Conforme vimos anteriormente, a convenção de arbitragem divide-se em cláusula compromissória e compromisso arbitral. A cláusula compromissória é pactuada antes do surgimento do conflito, enquanto o compromisso arbitral é pactuado após o surgimento do conflito.

Além disso, vimos também que a convenção de arbitragem possui caráter dúplice: é um acordo de vontades no que diz respeito à submissão ao juízo arbitral e um pacto processual quanto à derrogação da jurisdição estatal.

Antes da Lei n° 9.307/1996, a cláusula compromissória consistia em mera obrigação de fazer, que poderia ou não ser executada. Um pré-contrato. Assim, ela não possuía força vinculante automática.

Com o advento da Lei de Arbitragem, houve um relativo abandono do modelo clássico francês de 1981 que previa a cláusula compromissória como um mero pré-contrato. Além disso, houve uma paulatina evolução no sentido da legislação espanhola, na qual não há diferenciação terminológica entre em cláusula compromissória e compromisso arbitral.

Extensão subjetiva da convenção de arbitragem

Segundo entendimento da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), a convenção de arbitragem pode ser subjetivamente estendida. Isto significa o reconhecimento de que a aceitação da convenção de arbitragem por uma sociedade empresarial que faça parte de um grupo societário pode, sim, envolver outras companhias do mesmo grupo.

No Brasil, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já concedeu, no ano de 2006, a extensão subjetiva da convenção de arbitragem em uma decisão que ficou conhecida como “caso Trelleborg” (em referência ao nome das empresas Trelleborg do Brasil Ltda. e Trelleborg Industri AB).

Na ocasião, discutia-se se a empresa Trelleborg Industri AB possuía legitimidade passiva para figurar na demanda arbitral, visto que esta não havia assinado diretamente os contratos que continham a cláusula compromissória mas era empresa controladora da Trelleborg do Brasil Ltda., que firmou o compromisso.

No caso, a empresa controladora praticara atos que demonstravam o reconhecimento de sua responsabilidade pelos contratos firmados pela empresa subsidiária, motivo pelo qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu pela validade da sentença arbitral que estendeu os efeitos da cláusula compromissória firmada pela empresa controlada à empresa controladora, condenando as duas solidariamente.

Entretanto, a legislação brasileira exige a clara e inequívoca vontade de submissão à arbitragem, pois a rejeição da jurisdição estatal não pode jamais ser deduzida.

Extensão objetiva da convenção de arbitragem

No que diz respeito à extensão objetiva da convenção de arbitragem, a problemática surge nas cláusulas compromissórias genéricas, que estabelecem que qualquer litígio decorrente de determinado contrato será submetido à arbitragem. Isto gera dúvida quanto a se o conflito está relacionado diretamente ao contrato ou se se trata de outro conflito entre as partes que não deveria ser abarcado pelo contrato pois não guarda relação direta com ele. De acordo com Carmona, em caso de dúvida, a arbitragem deve ser favorecida.

Requisitos da cláusula compromissória

Vejamos quais são os requisitos da cláusula compromissória:

- Instrumento escrito no contrato ou em um documento apartado que a ele faça referência;
- Nos contratos de adesão, o aderente deverá tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou de concordar, expressamente, com a sua instituição em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula, nos termos do artigo 4°, § 2° da Lei de Arbitragem. Este requisito tem por objetivo favorecer o contratante hipossuficiente. Isso significa que, em um contrato de compra e venda realizado pela internet, por exemplo, no qual somente havia a opção de aceitar o contrato na íntegra ou de recusá-lo inteiramente, o consumidor (hipossuficiente) que tiver aceitado o contrato não será obrigado a levar possível litígio à arbitragem ainda que havendo cláula compromissória para tal. Isso porque a ele havia sido eximida a opção de recusar tal cláusula.

Patologias das cláusulas arbitrais

As chamadas cláusulas arbitrais patológicas são aquelas que geram dúvidas quanto a sua procedibilidade e trazem obstáculos ao procedimento arbitral. Vejamos alguns exemplos:

- Cláusula vazia: embora possam ser pactuadas cláusulas compromissórias vazias, a ausência de especificação dos elementos formais pode fazer com que, sobrevindo o conflito, as partes não entrem em um consenso quanto a estes. Pode-se citar como exemplo a escolha de qual câmara arbitral realizará o procedimento. Neste caso de impasse, o Poder Judiciário irá dirimir a divergência.
- Órgão arbitral inexistente: ao estipular uma câmara arbitral que não está bem firmada ou que não é ainda estável, é possível que, sobrevindo o conflito, ela não exista mais. Caso as partes não entrem em um consenso em relação a esta questão, o Poder Judiciário deverá ser acionado.
- Mecanismo de nomeação que não possa ser validamente acionado: ocorre quando, por exemplo, as partes pactuam que o Presidente da República decidirá quem é o árbitro. Neste caso, o mecanismo de nomeação deverá ser reconfigurado entre as partes ou submetido à apreciação do Poder Judiciário, já que o presidente da república provavelmente não se ocupará de tal incumbência.

As cláusulas arbitrais patológicas podem gerar obstáculos à solução do conflito e trazer morosidade ao procedimento arbitral, visto que, caso as partes não entrem em consenso, a questão será levada ao Poder Judiciário, que irá dirimir a divergência. Note-se que o Poder Judiciário não julgará a lide, mas colocará termo a divergência quanto aos elementos procedimentais da arbitragem. Esse caso não envolve nem pede a aplicação do princípio kompetenz-kompetenz.

Nesse sentido, diz o artigo 7° da Lei de Arbitragem: > **Art. 7º** Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

É importante mencionar que a proposição desta demanda será feita no órgão do Poder Judiciário que seria competente para o ajuizamento da causa.

Para que sejam evitadas as cláusulas arbitrais patológicas, é necessária a redação clara e precisa da forma como se dará o procedimento arbitral.

Arbitragem ad hoc e arbitragem institucional

As partes poderão escolher contratar um árbitro ad hoc, ou seja, um árbitro que exerça a profissão de forma autônoma, um árbitro “em pessoa”. Contudo, o que geralmente acontece é a submissão dos litígios a uma câmara arbitral, que possui regras específicas e diversos árbitros que podem ser nomeados. Esta é a chamada arbitragem institucional. Ao submeter o litígio a uma câmara arbitral, as partes automaticamente aceitam a submissão a tais regras.

É o que consta no artigo 5° da Lei de Arbitragem: > **Art. 5º** Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

É importante ressaltar que a uma câmara arbitral ou entidade especializada apenas irá administrar o procedimento, e não o julgar, já que esta função cabe exclusivamente ao árbitro nomeado.

As instituições dedicadas à arbitragem poderão ter características diversas, tais como a multiplicidade de competências, a natureza corporativa, multissetoriais (competência geral), o caráter científico e internacional.

A principal vantagem de submeter a lide a uma câmara arbitral é a submissão a um regulamento prévio e já testado, que, se for completo e abrangente, irá prevenir eventuais divergências quanto aos aspectos procedimentais da arbitragem.

Já no caso da arbitragem ad hoc, inexiste regulamento prévio, razão pela qual as partes terão que definir de que forma se dará o procedimento arbitral da forma mais completa e precisa possível, o que implica maior margem de insegurança.

Fiscalização das câmaras arbitrais

O crescimento da utilização da arbitragem no Brasil também traz a preocupação da proliferação de câmaras arbitrais e a possibilidade de não observância de princípios éticos por elas. É possível que muitos árbitros não tenham a qualificação técnica necessária ou que atuem de má-fé.

Ressalte-se que a jurisprudência consolidou o entendimento de que as câmaras arbitrais não podem utilizar os termos “tribunal” e “juiz”, a fim de não serem confundidas com o Poder Judiciário.

A Lei de Arbitragem não trata especificamente da forma de controle e fiscalização das câmaras arbitrais. Há alguns casos de tentativas de fiscalização pela Receita Federal, mas a problemática surge no que diz respeito à confidencialidade das sentenças arbitrais, que seria violada pela fiscalização da Receita Federal.

Execução da cláusula compromissória arbitral

Nos casos das cláusulas arbitrais vazias, sobrevindo o conflito, a parte deverá manifestar o interesse em dar seguimento à arbitragem através da via postal ou qualquer outro meio. Este aviso deverá conter, desde logo, o dia, a hora e o local da arbitragem. É importante ressaltar que a comunicação deverá ter meio de comprovação de recebimento.

Se as cláusulas forem vazias e as partes não entrarem em acordo no que diz respeito aos aspectos procedimentais da arbitragem, o Poder Judiciário poderá ser acionado, nos termos dos artigos 6°, parágrafo único e 7° da Lei de Arbitragem. Em outras palavras, se as partes não chegarem a um acordo quanto à forma de instituição da arbitragem, firmando compromisso arbitral, cabe execução específica da cláusula arbitral.

Note-se que o Poder Judiciário não julgará a lide, mas colocará termo à divergência quanto aos elementos procedimentais da arbitragem. É importante mencionar que a proposição desta demanda será feita no órgão do Poder Judiciário que seria competente para o ajuizamento da causa.

Na execução específica, é importante indicar o objeto da arbitragem e o documento no qual foi instituída a cláusula compromissória. Primeiramente, o juiz irá realizar uma tentativa de composição das partes e, caso não obtenha êxito, haverá a tentativa de condução do procedimento arbitral de comum acordo. O não comparecimento injustificado do autor da ação à audiência leva à extinção do processo. Porém, caso o réu não compareça à audiência, a ação prossegue e o autor participa da definição do compromisso arbitral e da escolha do árbitro, nos termos do artigo 7°, §§ 5° e 6° da Lei de Arbitragem.

O contraditório e a ampla defesa são respeitados no procedimento arbitral e, por isto, o magistrado decidirá sobre a discordância das partes quanto aos termos do compromisso arbitral após a oitiva do réu.

Ele poderá decidir na própria audiência ou no prazo de 10 dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2º da Lei de Arbitragem, que tratam sobre regras procedimentais.

Note-se que, se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, o juiz irá nomear árbitro único para a solução do litígio; assim, nesse caso, não poderá ser nomeada uma câmara arbitral, por exemplo.

A sentença que julgar procedente a execução da cláusula compromissória arbitral valerá como compromisso arbitral, nos termos do artigo 7°, § 7° da Lei de Arbitragem. Ela será, então, efetuada desde logo, não estando sujeita a nenhum tipo de recurso.

O acolhimento da alegação de existência de convenção de arbitragem ou o reconhecimento da competência pelo juízo arbitral é causa de extinção sem julgamento do mérito do processo judicial em curso, nos termos do artigo 485, VII do Código de Processo Civil.