao celebrar a cláusula compromissória. Além disso, nunca é demais lembrar que a escolha pela arbitragem como meio de solução de controvérsias é um elemento integrante da equação econômica do negócio jurídico, devendo-se, portanto, prestigiá-la sob pena de se alterar essa equação.

Sob essa ótica, a revelia ou a recusa, a que se refere o parágrafo único do art. 6º da Lei, comportamentos da parte que se distanciam da boa fé e do cumprimento dos respectivos deveres laterais, são fatores que



afetam o equilíbrio da equação econômica, acarretando prejuízos para a parte que requereu a instauração da arbitragem e que deseja ver a controvérsia solucionada.

Por essa razão, entendemos que, em face das novas disposições legais introduzidas pelo Código Civil, a revelia da parte ou, ainda, a recusa em instaurar a arbitragem caracteriza a prática de um ato ilícito, na forma preconizada pelo art. 186 do Código Civil. Certo é que a ação ou omissão voluntária estará caracterizada, respectivamente, na recusa ou na revelia. Dano surgirá fatalmente para a parte que requereu a instauração da arbitragem, na medida em que terá visto frustrada a sua intenção de ter a controvérsia solucionada definitivamente por meio desse mecanismo, sem mencionar que terá visto afetado um dos elementos integrantes da equação econômica do negócio jurídico, desequilibrando-a. Caracterizado o ato ilícito, na forma prevista no art. 186 antes mencionado, surgirá para essa parte revel ou que se recusou a instaurar a arbitragem, na forma convencionada, a obrigação de indenizar por perdas e danos.

Muito embora a parte que requereu a instauração da arbitragem venha a ter a sua intenção materializada quando da decisão do contencioso de que trata o art. 7º da Lei, certo é que, do ponto de vista da legislação civil codificada, o comportamento da outra parte já terá caracterizado a prática de um ato ilícito, assistindo à outra parte o direito de ver apuradas as perdas e danos a serem indenizados, seguindo-se os preceitos dos arts. 402 e seguintes do Código Civil.

Vale sempre lembrar que, no regime anterior ao da Lei de Arbitragem, a legislação brasileira não reconhecia execução específica à cláusula compromissória, sendo que a arbitragem somente se instaurava com a celebração do compromisso. Naquela época, costumava-se incluir pesada penalidade a ser paga pela parte que se recusasse a participar do procedimento arbitral. A penalidade então criada contratualmente tinha nitidamente a função de sancionar a parte inadimplente contratualmente já que não se dispunha de autorização legal para assegurar a execução específica da cláusula compromissória. Com a edição da Lei, a execução específica veio para sanar a omissão legal e permitir que se instaurasse o procedimento. Assim sendo, e na medida em que se criou um mecanismo adequado para que a vontade das partes fosse efetivamente implementada, deixou de fazer qualquer sentido em se pensar em qualquer reivindicação de perdas e danos em caso de descumprimento da cláusula compromissória.

A aplicação da norma do art. 186 do Código Civil, no entanto, coexiste com a execução específica da cláusula compromissória, tendo natureza diversa da penalidade adotada no regime anterior. Ainda que a parte possa lograr instaurar a arbitragem para a solução da controvérsia surgida pela aplicação da norma contida no art. 7º da Lei, caracterizado estará o ato ilícito da parte recalcitrante por violação de disposição legal, ou seja, deixou de agir com observância do princípio da boa fé, na forma prevista no art. 422 do Código Civil. Dessa forma, a parte optou por se tornar revel ou se recusou a agir conforme havia ajustado, assistindo à outra parte o direito de reivindicar a indenização por perdas e danos, inclusive danos morais, que tenha efetivamente sofrido.

Não é difícil se imaginar uma situação em que a parte que viu frustrada a sua intenção de ver instaurada a arbitragem, sendo, para isso, obrigada a recorrer ao contencioso previsto no art. 7º da Lei, vir a sofrer prejuízos. Basta que se imagine um segmento de mercado bastante competitivo, e admitindo-se que essa



controvérsia surja em relação a parceiro no negócio como um todo ou fornecedor de tecnologia, para podermos facilmente visualizar a possibilidade da cotação de mercado de suas ações (em sendo uma companhia aberta) vir a ser afetada, como também o impacto que pode vir a ocorrer sobre a posição concorrencial da empresa. É certo que, nesses casos, haverá perdas para a parte e parece justo que esta possa reivindicar a indenização pelo prejuízo sofrido.

Mesmo que não se possa provar o prejuízo efetivo, caso em que a indenização não seria devida, restaria averiguar o dano moral eventualmente sofrido pela parte, já que o contencioso regulado pelo art. 7º torna pública a existência da controvérsia entre as partes, não logrando elas o benefício do segredo de justiça que, nos casos em que foi solicitado, veio a ser negado pelo Poder Judiciário, e que levou fatalmente à quebra do sigilo que as partes visavam com a utilização da arbitragem. Se bem que o procedimento arbitral, quando instaurado, deverá preservar a privacidade dos atos e o sigilo de todas as informações, dados e do teor da própria sentença, certo é que tornar pública a existência de uma controvérsia entre as partes representa uma quebra da confiança que deveria presidir as relações e a certeza frustrada de quem esperava ver a arbitragem instituída. Se dano patrimonial não se materializou, pelo menos há o dano moral decorrente da quebra de confiança. Ademais, não seria de todo absurdo que se imaginasse que, no longo prazo, a indefinição quanto ao andamento da arbitragem pudesse vir a afetar as relações de uma das partes com seus principais clientes e fornecedores. Poderíamos imaginar, inclusive, dependendo do caso, e ainda que não obrigada a tal, que a parte viesse a ter que abdicar parcialmente do sigilo e revelar, ainda que em linhas gerais, o conteúdo da controvérsia. Adotaria, nesse caso, um comportamento similar à divulgação de fato relevante ou inclusão de nota de balanço como estão obrigadas as companhias abertas. Não seria absurdo se imaginar que o acionista controlador e os administradores assim agissem em cumprimento às disposições constantes dos arts. 116 e 154, respectivamente, da Lei de Sociedades Anônimas.

Neste caso, no entanto, essa revelação seria, a nosso ver, fundamentada, sendo resultado direto do ato ilícito praticado pela outra parte, devendo esta indenizá-la pelo dano moral sofrido e por comprometer a integralidade do sigilo que deve acompanhar a arbitragem.

Questão relevante a ser analisada diz respeito à competência para apurar perdas e danos e determinar a respectiva indenização. Entendemos que, ao decidir sobre o conteúdo do compromisso arbitral, a que se referem os parágrafos 3º e 6º do art. 7º da Lei, o juiz deverá, por provocação da parte, fazer dele constar que o árbitro único ou o tribunal arbitral deverão deliberar sobre a prática do ato ilícito e a obrigação de indenização por perdas e danos, seja patrimonial, seja moral, e seu respectivo montante pela parte que foi revel ou se recusou a proceder à instauração da arbitragem e que, no limite, acabou dando causa à concretização do contencioso do art. 7º da Lei. Esta questão se caracteriza como direito disponível e integra o escopo da própria arbitragem.

Finalmente, entendemos que moral não é domínio restrito às fábulas e que, portanto, pode ser buscada de forma idêntica neste Artigo. E a moral deste Artigo será “Mais vale prevenir do que remediar”. Dessa forma, a grande lição que resulta dessa análise é que devemos ser bastante cuidadosos ao redigir a cláusula compromissória. Devemos assegurar que, ao redigi-la, dela constem todos os elementos necessários capazes de torná-la uma “cláusula cheia”, passível de dar lugar à instauração efetiva da arbitragem na forma convencionada pelas partes. Situemo-nos, como regra, no art. 5º da Lei e deixemos o art. 7º para regular somente a exceção que, esperamos, seja menos e menos incidente. No entanto, se



isso ainda vier a ocorrer, aplicar-se-ão as disposições do Código Civil sobre ato ilícito e indenização por perdas e danos.

Date Created

24/10/2004