



## CONVENÇÃO ARBITRAL: NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO PELO INTERESSADO DIANTE DO JUDICIÁRIO

**Eduardo Talamini**

*Livre-docente em direito processual (USP)*

*Professor de processo civil e arbitragem (UFPR)*

*Advogado de Justen, Pereira Oliveira & Talamini*

### **I - Contextualização**

O item III do presente texto corresponde em linhas gerais ao item n. V-a do cap. 9 de meu livro *Direito processual concretizado* – coletânea de pareceres publicada em 2010 pela Editora Fórum. Ele também serviu de base a um dos tópicos de conferência que proferi em evento organizado pelo Escola da Magistratura do Paraná e pela Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Paraná – CAIEP, realizado em 17.08.2012 no TJPR, e de exposição que realizei no Seminário Internacional de Arbitragem, organizado pelo STJ e a CAIEP, dia 3.12.2012, em Brasília.

### **II – Convenção arbitral: noção, espécies e efeitos**

A convenção arbitral é o pacto pelo qual as partes ajustam que pretensões derivadas de conflitos entre elas, atuais ou futuros, serão resolvidas por meio de arbitragem (Lei 9.307/1996, art. 3º; Conv. de Nova York [promulg. pelo Dec. 4.311/2002], art. II, 2). Divide-se em duas modalidades, compromisso arbitral e cláusula compromissória (também dita cláusula arbitral).

O compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem à arbitragem a resolução de um conflito já existente entre elas (Lei 9.307, art. 9º; C. Civ., art. 851) – e, bem por isso, em princípio já contém todos os elementos necessários para a instauração do tribunal arbitral e desenvolvimento da arbitragem.

Cláusula arbitral ou compromissória é a convenção, inserida em um contrato com objeto mais amplo, pela qual as partes comprometem-se a submeter futuros litígios derivados desse contrato à arbitragem (Lei 9.307, art. 4º; C. Civ., art. 853). A cláusula compromissória pode ser cheia ou vazia. Cheia é aquela que já estabelece regras suficientes para a instauração e desenvolvimento da futura arbitragem – seja pela direta estipulação de tais normas, seja pela remissão a regras de alguma instituição arbitral (Lei 9.307,

art. 5º) –, de modo a dispensar um futuro compromisso arbitral (Lei 9.307, art. 6º, *a contrario sensu*). Vazia é a cláusula que veicula a intenção das partes de submeter seus futuros conflitos à arbitragem, mas não contém ainda todos os elementos necessários para tanto, tais como modo de escolha dos árbitros e o procedimento arbitral (Lei 9.307, art. 6º).

Na hipótese da cláusula vazia, não será possível a direta instauração de arbitragem. Qualquer das partes terá o direito de exigir da outra que respeite a obrigação de submeter os conflitos à arbitragem, celebrando-se para tanto um compromisso arbitral. Havendo recusa de uma das partes a tanto, a outra poderá ir ao Judiciário, para que esse emita sentença substitutiva do compromisso (Lei 9.307, art. 7º). Pode-se de *efeito positivo brando* essa consequência extraível da cláusula compromissória vazia.

Já a cláusula cheia e o compromisso arbitral revestem-se de uma *eficácia positiva plena*. Uma vez que tais convenções já contêm todos os elementos necessários para o implemento e a tramitação da arbitragem, o processo arbitral poderá ser diretamente instaurado e desenvolvido de acordo com tais regras, ainda que uma das partes se recuse a iniciá-lo ou dele participar (Lei 9.307, arts. 5º e 6º, *a contrario sensu*).

Mas toda a convenção arbitral – mesmo aquela que não permita diretamente a instauração da arbitragem – possui também uma *eficácia negativa*: obsta o julgamento de mérito, pelo Poder Judiciário, dos conflitos abrangidos em seu objeto (CPC, arts. 267, VII, e 301, IX e § 4º).

### ***III – A necessidade de arguição, perante o Judiciário, da existência da cláusula arbitral***

Mas a convenção arbitral precisa ser invocada pelo interessado (em regra, o réu), perante o juiz estatal, para que produza seu efeito negativo.

Sendo uma ação de conhecimento que versa sobre objeto abrangido por convenção arbitral proposta perante o Judiciário, a falta de oportuna alegação de existência da convenção arbitral pelo réu implica a extinção da eficácia negativa da cláusula ou compromisso de arbitragem (ainda que dentro de específicos limites objetivos e subjetivos). A convenção, ainda apenas dentro de certos limites, estará tacitamente resilida pelas partes – assumindo o juiz estatal a plena jurisdição para conhecer daquele litígio e ficando afastada a caracterização de qualquer defeito no processo judicial.

Note-se que a consequência ora destacada incide apenas em relação às ações cognitivas. As ações de execução e de tutela de urgência submetem-se a outros parâmetros, que não cabe agora examinar (ver, respectivamente, STJ, REsp 944.917 e STJ, REsp 1.297.974).

#### ***III.1 – A tese de que a existência de cláusula arbitral deveria ser conhecida de ofício pelo Judiciário***

O art. 301, IX, do CPC inclui a “convenção de arbitragem” entre as matérias que ao réu compete alegar preliminarmente em sua contestação. O § 4º desse mesmo artigo prevê que “com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”.

Como “convenção de arbitragem” abrange tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória, a consideração literal e isolada desse dispositivo conduz à ideia de que a cláusula arbitral é questão de que deva o Judiciário conhecer de ofício.<sup>1</sup>

### *III.2 – Anterior manifestação do autor em sede doutrinária*

Eu já havia anteriormente me manifestado sobre o tema em sede doutrinária:

O art. 267, VII, alterado pela Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996), prevê que se extingue o processo sem resolução do mérito em razão da existência de convenção de arbitragem.

A Lei 9.307/1996 dispõe, no art. 3.º, que a convenção de arbitragem é conceito que abrange tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é negócio jurídico acessório através do qual, em relação a um determinado contrato, os contratantes se comprometem a instituir a arbitragem como mecanismo para a solução de eventuais futuros conflitos dele (do contrato principal) decorrentes. O compromisso arbitral é o pacto específico de instituição do juízo arbitral, diante, objetivamente, de uma pretensão que seja ou não resultante de contrato em que se tenha firmado a cláusula compromissória.

O § 4.º do art. 301 do CPC dispõe que o juiz conhecerá de ofício de todas as matérias que a parte puder alegar como preliminares, na contestação, exceção feita ao compromisso arbitral. Dentre essas matérias estão os pressupostos processuais negativos que vimos acima (litispendência e coisa julgada).

Do cotejo desses textos de lei surgem alguns problemas que exigem solução. Destacamos o seguinte: teria o legislador “esquecido” de substituir a expressão compromisso arbitral, do § 4.º do art. 301, por convenção de arbitragem? Se a resposta for positiva, ter-se-á que “ler” nesse dispositivo a convenção de arbitragem como matéria que deve ser alegada pela parte, sob pena de preclusão, porque não pode o juiz conhecê-la de ofício. Assim se entendendo, a arbitragem não é nem pela cláusula compromissória, nem pelo compromisso arbitral, pressuposto processual negativo. A propositura de ação versando matéria objeto de um ou outro dos elementos que compõem a convenção de arbitragem tem, se assim se entender, o condão de revogá-las.

Nas edições anteriores, sugeríamos, além dessa, várias outras interpretações para a manutenção do termo “compromisso arbitral”, no § 4.º do art. 301. Destacávamos que a questão estava em aberto. Todavia, atualmente já se encontra sedimentado o entendimento de que houve mero lapso na falta de mudança do § 4.º do art. 301. Assim, tem-se entendimento de que tanto a existência de cláusula compromissória

---

<sup>1</sup> Esse é o entendimento do mais destacado processualista civil que tem se dedicado à arbitragem, CARLOS ALBERTO CARMONA. Mudando seu entendimento inicial, o i. professor paulista passou a sustentar a cognoscibilidade de ofício da cláusula compromissória (*Arbitragem e processo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, pp. 485-486).

como a de compromisso arbitral precisam ser alegadas pela parte, não podendo o juiz conhecer da matéria de ofício. E é razoável que seja assim. Afinal, as partes podem de comum acordo desistir da via arbitral antes compromissada e optar pela solução judiciária. O mesmo ocorre quando, embora existindo o prévio compromisso de submissão do conflito à arbitragem, uma delas ingressa com ação perante o Judiciário, e a outra não invoca o prévio compromisso. Tacitamente, ambas terão renunciado à arbitragem.

Sob esse prisma, a existência de convenção arbitral funciona como um *impedimento*, e não como pressuposto processual negativo, pois precisa ser alegada pelo réu, no momento oportuno, para que o juiz possa conhecer da matéria.”<sup>2</sup>

### *III.3 – Ausência de motivo razoável para a diferenciação entre compromisso e cláusula arbitral quanto ao aspecto em exame: interpretação conforme à Constituição*

Não faria sentido nenhuma distinção, na hipótese, entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. Ambos retratam uma livre escolha dos jurisdicionados pela arbitragem. Ambos, portanto, são passíveis de rescisão. A mesma livre vontade que ampara a celebração de qualquer dos dois é senhora do seu posterior exercício ou de sua não utilização – *em qualquer dos dois casos*. A força vinculante da convenção arbitral põe-se apenas enquanto alguma das partes pactuantes deseje-a ainda fazer valer. Se nenhuma das partes mais o quer, a pactuação perde sua eficácia.

É uma decorrência necessária dessa diretriz a regra processual que qualifica a existência de convenção arbitral como mero impedimento ao processo judiciário, a ser alegada pela parte ré – e não como um pressuposto de validade cognoscível *ex officio*. Quando a lei condiciona o conhecimento da convenção arbitral – em qualquer de suas duas modalidades – à alegação do interessado, está reconhecendo que, assim como as partes foram livres para eleger a arbitragem, livres são para dela desistir. Afinal, a parte que vai ao Judiciário em vez de fazer valer a convenção arbitral, inequivocamente está manifestando sua vontade nesse sentido. Se a parte adversária, ao contestar, não alega haver pactuação arbitral, está também exteriorizando sua intenção de manter a disputa perante o Judiciário.

Se fosse dado ao juiz conhecer a questão de ofício, isso significaria que, mesmo com as partes não desejando mais a arbitragem, seriam forçadas a se submeter a ela, pelo tão-só fato de que, no passado, manifestaram a intenção de adotá-la. Vale dizer: nessa hipótese – descartada – a convenção arbitral seria irrevogável pelo comum acordo entre as partes. Ainda, em outra perspectiva: se fosse assim, ao Judiciário seria dado o poder de recusar a tutela jurisdicional, a despeito de nenhuma das partes mais desejar a via arbitral. Então, a cognoscibilidade de ofício da convenção arbitral, *em qualquer de suas duas modalidades*, implicaria afronta ao direito fundamental de liberdade e à autonomia da vontade (CF, art. 3º, I, e 5º, II), de um lado, e à inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), de outro.

---

<sup>2</sup> L. R. WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, *Curso avançado de processo civil*, v. 1, 12ª ed., São Paulo, RT, 2011, n. 11.6.

Insista-se: não há o que justifique a distinção entre compromisso arbitral e cláusula compromissória quanto a esse ponto.<sup>3</sup> Os princípios subjacentes à hipótese, ora destacados, são os mesmos em um caso e outro. Impõem, como única solução constitucionalmente legítima, a necessidade de alegação pela parte ré.

#### *III.4 – A diretriz de equiparação de efeitos da cláusula e do compromisso arbitrais*

Tal conclusão é ainda reforçada pela diretriz declaradamente assumida pela legislação brasileira no sentido de equiparar os efeitos da cláusula compromissória aos do compromisso arbitral (Lei 9.307/1996, art. 6º).<sup>4</sup>

#### *III.5 – O paradoxo da atribuição de maior eficácia à cláusula do que ao compromisso arbitral*

De resto, a diferenciação nos termos sugeridos pela exegese meramente literal do art. 301 do CPC – não bastasse estar desautorizada pelos fundamentos há pouco apresentados – implicaria uma situação paradoxal.

É indiscutível que o compromisso arbitral representa uma convenção ainda mais sólida e firme do que a mera cláusula compromissória. Como visto, enquanto aquele desde logo é suficiente para o início da arbitragem, essa, em dadas circunstâncias, é inapta a por si só instaurar o juízo arbitral (cláusula vazia).

Então, por que precisamente a modalidade convencional revestida de menor solidez é que seria cognoscível de ofício? Por que precisamente ela implicaria uma situação irrevogável para as partes – se nem mesmo o próprio compromisso implica tal irrevogabilidade, conforme se extrai da própria letra do 4º do art. 301 do CPC?

Uma interpretação que conduz a resultados despropositados jamais pode ser prestigiada. Assim, também por isso, cabe reconhecer que ambas as modalidades de convenção arbitral submetem-se ao mesmo regime, no que tange à sua resilição por força da não-alegação no processo judiciário.

#### *III.6 – A regra do art. 267, VII c/c § 3º*

Ademais, a conjugação do inc. VII do art. 267 com o § 3º do mesmo artigo fornece mais uma confirmação desse entendimento. O 3º do art. 267 indica fundamentos de “extinção do processo sem julgamento de mérito” que

---

<sup>3</sup> Vasta doutrina tem apontado a necessidade de arguição também da cláusula compromissória: ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, v. 2, 9ªed., São Paulo, RT, 2005, p. 324; CALMON DE PASSOS, *Comentários* v. III, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 273; JOEL DIAS FIGUEIRA JR., *Arbitragem, jurisdição e execução*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 194; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem: Lei n. 9.307/96*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 41-42; LEONARDO GRECO, “Os atos de disposição processual: primeiras reflexões”, em *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Teresa Arruda Alvim Wambier* (coord. José Miguel Garcia Medina e outros), São Paulo, RT, 2008, p. 298..

<sup>4</sup> Confira-se a Exposição de Motivos da Lei 9.307, firmada pelo autor do projeto da lei, Senador Marco Maciel (publicada na *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, 2006, p. 319).

devem ser conhecidos de ofício pelo juiz. Alude aos incisos IV, V e VI do art. 267 – os dois primeiros referem-se a pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; o inc. VI, às condições da ação. Mas o referido § 3º não inclui a “convenção de arbitragem”, hipótese do inc. VII do art. 267, entre os fundamentos cognoscíveis de ofício.

### *III.7 – A Convenção de Nova York*

Não bastasse isso, a Convenção de Nova York é explícita na indicação de necessidade de arguição da convenção de arbitragem pela parte interessada, no processo judicial. Nos termos do seu art. II, n. 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.

A Convenção de Nova York foi ratificada pelo Brasil (Decreto 4.311/2002) e integra, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro. Ela tem por objeto nuclear o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Mas a regra em questão, como outras contidas na Convenção, tem finalidade e alcance que não são limitáveis às arbitragens cuja sentença final precise ser homologada pela jurisdição de outro país. Mesmo porque essa é uma necessidade que muitas vezes não tem como ser aferida senão no momento se dar efeitos à sentença arbitral. Trata-se, portanto, de regra aplicável à generalidade das convenções arbitrais.

### *VIII.8 – O direito comparado*

De resto, a necessidade de arguição da convenção arbitral – seja ela compromisso ou cláusula compromissória – é aspecto invariavelmente presente nos ordenamentos estrangeiros (*v.g.*, Portugal, art. 5º da atual Lei de Arbitragem; Espanha, art. 11 da atual Lei de Arbitragem; Alemanha, art. 1.032, n. 1, da ZPO, nos termos da Lei de Arbitragem de 1998; França, CPC, art. 1.448 etc.). É também o que prevê, no seu art. 8º, n. 1, a Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (UNCITRAL) sobre a Arbitragem Comercial Internacional.

Não há porque supor que entre nós seria diferente.

### **Informação bibliográfica do texto:**

TALAMINI, Eduardo. Convenção Arbitral: necessidade de arguição pelo interessado diante do Judiciário. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 69, novembro 2012, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].