

# Atualidades

## ARBITRAGEM E COMPETÊNCIA

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

FERNANDO MEDICI JUNIOR

*Introdução. 1. Os fatos. 2. Cláusula patológica: ausência de determinação precisa do nome da entidade administradora da arbitragem. 3. O papel e os poderes da entidade administradora: inexistência de conflito de competência jurisdicional. 4. A solução da lei. Conclusão.*

### **Introdução**

Uma grande confusão estabeleceu-se na instauração de procedimento arbitral envolvendo partes brasileiras e duas câmaras distintas de arbitragem no que se considera ter sido um dos primeiros casos envolvendo conflito de competência entre entidades administradoras de procedimento arbitral.

Como será demonstrado neste artigo, a confusão nasce em função de cláusula patológica de compromisso arbitral contida no contrato entre as partes, passa por um claro equívoco na determinação do papel e dos poderes das câmaras arbitrais e segue, até o momento, na equivocada interpretação das funções judicantes do Superior Tribunal de Justiça. Por haver chegado ao Judiciário, ficou superada a questão do sigilo do procedimento arbitral sob análise.

### **1. Os fatos**

A empresa Pecuária Unit Santa Clara Ltda. (“Pecuária Sta. Clara”), celebrou compromisso de venda e compra de imóvel com Fazenda Reunidas Curuá Ltda. e Outros (“Reunidas Curuá”), tendo por objeto

23 (vinte e três) glebas de terra na Comarca de Água Boa, Estado de Mato Grosso.

Ainda por meio do instrumento, as partes estabeleceram que toda e qualquer controvérsia acerca do negócio jurídico seria solucionada por arbitragem, que seria administrada pela “*Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP*”.

Em 18.7.2009 a Pecuária Sta. Clara iniciou procedimento de arbitragem contra a Reunidas Curuá perante a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (CMA), pertencente ao CIESP, argumentando, entre outras coisas, que a área vendida era menor em 1.600 hectares que a declarada no instrumento.

Embora tenha dado início ao procedimento arbitral, contudo, a Pecuária Sta. Clara deixou de efetuar o depósito inicial de adiantamento de custas e honorários dos árbitros, motivando o arquivamento do procedimento em 19.4.2010. Aproximadamente dois meses depois – em 30.6.2010 – o procedimento foi retomado, após terem sido recolhidos aqueles valores.

Durante o período de arquivamento do procedimento arbitral perante a CMA, um novo procedimento arbitral foi instaurado, dessa vez pela Reunidas Curuá, pe-

rante a Câmara Arbitral do Comércio, Indústria e Serviços de São Paulo (CACI), em 9.6.2010, para discussão dos mesmos fatos.

Foi após as duas entidades arbitrais terem se considerado eleitas contratualmente pelas partes para administrar o procedimento arbitral, que o conflito de competência jurisdicional foi suscitado pela Pecuária Sta. Clara perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), implicando a suspensão das duas arbitragens.

Após ter sido processado, o conflito positivo de competência foi extinto pelo STJ, que se considerou incompetente para analisar esse tipo de conflito privado entre partes.

## **2. Cláusula patológica: ausência de determinação precisa do nome da entidade administradora da arbitragem**

A grande confusão que se estabeleceu em torno da instauração da arbitragem tem origem clara na redação patológica da cláusula compromissória de arbitragem contida no contrato entre as partes. Muito já se escreveu sobre o assunto que, infelizmente, continua atual.

De natureza jurídica complexa, a arbitragem se apresenta em parte como um contrato entre os celebrantes e, sob tal aspecto, a sua regulação deve ser a mais clara possível e autossuficiente para dar ensejo à instauração da arbitragem por qualquer das partes quando do nascimento do conflito, independentemente da intervenção do Judiciário.

De há muito têm sido cantadas e decantadas as vantagens da arbitragem em relação ao Judiciário. Fala-se em especialidade dos julgadores, que podem ser escolhidos pelas partes em função de seu especial conhecimento da matéria objeto da controvérsia, e principalmente de celeridade, quando comparado o trâmite de uma arbitragem ao de uma ação judicial, com

os diversos recursos que lhe são inerentes. Acrescente-se os chamados *custos de transação* inerentes ao processo judicial, que sobrecarregam intensamente as partes não somente pelos valores considerados, mas pela extrema demora de uma solução final. Além disto, em tese, os árbitros conhecem com maior profundidade do que um juiz o tema objeto da arbitragem, para tanto tendo sido adremente escolhidos pelas partes, tendo em vista as suas especialidades profissionais e acadêmicas.

A nosso ver, essas entre outras vantagens dependem em muito da elaboração da cláusula compromissória, que deve ser pensada cuidadosamente à luz das peculiaridades do caso – da natureza da controvérsia, do montante envolvido nas potenciais disputas decorrentes do contrato, do número de partes envolvidas naqueles potenciais conflitos e, *inter alia*, da entidade arbitral mais adequada para administrar o processo, em termos de estrutura e de custos. Muitas vezes os advogados, descuidados, adotam cláusulas compromissórias *padrão*, as quais não servirão adequadamente ao caso concreto. O resultado será o tipo da roupa referida naquele antigo samba: “*Engole ele, paletó, que o defunto era maior*”.

Não raramente, falhas ou imprecisões na redação da cláusula compromissória, em relação a quaisquer das variantes acima apontadas, colocarão as partes no pior dos mundos: nem disporão elas de arbitragem que possa ser instaurada de forma automática e rápida, nem tampouco disporão do Judiciário para solução do conflito que afeta a execução do contrato, ou que dele simplesmente decorre. Isto porque a cláusula compromissória afasta a competência do Judiciário da decisão da questão controversa.

Antes, terão as partes de valer-se do Judiciário para entreter um novo conflito que decorre da própria cláusula defeituosa, o qual poderá levar meses e até anos para ser resolvido, enquanto perdura a controvérsia de fundo, gerando os seus respecti-

vos e indesejáveis efeitos nas relações existentes entre as partes.

Daí porque o pior dos defeitos que uma cláusula compromissória pode possuir é aquele que inviabiliza a pronta instauração da arbitragem quando do nascimento do conflito. Mais comumente, tal patologia decorre da ausência de eleição da entidade a quem caberá a administração da arbitragem, deixando as partes em um vazio processual, no que diz respeito a como proceder para instaurar a arbitragem. É o que ocorre nas chamadas cláusulas compromissórias vazias.

No caso em exame, o vazio decorreu não da ausência de definição da entidade administradora do procedimento arbitral, mas sim da indicação imprecisa dessa entidade, que gerou efeitos ainda mais deletérios do que a simples omissão, conforme visto acima. Cada uma das partes iniciou a arbitragem perante a entidade que entendia ser a correta, diante da imprecisão de linguagem do contrato.<sup>1</sup> Ato contínuo, as duas entidades administradoras do procedimento arbitral entenderam-se eleitas para processar o feito e o conflito foi parar no Judiciário, até agora sem aparente solução.

Embora não pareça correto falar-se em conflito de competência jurisdicional entre as duas entidades arbitrais, pelos motivos que serão apresentados mais abaixo, o conflito funcional, como gênero, é inquestionável, e deve ser resolvido para que a arbitragem possa ser finalmente processada de forma válida. Quem possui competência para a definição de tal conflito é outro assunto que será abordado abaixo, e que encontra resposta na própria Lei n. 9.307/1996.

Analise-se, contudo, a interferência que uma cláusula compromissória patoló-

gica pode ter na relação conflituosa entre duas partes. A experiência mostra que procedimentos arbitrais – dos mais simples aos mais complexos – levam uma média de ano e meio a dois anos para serem instaurados, processados e concluídos (período de tempo alongado quando são necessárias perícias técnicas complexas). No caso que ora se comenta, ao tempo da elaboração deste artigo, mais de um ano já havia se passado desde a instauração da primeira das arbitragens, e por força da patologia da cláusula compromissória, o caso já chegou até mesmo ao Superior Tribunal de Justiça, sem que tenha tido início a apreciação do verdadeiro conflito existente entre as partes.

Talvez o episódio da cláusula compromissória deficiente, contudo, não se estendesse tanto se houvesse menor confusão, especialmente por parte do Poder Judiciário, acerca do papel das entidades administradoras de arbitragem, e dos próprios dispositivos da lei brasileira de arbitragem, que foram especial e adequadamente concebidos para hipóteses de problemas com a instauração da arbitragem. É o que se passa a demonstrar nos próximos itens.

### ***3. O papel e os poderes da entidade administradora: inexistência de conflito de competência jurisdicional***

Entidades administradoras de procedimento arbitral – as chamadas Câmaras de Arbitragem – não ditam o direito. Não possuem jurisdição. São prestadoras de serviços de suporte ao árbitro ou conjunto de árbitros que são eleitos pelas partes, direta ou indiretamente, para solucionar o conflito submetido ao procedimento arbitral. Daí porque sejam elas comparadas aos escritórios ou cartórios anexos às Varas judiciais. Em suporte ao árbitro ou árbitros, elas cuidam para que a arbitragem seja devidamente processada, à luz de um regulamento, ou daquilo que vier a ser determinado pelos árbitros. Em alguns regulamentos as câmaras podem constituir o Presidente do tribunal arbitral ou mesmo a tota-

1. No que pareceu pretender fazer uma referência ao Centro de Mediação e Arbitragem de São Paulo, pertencente à CIESP, o contrato menciona que a arbitragem deveria ser administrada pela "Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP".

lidade dos seus membros, especialmente quando as partes não chegam a um entendimento a respeito.

O suporte dado pelas Câmaras de Arbitragem ao árbitro ou árbitros pode estender-se desde a simples administração de prazos e gerenciamento de documentos e peças processuais, passando pela importante função de agente de cobrança e pagamento dos honorários dos árbitros (necessário à preservação do distanciamento entre partes e árbitros e, conseqüentemente, à independência e à neutralidade desses) e chegando até, em alguns casos, ao escrutínio administrativo e formal do laudo arbitral, visando a assegurar os seus requisitos mais elementares, previstos no art. 26 da lei brasileira de arbitragem.

Não sendo entidades que gozem de competência jurisdicional, não há que se cogitar possam elas ser sujeitos ativos de conflitos de competência jurisdicional, sejam eles positivos ou negativos. Não é demais lembrar que não há competência onde não há jurisdição, não podendo haver conflito de competência jurisdicional onde não há competência.

Como classificar, então, o conflito existente entre duas Câmaras de Arbitragem que se consideram eleitas pelas partes para a administração do processo arbitral?

Trata-se de conflito meramente funcional. Conflito entre duas entidades que desejam ter a exclusividade na prestação de um serviço, e nada mais. Em princípio, na escolha da Câmara, quem tem a palavra final são as partes, na condição de clientes, em conjunto e caso haja consenso. Na ausência de consenso, o que se tem é puro e simples conflito relacionado à instauração da arbitragem, que deve ser solucionado pela forma prevista pelo legislador na lei brasileira de arbitragem.

#### 4. A solução da lei

O legislador foi muito cuidadoso ao estabelecer na lei brasileira de arbitragem

os dispositivos que tivessem a função de criar um método para a solução de entraves à instauração de uma arbitragem. Tal método encontra-se previsto nos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307/1996.

Por sua adequada redação, tais dispositivos servem para toda e qualquer circunstância na qual a cláusula compromissória não seja autossuficiente para a instauração de uma arbitragem, como se dá na hipótese das cláusulas vazias ou, como no caso dos autos, na qual não tenha havido perfeita determinação da entidade a quem caberá administrar a arbitragem.

O art. 6º da Lei n. 9.307/1996 determina que, “[n]ão havendo acordo prévio sobre a *forma* de instituir a arbitragem”, a parte interessada manifestará à outra sua intenção de dar início à arbitragem, convocando-a para firmar o compromisso arbitral. Não comparecendo a parte convocada, ou comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a ação de que trata o art. 7º da lei perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

Já o art. 7º da lei determina que, existindo cláusula compromissória e havendo resistência à instauração da arbitragem, a parte interessada poderá 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. Especificamente, o § 3º do artigo determina que se as partes não concordarem sobre “*os termos do compromisso*”, caberá ao juiz decidir sobre o seu conteúdo.

Ora, no caso sob análise, o que houve entre as partes foi claramente uma “*ausência de acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem*”, e não um alegado conflito positivo de competência jurisdicional entre Câmaras de Arbitragem, que como visto não possuem jurisdição. Mais especificamente, ausente o acordo sobre os “*termos do compromisso*” indaga-se qual entidade deveria administrar a arbitragem e emprestar o seu regulamento para viabi-

lizar a nomeação do árbitro ou árbitros, para que o procedimento pudesse ser instaurado.

Para dirimir tal conflito, caberia ao Poder Judiciário – por meio do juiz a quem originariamente caberia o julgamento da causa, e não ao STJ – examinar a redação patológica da cláusula compromissória perquirindo a verdadeira intenção das partes ao firmarem o compromisso arbitral. E, dessa forma, determinar qual entidade deveria administrar o procedimento arbitral. Nada além disto.

Também pelo mesmo motivo foi acertada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao considerar-se incompetente para dirimir questão privada. Não se trata de conflito positivo de duas entidades com competência jurisdicional, mas apenas de decisão sobre questão de natureza privada, relacionada à intenção das partes no que diz respeito à Câmara de Arbitragem que deveria administrar o procedimento arbitral. Não havia, e não há, em absoluto, lugar para que fosse aquela Corte Superior instada, por competência originária, a dirimir tal conflito de competência jurisdicional, que em verdade é inexistente.

Questiona-se, por outro lado, se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não poderia ao menos ter esclarecido a questão, direcionando as partes à ação do art. 7º da lei brasileira de arbitragem. Há quem entenda que, ao assim proceder, a Corte Superior do país estaria funcionando como órgão consultivo. Não é o que nos parece. Em momento algum as partes direcionaram uma consulta ao STJ, mas acreditaram que havia efetivamente um conflito de competência jurisdicional a ser dirimido, motivo pelo qual não seria inadequado que aquela Corte tivesse adotado posição mais elucidativa.

### **Conclusão**

Como visto acima, infelizmente a patologia de cláusulas compromissórias ain-

da é assunto atual, que não raramente atravanca a solução de controvérsias por meio de arbitragem. É necessário maior cuidado das partes e dos advogados na redação das referidas cláusulas, da qual em boa parte dependem o sucesso e todos os atributos positivos da arbitragem.

Viu-se também que entidades administradoras de procedimento arbitral – as chamadas Câmaras de Arbitragem – não são órgãos que possuam jurisdição. Elas não ditam o direito. Apenas prestam serviço de suporte ao árbitro ou árbitros, no que diz respeito ao processamento de uma arbitragem. Assim, gerenciam documentos, fiscalizam prazos e servem de agentes de cobrança e de pagamento dos honorários dos árbitros.

Por isso, o conflito de competência entre duas entidades administradoras de procedimento arbitral não pode ser considerado “conflito de competência jurisdicional”. Quando muito, o que se tem é mero conflito funcional, entre duas entidades que visam à exclusividade na administração de uma dada arbitragem. Em princípio, na escolha da Câmara, quem tem a palavra final são as partes, na condição de clientes. Na ausência de consenso, o que se tem é puro e simples conflito relacionado à instauração da arbitragem.

A lei brasileira de arbitragem foi muito bem pensada e possui dispositivos específicos para solucionar todo e qualquer entrave à instauração de uma arbitragem. No caso sob exame, o art. 6º, parágrafo único, e o art. 7º, *caput* e § 3º, fornecem claramente o caminho das pedras para a solução da divergência. Caberia ao Judiciário conhecer da ação e julgar-lhe o mérito, perquirindo a vontade efetiva das partes, e determinando qual a Câmara de Arbitragem deveria administrar o processamento da arbitragem.

Imaginada como uma alternativa eficaz para a solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis, talvez o legislador tenha sido muito otimista em entender que a arbitragem segundo o modelo

adotado entre nós poderia ser considerada uma ferramenta que não exigisse dos interessados conhecimentos mais profundos do direito. Isto não é verdade.

Se, de um lado, deve se afastar o quanto possível o chamado *excesso de processualismo* na arbitragem, os limites impostos pela lei ao instituto dependem de que sua utilização se revista dos elementos mínimos de legalidade, validade e eficácia. Isto exige o adequado preparo dos advogados

que atuam na área societária e contratual (as duas nas quais mais se utiliza a arbitragem) na assessoria preliminar às partes de maneira que sejam adequadamente pensadas e redigidas as cláusulas compromissórias que regerão o eventual recurso a uma arbitragem no futuro. Isto sem falar na necessidade de que todos (partes e advogados atuantes) se revistam da maior estrita boa-fé na sua utilização. O que é assunto para outra vez.