

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ  
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO DE CURITIBA**

**PAULO EDUARDO ARABORI MIZUTA**

**O SEGURO E A ARBITRAGEM**

**CURITIBA  
2008**

**PAULO EDUARDO ARABORI MIZUTA**

**O SEGURO E A ARBITRAGEM**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Clayton Reis

**CURITIBA  
2008**

## TERMO DE APROVAÇÃO

**PAULO EDUARDO ARABORI MIZUTA**

### **O SEGURO E A ARBITRAGEM**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. \_\_\_\_\_

Avaliador: Prof. \_\_\_\_\_

Convidado: Prof. \_\_\_\_\_

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2008.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisarmos o seguro e a arbitragem para ao final podermos estabelecer um vínculo entre estes dois institutos. Ao que diz respeito ao seguro, dentre outros aspectos, será abordado sobre o seguro-garantia, modalidade de seguro incorporada em nosso sistema jurídico desde a década dos anos 70 e atualmente muito utilizado como forma de garantia a ser oferecida para a administração pública, nos termos do art. 56, § 1º, inc. II da Lei 8.666/1993. Sobre a arbitragem o objeto de estudo irá recair sobre a convenção de arbitragem. Assim, serão estudados a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Também será vista a possibilidade de instauração da arbitragem com a previsão da cláusula compromissória “cheia” o que supostamente dispensaria a necessidade de se firmar o compromisso arbitral. Neste ponto, existe divergência na doutrina quanto o alcance da cláusula compromissória “cheia”, inclusive apresentamos um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que versa sobre o assunto. Observa-se que neste Acórdão fica evidente esta discussão que pode ser vista ante a existência de voto vencido. Por fim, será feita uma análise quanto à possibilidade de ocorrer à intervenção de terceiros na arbitragem, em especial, a denunciação da lide. Nesta ocasião será feita a ligação entre o seguro e a arbitragem.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 CONTRATOS DE SEGURO</b> .....	<b>12</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: ORIGEM E CONCEITO .....	12
2.2 ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO .....	14
2.2.1 Da Garantia .....	14
2.2.2 Do Interesse .....	16
2.2.3 Do Risco .....	17
2.2.4 Do Prêmio .....	18
2.2.5 A Empresarialidade .....	19
<b>3 DO SEGURO-GARANTIA</b> .....	<b>21</b>
3.1 A ORIGEM DO SEGURO-GARANTIA .....	21
3.2 O SEGURO-GARANTIA NO BRASIL.....	23
3.3 OS FUNDAMENTOS LEGAIS DO SEGURO-GARANTIA NO BRASIL .....	24
3.4 DA NATUREZA JURÍDICA DO SEGURO-GARANTIA .....	25
3.4.1 O Seguro-Garantia visto como Fiança .....	25
3.4.2 O Seguro-Garantia como Seguro.....	26
3.4.3 O Seguro-Garantia e sua Natureza Jurídica Própria .....	27
3.5 O SEGURO GARANTIA PROPRIAMENTE DITO.....	28
<b>4 DA ARBITRAGEM</b> .....	<b>33</b>
4.1 BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM.....	34
4.2 A ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO .....	37
4.2.1 A Constitucionalidade da Arbitragem .....	38
4.3 A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM.....	42
4.4 A ARBITRABILIDADE .....	44
4.5 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	48
4.6 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	49
4.7 COMPROMISSO ARBITRAL .....	52
<b>5 TERCEIROS NA ARBITRAGEM: OS EFEITOS DA SENTENÇA ARBITRAL</b> .....	<b>62</b>
5.1 DA DENUNCIÇÃO À LIDE.....	65
5.1.1 Da Denúnciação à Lide na Arbitragem.....	70
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>77</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os temas a serem debatidos serão a arbitragem e o seguro, dando ênfase ao seguro-garantia, modalidade esta muito utilizada, principalmente como forma de garantir obrigações assumidas pelo particular junto à administração pública.

Desde já, deve ser observado que a intenção deste trabalho não é a de esgotar os temas que aqui serão tratados, mas sim apresentarmos conceitos básicos sobre o contrato de seguro e da arbitragem para ao final, estabelecermos um vínculo entre os dois institutos.

Sobre a arbitragem, será abordada a cláusula compromissória, o compromisso arbitral e a possibilidade de intervenção de terceiros, especificamente quanto à posição do segurador que garante uma obrigação contratual entre as partes que instauram a arbitragem para dirimir um conflito que está sob a égide da apólice securitária.

Ressalta-se que a abordagem acerca da “Intervenção de Terceiros na Arbitragem” será realizada com base na Lei da Arbitragem, no Código de Processo Civil, no Código Civil Brasileiro e nos comentários de doutrinadores processualistas e entendedores do tema da arbitragem.

Por fim, será exposto um julgado recente e muito comentado, inclusive pela comunidade internacional, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que aborda os temas da cláusula

compromissória e compromisso arbitral. Trata-se de uma decisão proferida em recurso de agravo de instrumento, onde se discute as formalidades para a instauração da arbitragem.

Mostrar-se-á de grande relevância o comento de dito julgado neste trabalho, pois neste Acórdão verifica-se a divergência de entendimento sobre a cláusula compromissória “cheia” e a necessidade de ser firmado o compromisso arbitral para ser instaurada a arbitragem.

Feita esta apresentação, passamos a tratar sobre o contrato de seguro.

## 2 CONTRATOS DE SEGURO

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: ORIGEM E CONCEITO

Historicamente o seguro tem origem no antigo Extremo Oriente e era utilizado pelos cameleiros, que pactuavam entre si, em quotas, a cobertura pela perda dos seus animais ocorrida durante as longas viagens. Foram os navegantes hebreus e fenícios quem difundiram esta prática pelo “pacto de reposição” das embarcações que eram perdidas em transporte.<sup>1</sup>

Todavia, outros estudiosos sustentam que o seguro surgiu na Idade Média com o direito marítimo. Neste período os navegantes formaram uma sociedade de contribuição mútua. Assim, quando ocorria perda de uma embarcação ou de suas cargas os membros desta sociedade contribuíam de forma a minorar os prejuízos sofridos com a aquisição de outros bens. Nesta ocasião os navegantes começaram a especular sobre o risco na viagem marítima.<sup>2</sup>

O contrato de seguro da forma como hoje é conhecido, de acordo com a ata lavrada no Arquivo Nacional de Gênova, está datado de 1374. Foi na Inglaterra onde ocorreu sua ampla difusão no século XVII. O seguro foi adotado pelo nosso Código Comercial no século XIX.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 1ª Ed. 3ª tiragem. Saraiva. São Paulo. 2002. p. 680-681.

<sup>2</sup> SALVO VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**. 6ª Ed. Jurídico Atlas. São Paulo. 2006. p. 354.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 354.

Com o desenvolvimento da atividade comercial a sociedade difundiu o emprego do seguro que de início era dirigido para as atividades mercantis e, passou a ser aplicado na seguridade social para os trabalhadores, acidentados e atualmente é amplamente utilizado como forma de proteger os interesses do segurado contra o “risco da perda do patrimônio, da saúde e da vida”.<sup>4</sup>

No Brasil, a Constituição de 1934 declarava o “Princípio de Nacionalização do Seguro”, mas apenas com a promulgação da Constituição de 1937, que este princípio foi estabelecido em nosso ordenamento jurídico. Logo, o Decreto n.º 5.901, de 20 de junho de 1940, disciplinou “os seguros obrigatórios para comerciantes, industriais e concessionário de serviços públicos, pessoas físicas ou jurídicas, contra os riscos de incêndios e transporte”.<sup>5</sup>

Atualmente, o contrato de seguro é definido pelo legislador no Código Civil como a “transferência do risco de uma pessoa a outra”<sup>6</sup> mediante o pagamento de um prêmio, ou seja, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa<sup>7</sup>, a finalidade do seguro seria a de “(...) proteger a coisa, o risco ou um interesse segurável, como mais propriamente hoje se coloca”.

O contrato de seguro visa à garantia de um interesse que representa uma relação econômica ameaçada ou posta em risco não podendo ser delimitado a um objeto, risco ou coisa específica. O

---

<sup>4</sup> Id.

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menususep/historiadoseguro.asp>> Acesso em: 28/10/2008.

<sup>6</sup> SALVO VENOSA, op. cit., p. 355.

<sup>7</sup> Ibid., p. 361.

“interesse” deve conter conteúdo do patrimônio ou atividade humana objeto do contrato o qual é essencial para a sua celebração.<sup>8</sup>

## 2.2 ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO

De acordo com o artigo 757 do Código Civil Brasileiro<sup>9</sup>, o contrato de seguro é constituído pelos seguintes elementos: garantia, interesse, risco, prêmio e a empresarialidade<sup>10</sup>. Dito isto, torna-se necessária a análise de cada um desses elementos, buscando uma breve noção individual para que possamos entender melhor o contrato de seguro.

### **2.2.1 Da Garantia**

---

<sup>8</sup> Id.

<sup>9</sup> CCB: “Art. 757 - Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

<sup>10</sup> “A definição de contrato de seguro acolhida pela norma comentada é construída a partir de cinco elementos: garantia, interesse, risco, prêmio e empresarialidade.” TZIRULNIK, Ernesto. **O Contrato de Seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. RT. São Paulo. 2003. p. 29.

A garantia do interesse submetido a risco, tida como elemento nuclear do contrato de seguro<sup>11</sup>, é a prestação principal do contrato<sup>12</sup> e oferece ao seu titular uma proteção predeterminada de um risco.

Neste sentido ensina Ernesto Tzirulnik:

Garantir e segurar são dois conceitos que se confundem. O contrato de seguro fornece ao titular do legítimo interesse submetido a risco uma proteção determinada. Esta é a prestação inata que irá distinguir o seguro de qualquer outro contrato, em especial do jogo e da aposta.<sup>13</sup>

Observa-se que o objeto do contrato do seguro não seria a indenização a qual ocorrerá somente quando e caso sobrevier lesão do interesse previamente garantido. O fundamento deste contrato é sim a comutatividade onde o segurador fornece a garantia que perdurará durante a vigência da apólice e ao segurado, em contraprestação, pagará o respectivo prêmio.<sup>14</sup>

Esclarece Ernesto Tzirulnik que “ao obter garantia do interesse para hipótese de realização do risco predeterminado (sinistro), o

---

<sup>11</sup> “A idéia de garantia (‘o segurador se obriga [...] a garantir interesse legítimo do segurado’), embora não viesse explicada no Código anterior, já era proclamada pela doutrina brasileira como elemento nuclear para a compreensão da natureza jurídica e efeitos do contrato de seguro. A posição conjugada de garantia e interesse (objeto da garantia) e o abandono da idéia de indenização como elemento essencial do contrato esvaziam, no direito positivo brasileiro, a secular polêmica entre os dualistas e os unitaristas a respeito da função indenizatória (ou não) dos seguros de pessoas”. Ibid., p. 30.

<sup>12</sup> “Frequentemente o termo garantia tem seu significado dependente de uma prestação principal, por exemplo, a fiança em relação ao aluguel. No contrato de seguro, a garantia é a própria prestação principal”. Id.

<sup>13</sup> Id.

<sup>14</sup> “A comutatividade do contrato tem por base justamente o reconhecimento de que a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevier lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento de garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. A comutação ocorre entre prêmio (prestação) e garantia (contraprestação)”. Id.

segurado obtém uma vantagem ou atribuição patrimonial sem a qual permaneceria em estado potencial de dano”.<sup>15</sup>

Ressalta-se que cabe a seguradora provisionar patrimonialmente a garantia oferecida pelo contrato, sob pena de estar inadimplente com as suas obrigações o que ocorrerá independentemente do advento do sinistro.<sup>16</sup>

### 2.2.2 Do Interesse

O interesse a ser protegido pelo contrato de seguro deve ser juridicamente relevante, ou seja, deve haver uma relação pertinente entre o sujeito de direito e o bem da vida a ser garantido.

A garantia tem como objeto o legítimo interesse do segurado. [...] Ao dizer que a garantia se reporta ao interesse, à norma legal se refere a uma relação juridicamente relevante, isto é, o interesse há de ser protegido pela ordem jurídica. Se o interesse consiste na posição juridicamente relevante de um sujeito de direito para um bem da vida, a idéia de legitimidade é acostada para relevar a importância de que a pertinência entre o sujeito e o bem da vida seja de ordem a fazer com que aquele queira sua preservação, não desdenhe o status quo e não queira, nem lhe seja vantajosa, a

---

<sup>15</sup> Id.

<sup>16</sup> “É por isso que a garantia, como prestação devida pela seguradora, deve estar respaldada em provisões patrimoniais bastantes que, ausentes, caracterizam inadimplemento independentemente da efetiva ocorrência de sinistros”. Id.

realização do risco garantido. A garantia é o objeto imediato do seguro e o interesse o objeto da garantia, portanto objeto mediato do contrato, requisito de validade do mesmo.<sup>17</sup>

Ressalta-se que o interesse legítimo pode ser atual, condicional e a termo onde nos dois últimos casos a eficácia do contrato fica subordinada à condição suspensiva. Ainda, se caso o interesse a ser protegido for relativamente impossível no momento da celebração do contrato o negócio jurídico ainda assim poderá ser considerado válido.<sup>18</sup>

### 2.2.3 Do Risco

O risco, elemento essencial do seguro, é o evento predeterminado previsto no contrato onde a sua ocorrência poderá lesar o interesse garantido.<sup>19</sup> É este elemento “que torna assegúavel o legítimo interesse do segurado”.<sup>20</sup>

Sobre o risco Ernesto Tzirulnik comenta:

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 32.

<sup>18</sup> “O interesse legítimo pode ser atual (existe), condicional (poderá existir) ou a termo (existirá). No segundo e terceiro casos é sobrestada a eficácia do contrato (art. 125). Se no instante da declaração (art. 759) a existência do interesse for relativamente impossível, ainda assim o contrato poderá ser considerado válido (art. 106). Imagine-se, por exemplo, um seguro contratado para a garantia do interesse relativo aos efeitos colaterais de um remédio par doença tida por incurável e, portanto, cuja elaboração é considerada impossível pela comunidade farmacológica. Vindo o remédio a ser descoberto, convalida-se o seguro pela superveniência do interesse. E se a impossibilidade for absoluta? Nesse caso, não há dúvidas de que se trata de hipótese de inexistência do objeto e, portanto, o contrato será nulo (art. 104, II)”. Ibid., p. 33.

<sup>19</sup> Ibid., p. 36.

<sup>20</sup> Ibid., p. 37.

Para o seguro, o risco é apreendido em sua dimensão social, coletiva. Não se tomam em conta a incerteza e a insegurança estritamente individuais e sim a previsão obtida por meio de estudos estatísticos e atuariais, de incidência do evento predeterminado capaz de lesar o interesse.<sup>21</sup>

Assim, para que ocorra uma estruturação atuarial, financeira e padronização do contrato de seguro deve-se buscar uma dimensão coletiva do risco, elemento necessário “para a formação da taxa a ser aplicada para o cálculo do prêmio”.<sup>22</sup> Desta forma, pode-se entender o caráter transindividual do seguro o que reflete na obrigação das seguradoras em apresentar as notas técnico-atuariais e clausulados perante o órgão estatal de controle de sua atividade.<sup>23</sup>

O Decreto Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966, criou o Conselho Nacional de Seguros Privados, a Superintendência de Seguros Privados e o Instituto de Resseguros do Brasil que formam o Sistema Nacional de Seguros Privados, o qual é responsável pelo controle da atividade securitária no Brasil.<sup>24</sup>

#### 2.2.4 Do Prêmio

O prêmio é o valor<sup>25</sup> pago pelo segurado ou do estipulante, sendo esta a sua obrigação. Observa-se que deve haver uma proporção entre o valor do prêmio e a garantia.<sup>26</sup> Deve-se entender que a sua fixação

---

<sup>21</sup> Ibid., p. 36.

<sup>22</sup> Ibid., p. 38.

<sup>23</sup> Ibid., p. 37.

<sup>24</sup> Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menususep/historiadoseguro.asp>> Acesso em: 28/10/2008.

<sup>25</sup> “Com base no conhecimento da regularidade dos sinistros e da intensidade de seus efeitos, pelo estudo do risco, deve ser achado o valor adequado para fazer frente aos eventos (prêmio puro de risco). Tal só é possível por meio de massificação e homogeneização dos riscos, que dependem, de forma inafastável, da empresariedade, elemento adiante comentado”. Ibid., p. 38.

<sup>26</sup> Id.

não é realizada de forma arbitrária, pois deve ser levado em consideração dados estatístico como o “tipo de risco, importância segurada e a duração do seguro”.<sup>27</sup>

### 2.2.5 A Empresarialidade

O segurador exerce uma atividade econômica, buscando a obtenção do lucro. Assim, é necessário que as suas operações sejam exercidas de maneira empresarial.<sup>28</sup>

Ernesto Tzirulnik complementa:

Por essa razão é que as entidades seguradoras dependem de especial autorização estatal para que possam empreender a atividade. Nascem, diferentemente das sociedades empresárias em geral, balizadas por especial capacitação patrimonial e operam, cada ramo, cada região, cada nível de grandeza obrigacional, à medida que preenchem rigorosos requisitos atinentes a capital e provisões que efetivamente possam oferecer solvência.<sup>29</sup>

As seguradoras são administradoras de “fundos comuns ou fundos de poupança coletiva”<sup>30</sup> que são formados pelos prêmios pagos pelos segurados ou contribuintes. Desta forma, é essencial que estes fundos sejam administrados de maneira empresarial, ou seja:

O exercício sistemático da atividade, a uniformização ou homogeneidade das garantias, uma grande massa de negócios e a constante formação de provisões ou reservas

---

<sup>27</sup> FINKE, Anne; PENACHIO, Renata F.; PACHECO VAZ, Maria Fernanda; DRONGECK, Cristiane. **Em Debate 3, Prêmio, Risco, Resseguro**. Funenseg. Rio de Janeiro. 2001. p. 9.

<sup>28</sup> TZIRULNIK, op. cit., p. 39.

<sup>29</sup> Ibid., p. 40.

<sup>30</sup> Id.

adequadas para a prestação dos interesses da coletividade de economias individuais.<sup>31</sup>

Visto os elementos do contrato de seguro, deve-se entender que o conceito indenizatório está ligado à noção de inadimplemento e culpa. Todavia, deve-se entender que o simples fato ou ato danoso por si só não obriga o segurador a indenizar.

Ou seja, não são todos os prejuízos que devem ser ressarcidos, mas somente aqueles atinentes à essência do contrato de seguro firmado, “porque, em princípio, o segurador compromete-se a pagar apenas o valor segurado”.<sup>32</sup> Desta forma, a interpretação de um contrato de seguro é sempre restritiva.

Apresentado este breve panorama do contrato de seguro é pertinente abordarmos o contrato de seguro-garantia, muito utilizado como forma de garantir uma obrigação assumida pelo particular perante a administração pública, nos termos do art. 56, § 1, inc. II da Lei 8.666/1993<sup>33</sup>, visando à contratação de obras, serviços e compras.

---

<sup>31</sup> Id.

<sup>32</sup> SALVO VENOSA, op. cit., p. 355-356.

<sup>33</sup> Lei 8.666/1993: “Art. 56 - **A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.**

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

**II - seguro-garantia;**

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo;

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.” (grifamos)

### 3 DO SEGURO-GARANTIA

#### 3.1 A ORIGEM DO SEGURO-GARANTIA

A origem do seguro-garantia deve ser estudada fazendo-se um paralelo com o histórico da fiança. Dito isto, pode ser constatado que a fiança foi um instituto de grande importância, inclusive mencionado nos livros sagrados, que nos mostram que desde a muito já se asseguravam às obrigações pactuadas. Na Roma Antiga, nos contratos celebrados entre particulares e o Estado para as construções de obras já era exigida a apresentação de garantia como forma de assegurar o cumprimento de sua execução.

Contudo, foi nos Estados Unidos que o instituto do seguro-garantia, conhecido pelos americanos como *surenty bond*, foi desenvolvido.<sup>34</sup> A prática de se exigir garantias pessoais em operações de crédito além de ser habitual, já há muito tempo é utilizada, mas foram as companhias de seguro que profissionalizaram esta atividade.<sup>35</sup>

Neste sentido explica Gladimir Adriani Poletto:

As corporações afiançadoras operavam com garantia mediante a análise do risco econômico e financeiro do tomador, sendo este estudo um pré-requisito para as companhias assumissem o compromisso perante os

---

<sup>34</sup> POLETTTO, Gladimir Adriani. **O Seguro Garantia: em busca de sua natureza jurídica**. 1ª Edição. FUNENSEG - Fundação Escola Nacional de Seguros. Rio de Janeiro. 2003. p. 14.

<sup>35</sup> Ibid., p. 15.

beneficiários ou segurados, em caso de falta ou de inadimplência daquele.<sup>36</sup>

Portanto, resta claro que de início o seguro-garantia era oferecido para assegurar o cumprimento do particular nos contratos estabelecidos com os órgãos públicos<sup>37</sup>, que reconheceram os benefícios desta modalidade de seguro. Assim foram criadas leis, *status of law*, que autorizavam as seguradoras a emitir as apólices de seguro-garantia e disciplinaram esta modalidade de seguro.<sup>38</sup>

Gladimir Adriani Poletto complementa:

A regulação obrigacional previa que os projetos federais relativos à construção de estradas, viadutos, etc., obrigatoriamente deveriam estar assegurados, mediante emissão de garantia por parte proveniente de corporações habilitadas para este fim, para início da execução do projeto. A garantia exigida deveria contemplar coberturas quanto à execução da construção (performance bond), o pagamento dos obreiros e o do fornecimento de materiais (labor and material suppliers bond), referentes à efetiva construção do projeto.<sup>39</sup>

Desta forma, é inegável a contribuição dos americanos para o desenvolvimento do seguro-garantia que nos ofereceram as suas bases. Esta modalidade de seguro veio a oferecer segurança nas operações complexas entre devedores e credores e por conseqüência

---

<sup>36</sup> Ibid., p. 16.

<sup>37</sup> “Nota-se que as garantias de cumprimento contratuais eram exigidas para o cumprimento da integralidade do contrato, sob as formas da lei, pois o Miller Act estipulava que os contratos de construção, de reforma, de prestação de serviços com os EUA que excedessem a importância de U\$ 100,000 poderiam ser firmados com qualquer pessoa que fornecesse garantia e execução do mesmo, e que, por sua vez, representasse uma adequada proteção ao governo”. Ibid., p. 17.

<sup>38</sup> Ibid., p. 16.

<sup>39</sup> Id.

contribuiu para o desenvolvimento econômico<sup>40</sup> dos países que o incorporaram em seu ordenamento jurídico.

### **3.2 O SEGURO-GARANTIA NO BRASIL**

No Brasil a necessidade de se desenvolver um sistema de seguro-garantia nos moldes do *surety bond* americano<sup>41</sup> ocorreu em 1964, quando foi dado início ao programa de desenvolvimento denominado historicamente como “milagre econômico” que atingiu vários setores e renovou o parque industrial brasileiro.<sup>42</sup>

Gladimir Adriani Poletto explica:

A primeira Apólice de Seguro Garantia foi emitida em 1972, para assegurar o fornecimento do sistema de controle do metrô de São Paulo, e o resseguro contratado no exterior (FUNENSEG, 2001, p. 107). Nesse ano, o IRB desenvolveu normas operacionais transitórias para poder, efetivamente operar em tal ramo.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> “Dessa forma, o instituto do *serenty bond* não se limitou às operações públicas, muito menos à sua extensão territorial, pois atingiu às operações entre empresas privadas e ramificou-se da América do Norte à América Latina, em face de que o instrumento deriva de uma necessidade de mercado e inova na questão jurídica obrigacional”. Ibid., p. 17.

<sup>41</sup> “Em razão da necessidade de se garantir os contratos públicos, os órgãos de controle e de representação de mercado segurador receberam a árdua tarefa de implementar, rapidamente, um sistema de garantia aos moldes do *surenty bond* americano, uma vez que a política governamental sobre a meta securitária exigia que a retenção máxima de responsabilidades ficasse com o mercado nacional e que somente o excedente fosse transferido ao exterior (ALVIM, 1999. 138). Entretanto, em 1967, por imposição de instituições financeiras estrangeiras, uma empresa brasileira, para atender às exigências de um contrato, teve que recorrer ao Seguro Garantia a fim de assegurar a execução da obra. Porém, como o Seguro Garantia de *performance bond* ainda não era um ramo aprovado no Brasil, a solução encontrada foi a contratação deste seguro em uma companhia sueca (FUNENSEG, 2001. p. 106)”. Ibid., p. 32.

<sup>42</sup> Id.

<sup>43</sup> Id.

O seguro-garantia foi consolidado no Brasil no final da década dos anos 70 que diante das crescentes edificações e obras de grande porte as companhias de seguros viram-se obrigadas a adequar-se a esta nova realidade<sup>44</sup>.

### **3.3 OS FUNDAMENTOS LEGAIS DO SEGURO-GARANTIA NO BRASIL**

O seguro-garantia é operado pelas companhias seguradoras, logo, está submetido ao sistema nacional de seguros, regulado, por sua vez, pelo Decreto Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966.

Todavia, não existe nenhuma legislação específica que tenha regulado o seguro-garantia, podendo-se, contudo, constatar a sua aparição, inicialmente na Lei da Reforma Administrativa, Decreto Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.<sup>45</sup> Também pode ser verificada a sua previsão, conforme já mencionado, na Lei n.º 8.666/1993 que instituiu as normas para licitações e contratos da Administração Pública, conforme art. 56, §1º, inc. II.

A Superintendência de Seguros Privados – SUSEP em julho de 1982 emitiu a circular n.º 8 que tratava especificamente sobre o seguro-garantia. Em 21 de novembro de 1986 o Decreto Lei n.º 2300 ao

---

<sup>44</sup> “Desse modo, a emissão de uma apólice de Seguro Garantia para uma empresa licitante, em favor da empresa pública, já demonstrava que a mesma estava apta a contratar com o Estado, pois a sua condição técnica, financeira e econômica havia sido previamente analisada pela companhia de seguros garantidora da proposta. O custo garantia, para o contratado tomador, era inferior às tradicionais formas de caução, ou seja, o depósito em dinheiro ou à fiança bancária”. Id.

<sup>45</sup> Ibid., p. 33.

substituir o Decreto Lei n.º 200 de 1967 integrou em sua redação o seguro-garantia como uma das modalidades de garantia a serem oferecidas nos contratos celebrados com a Administração Pública. Da mesma forma, a Lei 8245/1991 expõe o seguro-fiança locatícia.<sup>46</sup>

### 3.4 DA NATUREZA JURÍDICA DO SEGURO-GARANTIA

O estudo sobre a natureza jurídica do seguro-garantia é necessário, pois há divergência na doutrina quanto ao conceito desta modalidade de seguro. Há uma corrente que o coloca como fiança, outra defende ser um seguro e ainda, há uma terceira corrente que afirma ter o seguro-garantia uma natureza jurídica própria.

#### **3.4.1 O Seguro-Garantia visto como Fiança**

Há aqueles que acreditam que o seguro-garantia possui natureza jurídica da fiança, pois ambos os institutos servem para garantir uma obrigação, desta forma, uma das partes, seja fiador ou segurador, assume a responsabilidade do risco que recai sobre objeto de interesse de outra parte.

Em ambos os casos a relação é obrigacional composta por uma obrigação principal (crédito e débito) e uma obrigação acessória que

---

<sup>46</sup> Id.

somente será exigida quando ocorrer o inadimplemento da primeira (garantia e responsabilidade). A validade da obrigação principal afeta diretamente a acessória e as exceções pessoais do devedor originário podem ser opostas pelas partes. Tanto no seguro como na fiança a responsabilidade pode ser delimitada e tanto o fiador como o segurador subrogam-se no direito de cobrar os valores despendidos em favor do credor ou do segurado.<sup>47</sup>

Por todos estes motivos, esta corrente acredita ser o seguro-garantia uma fiança representada em uma apólice de seguro, pois em ambos os casos, existem uma obrigação acessória e outra principal, não há interesse segurável, mas um compromisso obrigacional.<sup>48</sup>

### **3.4.2 O Seguro-Garantia como Seguro**

Aqueles que tratam o seguro-garantia como um seguro, sustentam que estão presentes todas as particularidades inerentes ao contrato de seguro, pois é um instrumento típico regulado em legislação especial que somente as companhias de seguros podem

---

<sup>47</sup> “(...) no Seguro Garantia como na da fiança, a validade da obrigação principal afeta o acessório, que é a relação fidejussória, cujas partes poderão não reconhecer o direito do credor e opor exceções que competem ao devedor originário. A recíproca não é verdadeira, conquanto a relação fidejussória não afeta a principal. Na fiança, o fiador se sub-roga de pleno direito, ou seja, no direito e na ação do credor pago contra o afiançado, inclusive, podendo demandar por perdas e danos decorrentes. No Seguro Garantia, a seguradora se sub-roga no direito do segurado ou beneficiário para cobrar do tomador a importância paga a título de sinistro; contudo, tal sub-rogação, como já se assinalou, poderá ser legal ou convencional, uma vez que a operação de Seguro Garantia está assim lastreada”. Ibid., p. 73-74.

<sup>48</sup> Ibid., p. 74.

operá-lo. Pelo que, advertem que não se pode generalizar a fiança como qualquer forma de garantia.<sup>49</sup>

No Brasil, tanto a circular n.º 232, de 3 de junho de 2003 da SUSEP a qual estabelece as condições gerais e especiais do seguro-garantia, como o Código Civil Brasileiro são os instrumentos que disciplinam esta modalidade de seguro.

### 3.4.3 O Seguro-Garantia e sua Natureza Jurídica Própria

Gladimir Adriani Poletto defende que o seguro-garantia possui uma natureza jurídica própria. Mesmo havendo características comuns ao instituto do seguro e da fiança, esta modalidade de seguro possui elementos particulares, próprios.<sup>50</sup>

Os elementos fundamentais do seguro são o prêmio, o risco e a apólice. A garantia seria apenas o elemento comum com a fiança. Já o seguro-garantia possui como característica o “caráter plurilateral, oneroso, nominado, solene, formal, acessório e aleatório”.<sup>51</sup>

Sobre estes elementos Gladimir Adriani Poletto explica:

A plurilateralidade da relação jurídica está descrita pela forma triangular acima, onde tomador, segurado e segurador estão formalmente vinculados, onde cada qual se posiciona em um vértice da relação, com responsabilidades variadas, a fim de atingir um objetivo comum; a emissão do Seguro Garantia é uma atividade onerosa, uma vez que as partes

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 78.

<sup>50</sup> Ibid., p. 82-83.

<sup>51</sup> Id.

convencionam vantagens de caráter patrimonial recíproco; a relação jurídica é nominada, haja vista que se encontra regulada por legislação especial; é solene, uma vez que somente se aperfeiçoa com a aceitação da apólice pelo segurado; é formal; pois a prova do contrato é a apólice de seguro e esta deverá estar em conformidade com as regras impostas pela instituição seguro; é acessório, pois a garantia securitária serve para garantir as obrigações pactuadas no contrato principal; e aleatório, já que o Seguro Garantia assegura a possibilidade da ocorrência de evento futuro e incerto que não permita o cumprimento das obrigações contratuais pelo tomador.<sup>52</sup>

Desta forma, acredita-se que de fato o seguro-garantia possui uma natureza jurídica própria, uma vez que embora possua elementos comuns do contrato de seguro por ser oneroso, nominativo, solene, formal, aleatório, estão presentes elementos próprios, em especial o seu caráter plurilateral e acessório. Observa-se que a garantia é apenas um elemento em comum com a fiança.

Logo, entende-se que o seguro-garantia possui uma natureza jurídica própria.

Apresentadas as divergências quanto à natureza jurídica do seguro-garantia, deve ser ressaltado que a pretensão do presente trabalho não é a de debater a exaustão esta questão, mas sim expor, embora que brevemente, o ramo de seguro que ainda é pouco explorado pela doutrina nacional, qual seja o seguro-garantia.

### 3.5 O SEGURO GARANTIA PROPRIAMENTE DITO

---

<sup>52</sup> Id.

O sistema nacional de seguros conceitua o seguro-garantia como sendo:

A contratação do Seguro Garantia, mediante o pagamento de um prêmio, o segurador garante o cumprimento das obrigações do tomador do seguro firmadas com o segurado ou beneficiário, exclusivamente dentro dos limites convencionados na apólice, sena pelo pagamento dos prejuízos ocorridos ou pelo cumprimento efetivo da obrigação, contemplada pela importância assegurada.<sup>53</sup>

O conceito acima exposto apresenta os elementos essenciais do seguro-garantia, quais sejam: as partes, o risco ou o interesse legítimo segurável, o prêmio e a apólice. Mesmo estando ausente neste conceito, a liquidação é um elemento importante do seguro-garantia.

Gladimir Adriani Poletto esclarece acerca da liquidação como elemento do seguro-garantia:

A liquidação, em caso de sinistro, que poderá ser efetivamente, o pagamento pecuniário ou a realização da obrigação assumida pelo tomador, por ordem e responsabilidade da seguradora, a fim de cumprir a obrigação garantida. Sempre respeitando os limites expressos na apólice de seguro.<sup>54</sup>

A circular da SUSEP<sup>55</sup> n.º 232 disciplina quais as informações mínimas que deverão constar na apólice de seguro-garantia, são elas:

---

<sup>53</sup> Ibid., p. 43-44.

<sup>54</sup> Id.

<sup>55</sup> Circular 232 da SUSEP:

Art. 1º Divulgar as informações mínimas que deverão estar contidas na apólice, nas condições gerais e nas condições especiais para os contratos de seguro-garantia, nos termos dos Anexos I a III desta Circular. Parágrafo único. Incluem-se nos termos do caput a Cláusula Específica para Licitações e Contratos de Execução Indireta de Obras, Serviços e Compras da Administração Pública e a Cláusula Específica para Concessões e Permissões de Serviço Público.

Art. 2º As sociedades seguradoras que operem ou pretendam operar com as modalidades de seguro-garantia, nos termos desta Circular, deverão apresentar o seu critério tarifário à SUSEP, por meio de Nota Técnica Atuarial, que deverá conter os seguintes elementos mínimos:

- objetivo da Nota Técnica Atuarial, incluindo todas as coberturas do seguro;
- definição de todos os parâmetros e variáveis utilizados, quando for o caso;
- especificação detalhada dos instrumentos utilizados para avaliação dos tomadores, tais como: relatórios financeiros, políticas de investimento, informações bancárias, análise de histórico

---

**I - objetivo da Nota Técnica Atuarial, incluindo todas as coberturas do seguro;**  
**II - definição de todos os parâmetros e variáveis utilizados, quando for o caso;**  
**III - especificação detalhada dos instrumentos utilizados para avaliação dos tomadores, tais como: relatórios financeiros, políticas de investimento, informações bancárias, análise de histórico mercadológico, métodos de controle adotados no gerenciamento da empresa, etc.**  
**IV - especificação detalhada dos critérios utilizados para a obtenção da taxa pura;**  
**V - carregamentos praticados na comercialização do seguro;**  
**VI - critérios de reavaliação das taxas, incluindo formulação;**  
**VII - especificação do cálculo das reservas, em conformidade com as normas em vigor;**  
**VIII - critério para concessão de excedente financeiro e/ou técnico, quando for o caso; e**  
**IX - assinatura do atuário, com seu número de identificação profissional perante o órgão competente.**

Art. 3º O contrato de contragarantia, que rege as relações entre a seguradora e o tomador, será livremente pactuado e nele deverão constar, no mínimo, as seguintes informações:

**I - a vigência da cobertura do seguro-garantia será igual ao prazo estabelecido no contrato principal, devendo o tomador efetuar o pagamento do respectivo prêmio por todo este prazo;**

II - estando a apólice ainda em vigor quando da extinção da garantia, caberá devolução de prêmio proporcional, à base pro rata temporis, pelo prazo ainda a decorrer, contados da data de ocorrência de uma das hipóteses de extinção da garantia previstas na apólice, salvo expressa menção em contrário nas condições particulares;

III - não paga pelo tomador, na data fixada, qualquer parcela do prêmio devido, ocorrerá o vencimento automático das demais, podendo a seguradora recorrer à execução do contrato de contragarantia;

Parágrafo único. O contrato de contragarantia de que trata o caput não será submetido à análise da SUSEP, uma vez que suas disposições não interferem no direito do segurado.

Art. 4º A apólice do seguro de que trata esta Circular deverá indicar os riscos assumidos, a vigência, o limite máximo da garantia ou importância segurada, o valor do prêmio, o nome ou a razão social do segurado e do tomador, além dos demais requisitos estabelecidos nos normativos vigentes. (grifo nosso)

mercadológico, métodos de controle adotados no gerenciamento da empresa, etc.

- especificação detalhada dos critérios utilizados para a obtenção da taxa pura;
- carregamentos praticados na comercialização do seguro;
- critérios de reavaliação das taxas, incluindo formulação;
- especificação do cálculo das reservas, em conformidade com as normas em vigor;
- critério para concessão de excedente financeiro e/ou técnico, quando for o caso; e
- assinatura do atuário, com seu número de identificação profissional perante o órgão competente.

Quanto às partes do contrato de seguro-garantia, diferentemente do seguro tradicional, aquele possui três partes distintas: o tomador, o segurado e o segurador.

O tomador contrata o seguro para garantir uma obrigação avençada com o segurado que é o beneficiário da apólice. Caso ocorra a inadimplência das obrigações do tomador é o segurado quem irá exigir da seguradora o cumprimento do contrato inadimplido ou a devida indenização pela rescisão contratual por culpa do tomador. “A

seguradora é que se responsabiliza perante o segurado, quanto à obrigação do tomador no pacto firmado entre este e o beneficiário”.<sup>56</sup>

O contrato principal possui como partes o tomador e o segurado. O contrato acessório está estabelecido entre o segurado e o segurador, onde é emitida a apólice do seguro-garantia, que por sua vez irá garantir eventual inadimplemento do tomador no contrato principal. Por fim, a relação entre a seguradora e o tomador está estabelecida com o contrato de constituição de contra-garantias.<sup>57</sup>

O contrato de contra-garantia que rege as relações entre a seguradora e o tomador deverá constar no mínimo “a vigência da cobertura do seguro-garantia será igual ao prazo estabelecido no contrato principal, devendo o tomador efetuar o pagamento do respectivo prêmio por todo este prazo”.<sup>58</sup>

Gladimir Adriani Poletto explica esta relação nos seguintes termos:

Evidenciam-se três relações jurídicas diferentes, formadas por três contratos conexos (MOSSETITURRASPE, 1998, p. 13). A primeira é a relação do tomador com o segurado, que é o contrato principal, onde as partes convencionam obrigações e deveres recíprocos, inclusive, o compromisso de apresentação de garantia: a segunda é a relação contratual entre a companhia seguradora e o tomador, que objetiva a emissão de uma apólice de Seguro Garantia, onde seja atestado o cumprimento das obrigações do tomador no contrato principal. Este contrato é autônomo e não interfere na relação jurídica com o segurado, inclusive, este sequer tem conhecimento das bases acordadas. Em terceiro plano está a relação contratual da seguradora para com o segurado que, em caso de inadimplemento do tomador garantido, ensejará a obrigação de cumprir com o objeto da apólice, ou seja, o pagamento do valor dos prejuízos ocorridos, cobertos pela apólice de Seguro Garantia (CIOLLARO, 1984, p. 3), ou contratar, terceira empresa, para fazer, fornecer, executar, a obrigação como se fosse o tomador do seguro.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> POLETTO, op. cit. p. 44.

<sup>57</sup> Ibid., p. 56.

<sup>58</sup> Id.

<sup>59</sup> Ibid., p. 56-57.

A ajuda recíproca é o ideal desta relação jurídica<sup>60</sup>, uma vez que prevalece a intenção das partes em concluir o objeto indicado no contrato principal. O papel da seguradora é de grande valia quando participa na qualidade de mediador e cooperador na medida em que é constada uma inadimplência que pode advir tanto por parte do tomador como do segurado que, por evidência, atrasa a conclusão do contrato principal, desequilibrando os aspectos econômicos do projeto e os seus fins sociais.<sup>61</sup>

Visto o conceito, a finalidade e o objeto do seguro e tendo em mente as particularidades do seguro-garantia, iniciar-se-á a exploração do tema do contrato de seguro na arbitragem, se fazendo necessário o comentário acerca da cláusula compromissória e sua extensão, além do estudo do compromisso arbitral, conforme a seguir.

#### 4 DA ARBITRAGEM

A arbitragem é uma modalidade de resolução de conflito paralelo<sup>62</sup> ao Poder Judiciário, um instituto através do qual as partes

---

<sup>60</sup> “A relação jurídica do Seguro Garantia também possui um método próprio, o qual, inclusive, foi anteriormente assinalado, o que demonstra, que o seu caráter não está na fiança, mas no seguro, uma vez que, às normas deste, é a que se encontra subordinado. A análise de cada instrumento de garantia e a valoração dos seus elementos fundamentais conduz ao entendimento de que o Seguro Garantia possui essência securitária, uma vez que ele somente se aperfeiçoa mediante a emissão de uma apólice de seguro”. Ibid., p. 79.

<sup>61</sup> Ibid., p. 57.

<sup>62</sup> “(...) o Estado, em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os por meio de seus próprios órgãos, permite que uma terceira pessoa o faça, mediante prévia convenção dos interessados e observadas certas

submetem um determinado litígio a um árbitro que possui a incumbência e competência de dirimir tal conflito. Observa-se que o referido litígio deve versar sobre direitos transigíveis ou arbitráveis.

O árbitro, que como regra geral é nomeado pelas partes, profere decisão a qual é equiparada a uma sentença judicial, pois está acobertada pela coisa julgada.<sup>63</sup>

O juízo arbitral, conforme estabelece a lei, está adstrito a conhecer as matérias de ações de conhecimento, pois torna certa uma relação jurídica ao apontar o direito aplicável, cria ou extingue uma relação jurídica.<sup>64</sup>

#### 4.1 BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM

Desde os tempos da civilização romana<sup>65</sup> já há notícias da arbitragem.<sup>66</sup> Observa-se que a “arbitragem, mais do que um fenômeno internacional, é um fenômeno intercultural”.<sup>67</sup>

---

regras, por uma decisão com autoridade em tudo e por tudo idêntica à da sentença judicial. É o denominado sistema arbitral, que nada mais é do que a resolução do litígio por meio de árbitros” CARRERA, J.E. Alvim. **Tratado Geral da Arbitragem**. Malheiros. Belo Horizonte. 2000. p. 56.

<sup>63</sup> Ibid., p. 14.

<sup>64</sup> VIANNA, Durval. **Lei de Arbitragem**. Ed. Esplanada. Rio de Janeiro. 1998. p. 48.

<sup>65</sup> Em Roma, a arbitragem era conhecida da mais alta Antiguidade: no período arcaico (século VII a vi a.C.), conhecia-se o arbitrium liti aestimandae, pelo qual o árbitro fixava o montante da reparação devida pelo culpado, após o juiz (iudex) ter pronunciado o julgamento sobre a sua culpabilidade. Em seguida, a arbitragem ex compromisso foi moeda corrente; é a Cícero que se atribui a idéia de que “a arbitragem é o meio de não ganhar completamente um bom processo, nem perder completamente um mau processo”. No Baixo-Império, a justiça arbitral desenvolveu-se entre os cristãos, com os bispos arbitrando as diferenças entre os membros da comunidade cristãs. Essa modalidade de arbitragem teria sido

Historicamente, os conflitos de interesses eram resolvidos pelas próprias partes. Com a evolução da sociedade e com a criação do Estado a justiça deixa de ser privada e passa a ser resolvida pela justiça pública. Esta transposição pode ser observada em quatro etapas<sup>68</sup>:

a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidas pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado - então incipiente - intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima;

b) na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima, em vez de usar a vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber a indenização que ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la;

c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e

d) finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada e, por meio de funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a decisão.<sup>69</sup>

---

encorajada por Constantino, e também era conhecida pelos visigodos". CARRERA, op. cit., p.16-17.

<sup>66</sup> "O organismo do compromisso arbitral - anota Oliveira Filho - encontra-se na Lei das Doze Tábulas, no direito romano (Digesto, Livro 4, Título 8, De receptis, qui arbitrium receerunt, ut sententiam dicant; Código, Livro 2, Título 56, De receptis arbitris), no canônico (Decre., Tít. De arbitr., I, 42 - C.14) e em quase todos os estatutos da Idade Média." "O organismo do compromisso arbitral-anota Oliveira Filho - encontra-se na Lei das Doze Tábulas, no direito romano (Digesto, Livro 4, Título 8, De receptis, qui arbitrium receerunt, ut sententiam dicant; Código, Livro 2, Título 56, De receptis arbitris), no canônico (Decre., Tít. De arbitr., I, 42 - C.14) e em quase todos os estatutos da Idade Média". Ibid., p. 16.

<sup>67</sup> Ibid., p. 14.

<sup>68</sup> Id.

<sup>69</sup> Ibid., p. 15.

Cada uma destas etapas pode ser facilmente identificada no direito romano. Ressalta-se que a resolução de conflitos sem a interferência do Estado sempre foi admitida no direito romano. A primeira etapa, caracterizada pela justiça privada, pode ser vista na lei Doze Tábuas, onde o particular estava autorizado a escolher e aplicar a pena, conforme previa a pena de Talião: “olho por olho, dente por dente”.

Já na segunda etapa o conflito poderia ser resolvido entre partes mediante o pagamento de indenização. A terceira, encontra-se nos dois primeiros sistemas processuais civil de Roma, *legis actiones* e o *per formulas*. Por fim, a quarta etapa encontra-se na *cognitio extraordinária*, terceiro sistema do processo civil romano.<sup>70</sup>

Assim, ensina José Eduardo Carreira Alvim:

Os sistemas das *legis actiones* e *per formulas*, em que o arbitramento era obrigatório, compunham a *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos processos civis), em que a instância se divide em duas fases sucessivas: a primeira, *in iure*, perante o pretor (um magistrado); a segunda, *in iudicio*, perante o *iudex* ou *arbiter* (um particular). No sistema da *cognitio extraordinária*, desaparecem as fases *in iure* e *in iudicio*, concentrando-se o processo numa única fase que se desenvolvia diante do pretor, que era um juiz, funcionário do Estado.<sup>71</sup>

Em Roma havia a arbitragem facultativa, estabelecida contratualmente pelas partes, e a arbitragem tida como obrigatória imposta pela atividade judicial.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>71</sup> Ibid., p. 16.

<sup>72</sup> “Vigoraram, assim, em Roma, duas modalidades de arbitragem: a arbitragem facultativa, contratualmente estabelecida pelos litigantes, ao largo da atividade judicial (obrigatória), típica do período da *ordo iudiciorum privatorum*, que vigorou

Há, ainda, aqueles que asseveram que a arbitragem surgiu na Grécia Clássica onde Sólon havia a introduzido nas reformas e Aristóteles fez a distinção entre juiz e árbitro: “O árbitro visa à equidade, o juiz à lei; a arbitragem foi inventada para que a equidade fosse aplicada”.<sup>73</sup>

#### 4.2 A ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil a arbitragem já era prevista na Constituição Imperial de 1824.<sup>74</sup> Entretanto, ao contrário do que dispunham as Constituições antecessoras às de 1888 (1891, 1934, 1946, 1967 e 1969), onde não havia previsão legal da arbitragem, a Carta Magna em vigor estabeleceu expressamente a arbitragem nos seus § 1º e 2º do artigo 114.

E por fim, com o advento da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996<sup>75</sup> disciplinou-se em nível infraconstitucional a arbitragem.<sup>76</sup>

---

até a extinção do sistema formulário, substituído pelo sistema da *cognitio extraordinaria*”. Id.

<sup>73</sup> Id.

<sup>74</sup> “Entre nós, a Constituição Imperial de 1824 dispunha: Art. 160. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes”. Ibid., p. 17.

<sup>75</sup> “O projeto que criou a lei de arbitragem procurou justificar as suas linhas mestras, no âmbito dos seguintes itens: a) prestígio a princípio da autonomia da vontade; b) distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral; c) garantias fundamentais da tutela jurídica; d) estabelecimento de um verdadeiro Código de Ética para o julgador; e) estímulo à função conciliadora do (s) árbitro (s), estimulando a tentativa de composição amigável dos litigantes; f) incentivo ao recurso e à arbitragem institucional, administrada por entidades especializadas, de forma a propiciar a sua implantação e crescimento do Brasil; g) expressa previsão da possibilidade de substituição do árbitro, em caso de falecimento, impedimento e suspeição; h) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral, à qual se confere valor de título executivo; i) previsão de embargos de declaração para sanar obscuridade, dúvidas ou contradições da sentença arbitral; j) possibilidade de a decisão ser impugnada na justiça; l) competência do Supremo Tribunal Federal para homologar sentenças arbitrais estrangeiras”. UADI LAMMÊGO

#### **4.2.1 A Constitucionalidade da Arbitragem**

Alguns doutrinadores sustentam que o instituto da arbitragem seria inconstitucional frente ao disposto no art. 5<sup>a</sup>, XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois estaria se ferindo o Princípio da Inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça do direito.<sup>77</sup>

Todavia, a questão da constitucionalidade da Lei de Arbitragem deve ser analisada sob dois aspectos, a da faculdade de se levar um determinado litígio para a arbitragem e a exeqüibilidade da sentença arbitral.<sup>78</sup>

O art. 1º da Lei de Arbitragem estabelece ser facultativa, e não obrigatória, a utilização da arbitragem para a resolução de um litígio, sendo esta uma ferramenta a ser utilizada somente se as partes assim o decidirem, do contrário, a convenção arbitral será anulada pelo Poder Judiciário.<sup>79</sup>

Nesse sentido defende Paulo Furtado Uadi Lammêngo Bulos:

---

BULOS, Paulo Furtado. **Lei da Arbitragem Comentada**. Saraiva. São Paulo. 1997. p. 10-11.

<sup>76</sup> CARRERA, op. cit., p. 19-20.

<sup>77</sup> “A forma preferida de resolução dos conflitos entre nós, até pela falta de uma cultura arbitral, continua sendo a jurisdicional, a cargos dos juízes togados, estando esta garantia inserta no art. 5<sup>a</sup>, XXXV, da Constituição de 1988, nos termos do qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que levou alguns exegetas a pôr em dúvida a constitucionalidade do juízo arbitral, na versão dada pela nova Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96)”. Ibid., p. 38.

<sup>78</sup> Ibid., p. 44.

<sup>79</sup> Ibid., p. 44-45.

Num exame mais detido e equilibrado do problema, o juízo arbitral não fere a norma constitucional, porque ele não deixa o Judiciário de fora do exame das questões jurídicas. Para exemplificar, veja-se a própria fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros, que não dispensa a participação do Poder Judiciário, ao invés inclui a sua presença, caso ocorra lesão ou ameaça a direito (hipótese prevista no parágrafo único do art. 11 da nova Lei n. 9.307/96). Mesmo sendo dispensado o exequatur, a sentença deveria ser cumprida perante a jurisdição comum, e, neste caso, examinada diretamente por juízes togados.<sup>80</sup>

Desta forma, pode-se concluir que a Lei n.º 9.307/1996 somente seria inconstitucional caso a instauração da arbitragem fosse obrigatória o que não ficou estabelecido na norma infraconstitucional.<sup>81</sup>

Conclui Paulo Furtado Uadi Lammêngo Bulos:

Ninguém obriga outrem a usar a arbitragem. Ela é uma opção, uma faculdade a mais posta a serviço dos sujeitos, jamais uma imposição, um dever, uma exigência. Utiliza-a quem desejar. Caso as partes não optarem por ela, deixando de designar conscienciosa e livremente um árbitro, terão a Justiça Comum, como meio idôneo para resolver suas pendências. A propósito, uma advertência é necessária: nada impede aos sujeitos solverem o litígio por acordo, independentemente do que vier a ser resolvido pelo árbitro. Se quiserem, aí sim, podem requerer ao árbitro que lavre a sentença arbitral, confirmando os termos do ajuste.<sup>82</sup>

Para que a arbitragem seja um meio de solução de litígio eficaz, é necessário atribuir à sentença arbitral o mesmo efeito da sentença

---

<sup>80</sup> UADI LAMMÊGO BULOS, op. cit., p. 8.

<sup>81</sup> “De inconstitucionalidade poder-se-ia falar, se a lei houvesse instituído a arbitragem obrigatória (ou coativa), pois esbarraria no art. 5ª, XXXV, da Constituição, afrontando o princípio da inafastabilidade, ao vedar às partes o acesso direto ao juízo judicial, impondo-lhes o juízo arbitral. Mas, felizmente, não é o que acontece, porquanto a nova Lei de Arbitragem mais não faz do que já fazia o Código Civil, ao facultar aos interessados prevenirem ou terminarem litígio mediante concessões mútuas (art. 1.025), ou o Código de Processo Civil, ao extinguir o processo com julgamento do mérito, quando as partes transigirem (art. 269, III)”. CARRERA, op. cit., p. 45.

<sup>82</sup> UADI LAMMÊGO BULOS, op. cit., p. 9.

proferida por um juiz togado<sup>83</sup>, por este motivo entende-se que a sentença proferida pelo árbitro<sup>84</sup> pode ser acobertada pela coisa julgada, tanto formal quanto material.<sup>85</sup>

José Eduardo Carreira Alvin ensina:

O primeiro efeito da sentença é tornar certa a relação (ou situação) jurídica incerta, com o que o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional (art. 463, CPC). Mas, além desse efeito “formal”, a sentença produz também efeitos “materiais” igualmente importantes.<sup>86</sup>

Logo, a sentença arbitral e a sentença judicial produzem os mesmos efeitos, formal e material.<sup>87</sup> Ocorre que a sentença oferecida pelo árbitro somente pode ser executada perante a jurisdição estatal. Este é outro fundamento que nos demonstra ser constitucional a Lei de Arbitragem, uma vez que na execução da sentença arbitral será observado o princípio do devido processo legal e da inafastabilidade do Poder Judiciário.<sup>88</sup>

Continua José Eduardo Carreira Alvim:

---

<sup>83</sup> “Por idêntica razão, ao dizer o art. 31 da Lei da Arbitragem que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial, e, sendo condenatória, constitui título executivo, não incide em nenhuma inconstitucionalidade”. CARRERA, op. cit., p. 45.

<sup>84</sup> “Nos termos do art. 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito, pelo que, dispondo ele do iudicium, e podendo decidir de acordo com o direito ou com equidade, pode afastar a aplicação de lei eventualmente inconstitucional, fazendo-o através do controle difuso, exercitando um poder que detém todo aquele que exerce poder jurisdicional, independentemente de ser um juízo estatal ou juízo arbitral”. Ibid., p. 52.

<sup>85</sup> Quando esses efeitos se tornam definitivos, pela preclusão dos prazos para recurso, na sentença judicial, ou pela ausência de embargos arbitrais, na sentença arbitral, ela produz coisa julgada material, que o art. 467 do Código de Processo Civil define como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Ibid., p. 51.

<sup>86</sup> Ibid., p. 50.

<sup>87</sup> “Os efeitos que produz a sentença arbitral, tanto quanto a sentença judicial, são idênticas: a) tornar certa a relação (ou situação) jurídica incerta; b) pôr fim à atividade arbitral; c) constituir título executivo, se condenatória; d) sujeitar o devedor à execução; e e) produzir hipoteca judiciária”. Ibid., p. 51.

<sup>88</sup> Ibid., p. 50.

A arbitragem desenvolveu-se sob a tutela do Poder Judiciário que julga sobre o pedido de instituição de arbitragem (art. 7º, § 7º, LA); sob a regularidade formal da sentença arbitral, através da demanda de nulidade (art. 33, caput, LA); e promove, com exclusividade, a execução formada da sentença arbitral.<sup>89</sup>

Concluí-se, assim, que a Lei 9.307/1996 é constitucional e não fere o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem é uma faculdade oferecida pelas partes como forma de dirimir um conflito.<sup>90</sup>

Este instituto também não fere o Princípio do Devido Processo Legal, pois a sua sentença não é exeqüível, sendo necessário levarmos este título executivo judicial (art. 475-N, IV do CPC) para apreciação do Poder Judiciário, que é quem possui a competência para coagir o particular a cumprir com as suas obrigações estabelecidas pelo juízo arbitral. Eventual alegação de nulidade da decisão arbitral pode ser argüida neste momento, mas deve-se advertir que o juiz togado somente pode apreciar questões ligadas a legalidade da arbitragem, e não ao mérito da decisão arbitral.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Id.

<sup>90</sup> “É importante observar que o comando do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal se dirige ao legislador. Tratando-se de direitos indisponíveis, quem pode renunciar ao direito pode, por igual, renunciar à respectiva tutela, em respeito ao princípio da autonomia das partes”. VIANNA, op. cit., p. 47.

<sup>91</sup> “Concluindo: a maior segurança da decisão arbitral está na sua jurisdicionalização, mas não a obtida através de simples homologação – em que a atividade do juiz se limita ao exame do aspecto formal da decisão -, senão através de uma atividade orientada pelos princípios (contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento do árbitro). E isso, sem se descuidar da ação de nulidade, em que o juiz togado é chamado a exercer, a posteriori, o controle da legalidade da própria arbitragem”. CARRERA, op. cit., p. 51.

### **4.3 A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM**

A definição da natureza jurídica da arbitragem não é unânime na doutrina. Assim, há três correntes que tentam estabelecer a sua natureza, quais sejam: a contratualista, a publicista e a intermediária.<sup>92</sup>

A corrente contratualista defende que a arbitragem é um contrato, onde os árbitros somente podem decidir sobre questões adstritas a atividade privada e que em um segundo momento caberia ao juiz togado decretar a sua excoutoriedade o que revestiria a decisão arbitral em uma sentença.<sup>93</sup>

No mesmo sentido, ensina Paulo Furtado Uadi Lammêgo Bulos:

Outra corrente, chamada de contratualista pura, chegava inclusive a catalogar a arbitragem entre os casos em que o arbítrio do terceiro é elemento de determinação da vontade privada (manifestada indeterminadamente no compromisso), e a considerar o laudo como obrigatório, em virtude do princípio da obrigatoriedade dos contratos, ao passo que na homologação do juiz estatal via apenas o instrumento para emprestar ao laudo a qualidade de título executivo.<sup>94</sup>

A corrente publicista defende que a arbitragem é um negócio jurídico privado. Desta forma, a vontade das partes oferece e delimita os poderes do árbitro. O objeto do negócio jurídico a ser dirimido perante a arbitragem não pode ser vedado por lei. José Eduardo Carreira Alvim complementa:

---

<sup>92</sup> “Não é pacífica, na doutrina, a natureza jurídica da arbitragem, formando-se a esse respeito, três correntes: a) uma privatista (ou contratualista), com Chiovenda à frente; b) outra publicista (ou processualista) comandada por Mortara; c) intermediária (ou conciliadora), tendo como expoente Carnelutti”. Ibid., p. 58-59.

<sup>93</sup> Ibid., p. 59.

<sup>94</sup> UADI LAMMÊGO BULOS, op. cit., 14.

Em outros termos, sobrelevam o aspecto processual do contrato de compromisso, cujo principal efeito seria a derrogação das regras de competência estatais, acentuando a identidade entre o laudo proferido pelo árbitro e a sentença emanada do juiz togado.<sup>95</sup>

No mesmo sentido, Paulo Furtado Uadi Lammêgo Bulos sustenta:

Uma primeira corrente (publicista) atribuía à arbitragem natureza jurisdicional, baseando-se em que os árbitros são designados pelas partes, mas é da lei que deriva o poder de julgar. A corrente jurisdicionalista, à qual se filiavam também aqueles que se referiam a exercício privado de funções públicas, chegava a ver nos árbitros verdadeiros e próprios juízes; no compromisso, uma ampliação da jurisdição; no laudo (mesmo antes de homologado), uma verdadeira sentença; na homologação, um simples ato administrativo; e na responsabilidade dos árbitros, uma responsabilidade análoga à dos juízes togados.<sup>96</sup>

Por fim, a corrente jurisdicionalista aduz que decisão do árbitro não se trata de uma sentença, pois não seria exeqüível de pronto. Desta forma, existe uma relação entre a decisão do árbitro e a atuação do juiz togado, onde em um primeiro momento é oferecida a decisão e posteriormente é conferida o status de sentença pelo Poder Judiciário.<sup>97</sup>

Paulo Furtado Uadi Lammêgo Bulos complementa:

Uma terceira corrente se opunha à jurisdicionalista, objetando que esta não levava em conta o laudo sem homologação, que não é sentença, vez que lhe falta não só a eficácia executiva, como também, e sobretudo, a obrigatoriedade. Opunha-se ainda à corrente privatista, porque esta não distinguia entre a intensidade e a natureza da função desempenhada pelos árbitros, já que, se fora de dúvida que o poder destes seria menos pleno que o dos

---

<sup>95</sup> CARRERA, op. cit., p. 59.

<sup>96</sup> UADI LAMMÊGO BULOS, op. cit., p. 14.

<sup>97</sup> CARRERA, op. cit. p. 59-60.

juízes ordinários, como subordinada que estava a eficácia do laudo a uma homologação, em troca, a natureza da função judicial atribuída pela lei sob a forma de colaboração na decisão. Por conseguintes, o compromisso implicaria ampliação da jurisdição, já que não apenas impediria a constituição da relação processual perante o juiz ordinário, mas também produziria o efeito de constituir uma relação processual distinta, em virtude da qual, pela atividade dos árbitros e do juiz, seria decidida uma lide tal como se houvesse sido decidida por sentença do juiz ordinário.<sup>98</sup>

Por fim, Paulo Furtado Uadi Lammêgo Bulos aponta que há aqueles que afirmam que o árbitro mesmo sendo particular assume uma função pública, pois nas funções de suas atribuições conferidas pela Lei da Arbitragem, exerce função jurisdicional. Neste sentido, o laudo arbitral seria uma sentença onde somente estaria ausente a força executiva que é oferecida pelo juiz togado.<sup>99</sup>

Visto as teses referentes à natureza jurídica da arbitragem, passamos a discorrer sobre as matérias que podem ser dirimidas em sede arbitral, ao passo que necessário se faz abordarmos sobre a arbitrabilidade, termo utilizado por João Bosco Lee, estudioso do tema, que passará a ser utilizado no presente estudo.

#### **4.4 A ARBITRABILIDADE**

---

<sup>98</sup> UADI LAMMÊGO BULOS, op. cit., p. 15.

<sup>99</sup> “Modernamente, há quem fale de assunção, por um particular, de uma função pública ou de um serviço público, em virtude do qual o árbitro, ainda que sendo e permanecendo um particular, terminaria por assumir e exercer funções jurisdicionais, com a conseqüência de que o laudo seria uma verdadeira e própria sentença, revestida de força obrigatória, à qual somente faltaria a força executiva, que lhe é atribuída pelo provimento do juiz ordinário, necessário pelo fato de que o laudo é proferido por um órgão não pertencente à jurisdição normal”. Ibid., p. 15-16.

A lei 9.307 de 23 de setembro de 2008 rege a arbitragem no sistema jurídico brasileiro. O seu Art. 9º trata sobre o compromisso arbitral e o define como o meio pelo qual “as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Ou seja, o compromisso arbitral é um negócio jurídico firmado entre pessoas capazes o qual afasta<sup>100</sup> da jurisdição estatal o conhecimento de um litígio atual, delegando a sua resolução para um terceiro que proferirá decisão com a mesma força de uma sentença judicial.<sup>101</sup>

A cláusula compromissória pode ser definida como a convenção pela qual as partes submetem à arbitragem os futuros litígios de um contrato. A validade da cláusula compromissória é reconhecida por todas as legislações do Mercosul, mas as formas de reconhecimento variam de um país para outro. Apesar da Argentina e do Paraguai se restringirem em considerar que a submissão do litígio à arbitragem pode ser convencionada no contrato ou num ato posterior, os Códigos de Processo Civil brasileiro e uruguaio fazem a distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso de maneira expressa. Na verdade, a validade da cláusula arbitral é reconhecida pelos países do Mercosul, mas suas condições são ainda rígidas (Seção I), e sua eficácia incerta (Seção II).<sup>102</sup>

A arbitragem é uma via jurisdicional paralela à estatal para a resolução de conflito onde a decisão proferida em sede privada possui os mesmo efeitos e eficácias das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário<sup>103</sup>. O §1º do art. 2º da lei 9.307/1996 estabelece a ordem

---

<sup>100</sup> CPC: “Art. 301 - Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.”

<sup>101</sup> VIANNA, op. cit., p. 95.

<sup>102</sup> BOSCO LEE, João. **Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul**. Juruá. Curitiba. 2002. p. 50.

<sup>103</sup> CARRERA, op. cit., 207.

pública e os bons costumes como os limites da convenção da arbitragem.<sup>104</sup>

Todavia, a validade da cláusula compromissória não se resume na capacidade e vontade das partes em firmar o compromisso, embora relevantes, a forma é um aspecto essencial para a sua validade<sup>105</sup>. Ressalta-se que é o legislador quem indica quais os litígios possam ser resolvido via jurisdição arbitral, pois é necessário que o objeto seja “arbitrável”.<sup>106</sup>

A arbitrabilidade pode ser qualificada como subjetiva, onde se discute a possibilidade do Estado celebrar a convenção de arbitragem<sup>107</sup> e objetiva<sup>108</sup> que diz respeito ao objeto, considerada como “a única e verdadeira arbitrabilidade”.<sup>109</sup>

A noção de transação e a livre disponibilidade de direitos<sup>110</sup>, previsto na segunda parte do art. 1º da Lei 9.307/96<sup>111</sup>, são os dois critérios utilizados para definir a arbitrabilidade, sendo que a segunda é “passagem obrigatória para apreciar a arbitrabilidade objetiva de um litígio”, ou seja, define quais as matérias arbitráveis<sup>112</sup>. Os direitos

---

<sup>104</sup> Ibid., p. 216.

<sup>105</sup> BOSCO LEE, op. cit., p. 50-51.

<sup>106</sup> A arbitrabilidade “é a aptidão de um litígio ser o objeto de uma arbitragem”. Ibid., p. 51.

<sup>107</sup> **“A arbitrabilidade subjetiva.** Se a faculdade de se submeter á arbitragem de pessoas jurídicas de direito público é reconhecida por alguns direitos, as legislações dos países do Mercosul, contrariamente, proíbem o Estado de celebrar uma convenção de arbitragem. Na realidade, a faculdade do Estado e das entidades públicas de se submeter à arbitragem é cercada por determinadas restrições (1). Entretanto, estas restrições são atenuadas face a uma arbitragem internacional, principalmente em caso de empréstimos internacionais (2)”. Ibid., p. 52.

<sup>108</sup> Ibid., p. 51-52.

<sup>109</sup> Ibid., p. 60.

<sup>110</sup> Id.

<sup>111</sup> Lei 9.307/93: “Art. 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

<sup>112</sup> BOSCO LEE, op. cit. p. 61.

disponíveis podem ser visto como àqueles que estão “sob o total domínio de seu titular, de tal modo que ele pode fazer tudo em relação a este, principalmente alienar ou mesmo renunciar”.<sup>113</sup>

As relações litigiosas de caráter patrimonial compatível com a noção de ordem pública<sup>114</sup> são disponíveis e por conseqüência são arbitráveis, sendo excluído, por conseqüência as matérias extrapatrimoniais.<sup>115</sup> Todavia, para a arbitrabilidade objetiva, a livre disponibilidade de direitos é o que define a arbitrabilidade, sendo que o caráter patrimonial e a ordem pública da matéria litigiosa ficam num segundo plano.<sup>116</sup> Neste diapasão, a princípio, as discussões que envolvam as matérias pertinentes ao contrato do seguro podem ser dirimidas em sede de arbitragem.

Ocorre que não existe definição legal que conceitue a disponibilidade de direitos e não podemos partir da premissa de que todas as “relações litigiosas de caráter pecuniário são disponíveis”. A

---

<sup>113</sup> Ibid., p. 62.

<sup>114</sup> “A influência da ordem pública. A ordem pública, como elemento que define a arbitrabilidade, não é aceita de maneira unânime na doutrina. De um lado, alguns autores sustentam que a arbitrabilidade deveria ser definida conforme critério único da livre disponibilidade, pois o recurso à ordem pública como critério só serviria para suscitar incertezas. Na verdade, as críticas feitas à ordem pública são fundadas na sua utilização do art. 2.063 do Código Civil francês. Esse artigo estabelece uma lista de questões inarbitráveis, e entre elas menciona in fine “todas as matérias que interessam à ordem pública”. Este artigo foi considerado como “inútil e equivocado” no que diz respeito à definição da arbitrabilidade, e que a referência à ordem pública era desastrosa. Além disso, é verdade que a referência à ordem pública contribui para a confusão feita entre a determinação do objeto da convenção de arbitragem e a aplicação pelos árbitros das regras de ordem pública. – (...) Certamente, o art. 2.060 do Código Civil francês é incoerente, e sua revogação seria desejável, mas o problema causado pela ordem pública concerne à distinção entre a inarbitrabilidade do litígio e o poder dos árbitros de aplicar a ordem pública parece resolvido pela jurisprudência francesa. Assim, como ensina Jean-Baptiste Racine, “não é a referência à ordem pública que é criticável no art. 2.060 mas sim, a menção de matéria que interessam a ordem pública”. Dessa maneira, a referência à ordem pública não parece ser tão criticáveis, contrariando a tese defendida por uma parte minoritária da doutrina”. Ibid., p. 63-64.

<sup>115</sup> Ibid., p. 62-63.

<sup>116</sup> Ibid., p. 65.

contrário senso, as matérias extrapatrimoniais são indisponíveis<sup>117</sup>. Isto porque, existem matérias de caráter patrimoniais sensíveis<sup>118</sup>, onde é incerta a possibilidade de disponibilidade de direitos, assim como, a intervenção da ordem pública em relação à arbitragem que restringe a arbitrabilidade.<sup>119</sup>

Tendo em mente esta breve noção de arbitrabilidade a qual possibilita que certos litígios possam ser dirimidos pela arbitragem validando, desta forma, a cláusula compromissória, adentraremos às minúcias da convenção da arbitragem.

#### **4.5 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

A lei 9.307/96 dispõe em seu art. 3º que o Juízo Arbitral é instaurado mediante a convenção de arbitragem, “assim entenda a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.<sup>120</sup>

Conclui-se que a convenção de arbitragem manifesta-se de duas formas, pela cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral.<sup>121</sup>

Nas palavras de Durval Vianna:

---

<sup>117</sup> Ibid., p. 66.

<sup>118</sup> “Percebe-se que na Argentina e no Brasil, países que formam o Mercosul, a arbitrabilidade das matérias sensíveis tem maior aceitação”. Ibid., p. 70.

<sup>119</sup> Ibid., p. 66.

<sup>120</sup> Lei 9.307/1996: “Art. 3º - As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

<sup>121</sup> BOSCO LEE, op. cit., p. 49.

Os dois institutos – compromisso e cláusula compromissória (ou arbitral) – integram, para fins de levar ao juízo arbitral, o que o legislador convencionou chamar de convenção de arbitragem, o que pode constituir o início de um movimento para que o compromisso deixe de ser, entre nós, instrumento necessário para a instituição do juízo arbitral, quando surgir o litígio, como já ocorre em outros sistemas legais, inclusive sob o império de tratados internacionais que dão à cláusula compromissória o efeito de além, de compelir à instituição do juízo arbitral, tornar prescindível a assinatura do compromisso.<sup>122</sup>

No sistema jurídico brasileiro a lei de arbitragem prevê expressamente a necessidade de estar presente a cláusula compromissória e o compromisso arbitral para que seja instaurada a arbitragem.

Ao menos, esta é a interpretação literal que se faz do artigo 3º da 9.307/96. Todavia, acredita-se que o nosso sistema jurídico adotou um sistema híbrido que será analisado quando abordarmos o compromisso arbitral.

No entanto, em um primeiro momento, torna-se necessário discorrer sobre a cláusula compromissória para em um segundo momento abordarmos o compromisso arbitral.

#### **4.6 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**

A cláusula compromissória trata-se de um outro contrato e possui a função de servir como orientação para os contratantes dirimirem os

---

<sup>122</sup> VIANNA, op. cit. p. 94.

litígios futuros, “indicando-lhes o caminho para chegarem ao juízo arbitral”<sup>123</sup>. Este instrumento é o meio pelo qual as partes convencionam a arbitragem, onde os particulares renunciavam<sup>124</sup> a competência da justiça estatal para dirimir um determinado litígio, pois esta questão será apreciada pelo juízo arbitral.<sup>125</sup>

Deve ser observado que assinatura prévia da cláusula compromissória não é óbice para a instituição da arbitragem, uma vez que as partes podem estabelecer a arbitragem socorrendo-se diretamente para o compromisso arbitral.<sup>126</sup>

Durval Vianna aduz que a “cláusula compromissória tem completa autonomia do contrato que a origina e também é imperativo que as partes, uma vez que a tenham estipulado, não possam unilateralmente renunciar a esse propósito”.<sup>127</sup>

Como condição de validade<sup>128</sup>, o art. 4º, § 1º da Lei de Arbitragem estabelece a sua forma escrita<sup>129</sup>. Para os contratos de adesão, o § 2º do art. 4º disciplina que a cláusula compromissória deve estar em negrito “com assinatura ou visto especial para essa cláusula”, ou

---

<sup>123</sup> CARRERA, op. cit., p. 217.

<sup>124</sup> “À convenção de arbitragem a lei atribui um efeito vinculador que impede que as partes recorram ao juízo estatal para decidir o litígio, uma vez que, convencionado a arbitragem, abririam não desta faculdade”. VIANNA, op. cit., p. 47.

<sup>125</sup> Ibid., p. 49.

<sup>126</sup> Ibid., p. 50.

<sup>127</sup> Ibid., p. 49.

<sup>128</sup> “Diversamente do compromisso, que deve revestir-se de forma especial, confundindo-se a sua forma com a própria existência do ato (art. 9º, §§ 1º e 2º, LA), exigindo, portanto, prova ad substantiam, a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei em que seja estipulada por escrito (art. 4º, § 1º, LA), sendo a prova apenas ad probationem. Pode a cláusula ser convencionalmente mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, fac-símile, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação de outra”. CARRERA, op. cit., p. 217.

<sup>129</sup> “A lei brasileira de 1996 autoriza ainda em seu art. 4º, §1º as cláusulas compromissórias inseridas em documentos apartados do contrato principal, mas ao qual se faz referência”. BOSCO LEE, op. cit., p. 71.

quando o “aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem”, sendo estas as condições especiais de forma.<sup>130</sup>

Contudo, a validade da cláusula compromissória por si só não a torna eficaz.<sup>131</sup> É pertinente observar que as legislações e convenções internacionais asseguram uma eficácia máxima à validade para a cláusula compromissória<sup>132</sup>, pois “consagram o princípio segundo o qual a cláusula de arbitragem é independente do contrato de que faz parte: é o princípio quase universal da autonomia da cláusula compromissória”.<sup>133</sup>

O art. 8º da Lei 9.307/96<sup>134</sup> acolhe expressamente a autonomia da cláusula compromissória “em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.<sup>135</sup> Destarte, o art. 38, II da lei em comento<sup>136</sup> não homologa a sentença arbitral estrangeira quando “a convenção de arbitragem não era válida segundo

---

<sup>130</sup> Id.

<sup>131</sup> Ibid., p. 71-72.

<sup>132</sup> “Se a autonomia da cláusula compromissória pode ser considerada uma das conseqüências naturais da sua validade, somente o direito brasileiro e reconhece expressamente”. Ibid., p. 72.

<sup>133</sup> Id.

<sup>134</sup> Lei 9.307/1996: “Art. 8º - A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

<sup>135</sup> “Esta autonomia da cláusula compromissória pode ter uma “dupla dimensão”. De acordo com o direito francês, a autonomia desta da cláusula pode significar, por um lado, que ela é autônoma em relação ao contrato em que está inserida, e, por outro lado, que a cláusula arbitral é independente de todo direito estatal. Esta última interpretação da autonomia da cláusula arbitral “recupera simplesmente um método de determinação das normas aplicáveis esta convenção”, isto é, a evicção de todo método de conflito de leis em proveito de uma regra material”. BOSCO LEE, op. cit., p. 72-73.

<sup>136</sup> Lei 9.307/1996: “Art. 38 - Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

(...)

II – A convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida.”

a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida”.<sup>137</sup>

#### 4.7 COMPROMISSO ARBITRAL

Explorado a cláusula compromissória, neste momento será debatido o compromisso arbitral<sup>138</sup> o qual é celebrado somente quando nasce o litígio<sup>139</sup>, na forma escrita mediante instrumento privado, assinado por duas testemunhas, sob pena de nulidade<sup>140</sup>.

Sobre a cláusula compromissória Ricardo Alvarenga ensina:

A cláusula compromissória, hodiernamente designada convenção de arbitragem, é configurada por uma manifestação de vontade das partes, através da qual os contratantes se comprometem a submeter eventuais controvérsias a árbitros legalmente constituídos, ao invés de recorrerem ao Poder Judiciário. Por expressa disposição legal, a cláusula compromissória deverá ser escrita, no próprio contrato ou em documento separado, vedada a presunção de sua existência. Possui autonomia em relação ao contrato e, mesmo que este seja declarado nulo, prevalecerá o ajuste pré-arbitral para todos os fins de direito, segundo a melhor doutrina sobre a matéria (cf. IRINEU STRENGER, Arbitragem Comercial Internacional, São Paulo: LTr, 1996, p. 109/110).<sup>141</sup>

Ressalta-se que as legislações modernas não distinguem os dois institutos, sendo a celebração do compromisso dispensável para a instauração do juízo arbitral. Ao que nos parece, os países que

---

<sup>137</sup> BOSCO LEE, op. cit., p. 73.

<sup>138</sup> “Ora, a cláusula compromissória era, nos termos da legislação então em vigor, mera promessa e de um ato lícito; o objeto era o compromisso – se e quando surgisse o litígio. O compromisso era um ato lícito. Daí se conclui que a cláusula compromissória não podia ser tida como ato de nenhuma relevância jurídica” VIANNA, op. cit., p. 51.

<sup>139</sup> “As condições impostas para a validade do compromisso. Uma das condições prévias à formação do compromisso é a existência de um “litígio nascido e atual”. O surgimento de uma controvérsia é o critério para distinguir o compromisso é submetido a outras condições impostas pela lei. Certas exigências são apresentadas em quase todas as legislações (A), ainda que outras sejam frutos do particularismo de cada direito (B)”. BOSCO LEE, op. cit., p. 99.

<sup>140</sup> Id.

<sup>141</sup> ALVARENGA, Ricardo. **Cadernos de Direito Empresarial**. Vol 3. Gaia, Silva, Rolim & Associados. São Paulo. 2005. p. 28.

subordinam a instauração do juízo arbitral ao compromisso, negam a evolução do instituto da arbitragem comercial internacional.<sup>142</sup>

Neste ponto, o direito brasileiro possui um sistema híbrido<sup>143</sup> onde a auto-suficiência da cláusula compromissória é reconhecida de forma parcial.<sup>144</sup> Neste diapasão, alguns autores possuem o entendimento de que a cláusula compromissória trata-se de um “pré-contrato” do compromisso, e desta forma, o compromisso seria uma condição necessária para a arbitragem onde a cláusula compromissória não seria suficiente”.<sup>145</sup>

Todavia, quando a cláusula compromissória prevê as modalidades da instituição do tribunal, o direito brasileiro lhe confere a auto-suficiência<sup>146</sup>, conforme está previsto no art. 5º da lei 9.307/96, que dispõe:

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.

Nesta situação, onde a cláusula compromissória prevê as modalidades de constituição do tribunal arbitral não é exigido o compromisso<sup>147</sup>. Todavia, na ausência de tal previsão, a parte

---

<sup>142</sup> BOSCO LEE, op. cit. p. 82-83.

<sup>143</sup> Ibid., p. 86-87.

<sup>144</sup> Ibid., p. 88.

<sup>145</sup> Id.

<sup>146</sup> Ibid., p. 89.

<sup>147</sup> O artigo em comento apresenta duas situações distintas, a arbitragem institucional e a arbitragem ad hoc. Nas palavras do doutrinador João Bosco Lee: “A arbitragem institucional é organizada por um centro de arbitragem que respeita seu próprio regulamento. No caso da arbitragem CCI, se uma das partes não se submete, a outra não é obrigada a recorrer à ação execução da cláusula compromissória, já que o Regulamento da CCI prevê que a arbitragem ocorrerá mesmo em caso de recusa de uma das partes (art. 6.3 do Regulamento da arbitragem de 1998 da CCI). Nesta hipótese, o compromisso não será absolutamente necessário”. Outra situação é quando não há um cenário institucional para a arbitragem e há a recusa de uma das partes para a instauração da arbitragem. Pois bem, nesta hipótese, “quando a cláusula compromissória visa a

interessada deve recorrer à execução judiciária a fim de ser lavrado o compromisso<sup>148</sup>, nos termos do art. 7º da Lei 9.307/1996.

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.<sup>149</sup>

Desta forma, a doutrina mais progressista criou a “cláusula compromissória cheia (ou completa)” e a “cláusula compromissória vazia (ou incompleta)<sup>150</sup>”. Diferente da vazia, a cláusula compromissória “cheia” contém as regras de um órgão arbitral ou entidade especializada, nomeação de árbitros e o local onde a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras<sup>151</sup>, com fundamento no art. 5ª da Lei de Arbitragem<sup>152</sup>.

---

uma autoridade de nomeação ou um regulamento que a prevê, esta autoridade poderá designar o árbitro para a parte reticente”. Ressalta-se que a revelia da parte não impede que seja proferida sentença arbitral, (art. 22, §3º). Id.

<sup>148</sup> Ibid., p. 90.

<sup>149</sup> “Em caso de recusa, o parágrafo único do art. 6º prevê que a parte interessada poderá propor a demanda de que trata o art. 7º. Trata-se de um procedimento de execução da cláusula compromissória. Esta ação segue o procedimento ordinário, sendo possível o procedimento sumário dependendo do valor da causa (CPC, art. 275). O autor deve precisar o objeto da arbitragem e relacionar a prova do documento que contém a cláusula compromissória. Na primeira audiência, o juiz tentará previamente obter uma conciliação acerca do litígio. Se esta tentativa fracassar, o juiz tentará conduzir as duas partes à celebração de um compromisso (art. 7º, §2º). Se as partes não concordarem com os termos do compromisso, o juiz decidirá sobre seu conteúdo. Enfim, se uma das partes recusar-se a assinar o compromisso, ou a comparecer à audiência, o juiz, considerando a demanda procedente, promulgará uma sentença tendo valor de compromisso (art. 7, § 7º)”. Ibid., p. 90-91.

<sup>150</sup> “A engenhosa construção sobre cláusula compromissória “cheia” e cláusula compromissória “vazia” constitui um esforço da doutrina nacional em afastar a distinção adotada pela lei de Arbitragem brasileira, entre “cláusula compromissória” e “compromisso arbitral”, aproximando-se mais do direito espanhol, que abandonou essa diferenciação consagrando apenas o “convênio arbitral”, e, agora, do direito francês, que permite passar-se diretamente ao juízo arbitral sem transitar pelo compromisso”. CARRERA, op. cit., p. 222-223.

<sup>151</sup> Sobre a cláusula compromissória cheia e vazia J.E. Carreira Alves critica: “Se no direito brasileiro, dispõe o art. 4º da Lei de Arbitragem 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”, com a única condição de ser estipulado por escrito (art. 4º, § 1º LA) – e, ainda assim, que só terá eficácia, nos contratos de adesão, se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar,

Alguns doutrinadores<sup>153</sup> sustentam que o compromisso é obrigatório para a instituição da arbitragem mesmo quando a cláusula compromissória contenha “o nome, a profissão e o domicílio do árbitro ou dos árbitros; o lugar em que será proferida a sentença arbitral e a matéria que poderá vir a ser alcançada pelo objeto da arbitragem [...] com a previsão de mecanismos que possibilitem a individualização e a delimitação do objeto pelo próprio árbitro; estabelecer o procedimento a ser adotado ou delegar tal tarefa ao próprio arbítrio escolhido”.<sup>154</sup>

Ao contrário destes pensadores partilhamos do entendimento daqueles que não condicionam a cláusula compromissória “cheia” ao compromisso arbitral, visto que, conforme acima debatido, o compromisso somente é exigido quando depende da inclusão de todos os elementos anteriormente citados.<sup>155</sup>

Ademais, o próprio art. 5<sup>a</sup> da Lei da Arbitragem disciplina que o juízo arbitral pode ser instituído sem que seja necessária a celebração do compromisso<sup>156</sup>. Assim, na hipótese em que a cláusula

---

expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especial para esta cláusula (art. 4<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>, LA) -, não tem a distinção dentre cláusula compromissória “cheia” (ou completa) e “vazia” (ou incompleta) o alcance que lhe empresta a doutrina mais progressista, em que pese o esforço para superar a exigência do compromisso, que considera um entrave ao desenvolvimento da arbitragem no país”. Ibid., p. 224.

<sup>152</sup> Ibid., p. 220.

<sup>153</sup> “Pode ser até que a cláusula compromissória preencha todos os requisitos do compromisso, caso em que “valerá compromisso”, mas, na generalidade dos casos, preencherá quase todos – por certo, não preencherá um, porquanto versa sobre litígio futuro, conquanto o compromisso trata de litígio atual -, mas nem assim pode ser dispensado o compromisso, como se vê dos §§ 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup> da Lei da Arbitragem. O § 2<sup>o</sup> dispõe que o juiz deve, não havendo acordo sobre o litígio, conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral; o § 3<sup>o</sup> que, não havendo acordo sobre o compromisso, decidirá o juiz, respeitadas as disposições da cláusula compromissória, e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2<sup>o</sup>, da mesma lei” - Ibid., p. 219-220.

<sup>154</sup> BOSCO LEE, op. cit. 90.

<sup>155</sup> Id.

<sup>156</sup> “A nova lei brasileira, apesar de não ter incorporado um dispositivo admitindo expressamente a incompetência da jurisdição estatal, acrescenta ao art. 267 do

compromissória “cheia/completa”, o compromisso arbitral passa a ser uma mera formalidade, uma vez que nesta situação, cabe ao interessado utilizar-se dos mecanismos já previstos na própria convenção de arbitragem, quando estará instituído o juízo arbitral com a aceitação do encargo pelo árbitro. Neste sentido, a cláusula compromissória não pode ser vista apenas um pré-contrato.<sup>157</sup>

Aqui, é pertinente expor as observações de Ricardo Alvarenga:

Realmente, parece quase uma utopia que as partes já divergente sobre um ponto relevante de um contrato, por exemplo, tivessem ânimo e controle emocional que as permitissem celebrar um novo pacto, tendo em vista o “modus procedendi” para a solução de suas diferenças. A cláusula ou convenção arbitral, como no passado, acabaria por não ter qualquer relevância, no bojo da legislação pátria, sendo apenas considerada como uma promessa de contratar, ou seja, uma mera obrigação de fazer que se resolvia em perdas e danos, caso não cumprisse.<sup>158</sup>

No mesmo sentido assevera Durval Vianna:

É preciso lembrar que, no momento da assinatura do contrato e da cláusula compromissória, presume-se existir harmonia entre as partes, um desejo comum de conduzir a negociação, pelo que os contratantes não se importam em prever a arbitragem, pois então – geralmente – confiantes em importam em que a execução do contrato será um sucesso, tornando inócua a cláusula compromissória. Por outro lado, quando ocorre um litígio, desaparecendo o clima de conformidade inicial, a parte inadimplente em geral tudo faz para impedir a instituição do juízo arbitral, não assinado o compromisso.<sup>159</sup>

Todavia, Durval Vianna interpreta o compromisso arbitral como uma vantagem oferecida pela Lei de Arbitragem que coloca a

---

CPC que a convenção de arbitragem pode ser apontada como meio de exceção de incompetência do tribunal estadual”. Ibid., p. 97.

<sup>157</sup> CARMONA in CARRERA J.E. Alvim. **Tratado Geral da Arbitragem**. Malheiros. Belo Horizonte. 2000. p. 220-221.

<sup>158</sup> ALVARENGA, op. cit., p. 28.

<sup>159</sup> VIANNA, op. cit., p. 72.

intervenção judicial como um meio eficaz de suprir o consentimento daquele que resiste a instituição da arbitragem.<sup>160</sup>

Conclui Durval Vianna:

Se, como em sistemas legais estrangeiros, a simples assinatura da cláusula compromissória é suficiente para instituir o juízo arbitral, o contumaz tudo fará para invalidar a cláusula compromissória, suscitando uma discussão prévia que poderá frustrar, de forma absoluta, o anseio de rapidez na decisão arbitral [...] Nos sistemas estrangeiros, a perda de tempo – deriva da resistência de alguma parte em solucionar o litígio via juízo arbitral – pode ser ainda maior, uma vez que o recalcitrante dificultará a instituição da arbitragem, alegando vícios na cláusula compromissória e depois, se vencido na sede arbitral, propondo em juízo uma ação para repetir as mesmas alegações sobre vício na cláusula arbitral. Pelo sistema brasileiro, pelo menos, isto não acontecerá, a partir do momento em que – havendo desacordo – for proferida a sentença que vale como compromisso.<sup>161</sup>

Para demonstrar as duas posições acima apontadas apresentamos o julgado de agravo de instrumento sob n.º 428.067-1, realizado pela 18ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>162</sup>, o

<sup>160</sup> Id.

<sup>161</sup> Ibid., p. 72-73.

<sup>162</sup> **Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. SENTENÇA ARBITRAL. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE DO TÍTULO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA QUE NÃO É SUFICIENTE PARA DESLOCAR A JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE COMPROMISSO ARBITRAL. AUSÊNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS. ART. 3º E 9º DA LEI Nº 9.307/96. PEDIDO DE NÃO DESENTRANHAMENTO DE DOCUMENTOS PREJUDICADO. RECURSO PROVIDO.

I - A jurisdição é matéria de ordem pública, não se adquire por prescrição, não se perde pelo desuso, não se prorroga (o que se prorroga é a competência) e não se aliena (Mário Guimarães, O Juiz e a Função Judicial, nº 24. pág. 54).

**II - Somente após a celebração do compromisso arbitral é que haverá o deslocamento da jurisdição, pois a simples existência da cláusula compromissória não é suficiente para submeter o litígio à arbitragem.**

**III - Não importa se foi a parte que deu início ao procedimento, firmou a "Ata de Missão" e participou de todos os atos, pois, diante da ausência da realização do compromisso arbitral, não houve o deslocamento da jurisdição e, portanto, o juízo arbitral não foi apto a substituir o Poder Judiciário.**

IV - "Ata de Missão": não pode ser equiparada ao compromisso arbitral, ainda mais quando incompleta, sem a qualificação dos árbitros e sem ser firmada por duas testemunhas.

V - É nula a sentença arbitral se o procedimento teve início sem a observância de requisito essencial: assinatura do compromisso arbitral.

**Dispositivo:** ACORDAM os Desembargadores integrantes da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, na conformidade dos votos deste relator e presidente e do Des. Roberto de Vicente. Votou divergente, apenas no mérito, o Des. José Carlos Dalacqua, com declaração de voto em separado.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento sob n.º 428.067-1, da 18ª Câmara Cível. Relator: Carlos Mansur Arida. Julgamento em: 30/01/2008. Acórdão 8224. Publicação: DJ 7563.

qual deu provimento, por maioria de votos ao recurso em comento e anulou uma sentença arbitral por entender estar ausente a cláusula compromissória.

Entenderam os Exmos. Desembargadores Carlos de Mansur Arida e Roberto de Vicente que deveria ser acolhida à exceção de pré-executividade para declarar a nulidade de sentença arbitral. Pelos fundamentos expostos no r. Acórdão, o E. Tribunal de Justiça do Paraná prezou pelo excesso de rigorismo formal previsto na lei para a instauração do Juízo Arbitral.

Desta forma, negaram o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema híbrido, onde a cláusula compromissória "cheia" dispensa a obrigatoriedade de se celebrar o compromisso arbitral.

Deve-se esclarecer que neste caso concreto existia a cláusula compromissória "cheia", a parte sucumbente da sentença arbitral foi quem deu início ao procedimento arbitral e existia um documento denominado "Ata de Missão" o qual constava as partes, os pontos controvertidos, os árbitros, a sede da arbitragem, o idioma a ser utilizado, as normas aplicáveis e o cronograma da arbitragem.

Entenderam os Desembargadores supra citados, que a referida "Ata de Missão", mesmo com todas estas informações, não poderia substituir o compromisso arbitral, motivo pelo qual foi declarada nula a sentença arbitral.

Assim, está descrito no r. Acórdão em comento:

Daí porque o rigor da lei para aqueles que não tenham tais atributos e a impossibilidade de se transigir quando se tratar de substituição do Poder Judiciário. Isto é, ou se obedece rigorosamente o preceito de lei federal ou o ato praticado será nulo. Dizendo a lei que o compromisso arbitral deve ser assinado pelas partes, quer significar que a forma é elevada à categoria de substância do ato. (...) Apesar de parte da doutrina defender que, no caso de existir a chamada "cláusula cheia", o compromisso arbitral seria dispensável, é certo que o nosso legislador não acatou este pensamento e tal hipótese não guarda qualquer tipicidade no caso dos autos. Como bem defendido nas razões recursais, o legislador brasileiro, apesar de nela se inspirar, não seguiu o mesmo caminho da legislação francesa que aceita a previsão de uma "cláusula cheia". (...) O nosso ordenamento jurídico prevê, de forma diversa, que sempre será necessária a realização de um compromisso arbitral, independentemente do que estiver disposto na cláusula compromissória. Assim, apesar de parte da doutrina pregar que o compromisso seria dispensável e que poderia ser substituído pela "ata de missão", o certo é que o legislador assim não o fez, nem permite que o seja, porque aquela geralmente, como no caso, está incompleta (não contem todos os elementos necessários e exigidos pela lei) e, tratando-se de substituição do poder

jurisdicional, o formalismo é plenamente justificável, ou seja, para dar início ao procedimento (conditio sine qua non), era forçoso a obediência de uma solenidade relevante de ordem pública. Sendo assim, somente após a celebração do compromisso arbitral é que haverá o deslocamento da jurisdição, pois a simples existência da cláusula compromissória não é suficiente para submeter o litígio à arbitragem. (...) No presente caso, é incontroverso que não foi realizado o compromisso arbitral, mas apenas a cláusula compromissória e uma incompleta e irregular "ata de missão". **Conseqüentemente, sem o preenchimento dos requisitos formais, não houve a substituição do Poder Judiciário. Diante disto, não tendo sido preenchidos os requisitos de validade, o procedimento e a sentença arbitral são nulos, assim sendo declarados. Conseqüentemente, a execução fica extinta sem julgamento do mérito, no sentido de que as partes, querendo, recorram ao Juízo Arbitral, porém, com total observância das formalidades legais** <sup>(grifo nosso)</sup>

De outro lado, o voto vencido do Exmo. Desembargador José Carlos Dalacqua que o fez com brilhantismo, baseou-se no melhor e atual doutrina e jurisprudência, pois fundamentou que a cláusula compromissória "cheia" por si só é capaz de deslocar a competência para a discussão do litígio nele previsto para o Juízo Arbitral, nos seguintes termos:

[...] creio que a sentença não é nula pela falta de prévio compromisso arbitral, razão pela qual deve ser negado provimento ao agravo de instrumento[...] **Por outro lado, quando existente a chamada cláusula compromissória "cheia" ("em preto"), isto é, quando as partes estabelecem, de antemão, que eventual litígio será resolvido de acordo com as regras de determinado órgão ou instituição arbitral, ou mesmo quando convencionam as próprias regras, a sua realização torna-se desnecessária.** [...] Nesse contexto, observa-se que as partes firmaram detalhada cláusula compromissória por meio de aditamento contratual (art. 77.2), assinado em 15 de setembro de 2000 (fls. 616/620 - TJ), pactuando que eventuais controvérsias não solucionadas amigavelmente, poderiam ser submetidas à arbitragem por qualquer das partes [...] E nem se diga que os árbitros adotaram regras diferentes daquelas previamente estabelecidas, pois, se foi aplicado o Regulamento de 1998, é porque ele era o vigente ao tempo da assinatura do contrato, conforme convencionado na cláusula compromissória [...] Desse modo, inexistente nulidade a inquirir o título judicial, uma vez que todas as regras procedimentais foram obedecidas pelo Tribunal Arbitral. [...] Entretanto, da análise dos autos, percebe-se que a agravante participou ativamente do procedimento arbitral, desenvolvido com amplo debate e instrução probatória, não tendo em nenhum momento cogitado de qualquer prejuízo. [...] Com efeito, na "Missão", momento oportuno ao

saneamento de supostos vícios da convenção de arbitragem, sobretudo porque a questão já estava posta pelas partes, nada disse a agravante, mesmo assistida na ocasião por dois advogados (fl. 632 - TJ). [...] **Ante ao exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se a decisão recorrida.**  
(grifamos)

Pelos fundamentos expostos pelo voto vencido, o Exmo. Desembargador entende que a cláusula compromissória “cheia” presente no caso em questão, por si só obriga as partes a levarem o litígio a ser resolvido mediante a arbitragem, e por conseqüência tornaria válida o laudo arbitral em comento. Ou seja, as partes previamente estabeleceram as normas a serem aplicadas, elegeram a instituição arbitral e demais regras e procedimentos cabíveis para se instaurar a arbitragem o que tornaria desnecessário a cláusula compromissória.<sup>163</sup>

João Bosco Lee esclarece:

Assim, o direito brasileiro prevê dois sistemas diferentes que tratam da obrigação de lavratura de um compromisso quando da existência de uma cláusula compromissória: quando as partes inserem na cláusula de arbitragem as formas de constituição do tribunal arbitral, o compromisso não é obrigatório; no caso contrário, se a cláusula compromissória for “vazia”, o compromisso é imperativo. Existirá então um sistema de eficácia híbrida da cláusula compromissória.<sup>164</sup>

Sobre o compromisso arbitral conclui João Bosco Lee:

---

<sup>163</sup> No mesmo sentido: CONTRATO – Compromisso arbitral – Cláusula “cheia” – Nulidade – Inexistência – Contratantes que elegeram o órgão arbitral e se obrigaram a aceitar as normas por ele impostas – Aplicação do artigo 5º da Lei n. 9.307/96 – Intervenção judicial desnecessária – Artigo 7º da mesma lei que trata de cláusula “vazia” – Arbitragem já instituída – Tentativa de paralisação da solução da controvérsia – Inadmissível descumprimento de cláusulas – Ocorrência – Regulamento da câmara de comércio – Nulidade da cláusula 5.9 – Não verificação – Regulamento que assegura, em qualquer hipótese, o contraditório – Recurso não provido. (TJSP – AC 296.036-4/4 – São Paulo – 7ª CDPriv. – Rel. Des. Sousa Lima – J. 17.12.2003)

<sup>164</sup> BOSCO LEE, op. cit., p. 92.

O compromisso possui papel importante na constituição da arbitragem nos sistemas em que é exigido. Se esta exigência é lamentável, deve-se, no entanto, colocá-la dentro de perspectiva utilitária. Neste sentido defendeu-se que o compromisso apresenta vantagens para o bom desenvolvimento do procedimento arbitral. Na verdade, sem se posicionar pela manutenção do sistema do compromisso obrigatória, um compromisso bem redigido pode ser fator de eficácia para a arbitragem.<sup>165</sup>

O art. 12, I e II da Lei 9.307/1996 estabelece que a extinção do compromisso pode ser realizada pela vontade das partes, quando o árbitro não profere a sentença num prazo conveniente, salvo quando a parte interessada o notifica, momento em que terá o prazo de dez dias suplementares para proferi-la.<sup>166</sup> O compromisso também não terá mais eficácia quando o árbitro não aceitar a sua nomeação, quando este falecer, estiver impossibilitado de votar e 'quando as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar um substituto<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Ibid., p. 112.

<sup>166</sup> Ibid., p. 111.

<sup>167</sup> Ibid., p. 112.

## 5 TERCEIROS NA ARBITRAGEM: OS EFEITOS DA SENTENÇA ARBITRAL

Para identificarmos quem são os terceiros, deve-se delimitar quem são as partes na arbitragem. De forma sucinta as partes são os comprometentes “cujo patrimônio vai sofrer os efeitos da decisão do árbitro, expressa na sentença arbitral”.<sup>168</sup>

Tendo esta idéia em mente, deve-se entender, como dito anteriormente, que a sentença, seja ela proferida pela autoridade Estatal, ou pelo Juízo arbitral, possui a característica de ser acobertada pela “coisa julgada” e somente produz os seus efeitos às partes.<sup>169</sup>

Todavia, o terceiro<sup>170</sup>, mesmo não sendo parte no processo, pode sofrer direta ou reflexamente os efeitos da sentença<sup>171</sup>, motivo pelo qual lhe assiste o direito de opor-se a ela. De acordo com o art. 1.046, § 2º do CPC, também pode ser equiparado ao terceiro aquele que não

---

<sup>168</sup> CARRERA, op. cit., p. 363.

<sup>169</sup> Ibid., p. 453.

<sup>170</sup> “A circunstância de ter podido ser parte não afasta a sua qualidade de terceiro, se não foi chamado a intervir ou não teve conhecimento da demanda”. Id.

<sup>171</sup> “Ao aludir a lei aos “efeitos” da sentença, fez compreender neles tanto a imperatividade da sentença (eficácia), quanto a mutabilidade dela (coisa julgada). A “imperatividade”, como expressão da soberania do Estado, garante a executoriedade da sentença de conteúdo condenatório e projeta a sua eficácia direta sobre o patrimônio das partes e dos seus sucessores; a “autoridade de coisa julgada” ocorre quando a sentença não é mais impugnável, tornando-se, a partir daí, incontroversa, não somente para as partes, mas também para os seus sucessores”. Ibid., p. 455.

sendo parte do processo e pelo título da aquisição de bens que não possam ser constrictados pela apreensão judicial.<sup>172</sup>

A intervenção de terceiros é forma pelo qual o terceiro ingressa em um processo o qual não é parte e busca extrair para ele uma utilidade adicional, “provocando a extensão subjetiva dos efeitos da sentença, na medida em que amplia a discussão sobre a relação jurídica material deduzida no processo (res in iudicium deducta) ou provoca a mutação subjetiva das partes no plano processual”.<sup>173</sup>

Via de regra, o terceiro ingressa na causa de outrem com o objetivo de auxiliar uma das partes (assistência<sup>174</sup>) ou para se opor a elas (oposição)<sup>175</sup>.

A Lei n. 9.307/96 é omissa quanto à possibilidade de intervenção de terceiros no juízo arbitral. Observa-se que a assistência prevista no art. 21, § 3º da Lei de Arbitragem não é a mesma prevista no art. 50 do Código de Processo Civil. A Lei 9.307/1996 refere-se à assistência

---

<sup>172</sup> Ibid., p. 453.

<sup>173</sup> Ibid., p. 455.

<sup>174</sup> “A assistência resulta do interesse que o terceiro possa ter em que a sentença seja favorável a uma das partes, justificando a sua intervenção o propósito de ajudá-la. Duas são as modalidades de assistência reguladas pelo nosso direito: assistência simples (ou adesiva) e assistência qualificada (ou litisconsorcial). A assistência simples ocorre quando o direito do terceiro não está sendo discutido em juízo, mas pode ser afetado pela sentença, pela relação de dependência ou acessoriedade que mantém com o direito que está sendo objeto de apreciação judicial”. Ibid., p. 466.

“Ocorre a assistência qualificada ou litisconsorcial quando o direito está sendo discutido em juízo pertence também ao assistente. Por ser direito seu, poderia ele ter assumido as vestes de litisconsorte, demandando nessa qualidade. Mas, como não o fez oportunamente, ou porque não quis, ou porque não teve conhecimento da demanda, assegura-lhe a lei a faculdade de fazê-lo posteriormente, recebendo o processo no estado em que se encontra (art. 50, parágrafo único, CPC). Essa modalidade de assistência se diz coadiuvandum, porque a atividade do assistente vai além do simples auxílio a uma das partes, sendo dele também o direito em litígio, pelo que é considerado um litisconsorte da parte principal. A sentença que vier a ser proferida irá influir (positivamente ou negativamente) na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido, justificando-se a sua participação no processo (art. 54 do CPC)”. Ibid., p. 467.

<sup>175</sup> Ibid., p. 457-458.

aquele que possui a capacidade técnica e aptidão profissional em determinados assuntos que o habilita a contribuir para melhorar a situação processual da parte assistida.<sup>176</sup>

Assim, como não existe proibição expressa de intervenção de terceiros, acredita-se que ela é possível.<sup>177</sup> Neste sentido, sustenta o José Eduardo Carreira Alvin:

O fato de o terceiro ser estranho ao compromisso não importa quando se trata de arbitragem, pois, logo que o processo tem início, ele se desenvolve, quanto ao terceiro, como se fosse um processo judicial, como fonte de resultados para o terceiro, em razão de possível, ainda que eventual, homologação, a respeito da qual ele tem direito de precaver-se, mediante a sua participação no processo.<sup>178</sup>

O que seria discutível é a possibilidade de fazer com que os terceiros intervenham coercitivamente na arbitragem para que venham a sofrer os efeitos da sentença arbitral<sup>179</sup>. Destarte, não há controvérsia a possibilidade de intervenção de terceiros quando existe acordo das partes formalizado na convenção arbitral ou quando a presença do terceiro é essencial para a validade da arbitragem<sup>180</sup>, salvo quando o árbitro acreditar<sup>181</sup> que esta intervenção possa tornar o “litígio” muito complexo.<sup>182</sup>

---

<sup>176</sup> Ibid., p. 467-468.

<sup>177</sup> Ibid., p. 456.

<sup>178</sup> Ibid., p. 460.

<sup>179</sup> Ibid., p. 456.

<sup>180</sup> Ibid., p. 458.

<sup>181</sup> “Embora não detenha o árbitro o *ius imperii*, detém ele a *iusrisdictio*, que lhe confere o poder de decidir como qualquer juiz togado sobre o pedido de integração do contraditório pelo terceiro. Se é ou não caso de intervenção do contraditório pelo terceiro, é algo a decidir em face do caso concreto. Afinal, o árbitro é nomeado e aceita resolver um litígio, numa determinada extensão, não podendo ser constringido a resolver um litígio objetiva ou subjetivamente mais extenso”. Id.

<sup>182</sup> Ibid., p. 457-458.

Também é possível a formação de litisconsorte na arbitragem, tanto ativo (pluralidade de autores), passivo (pluralidade de réus) e misto [pluralidade de autores e de réus] desde que haja o consenso das partes.<sup>183</sup> Quanto à sua formação, ela pode ser litisconsórcio inicial, constante na convenção de arbitragem ou posterior, com a concordância das partes.<sup>184</sup>

## 5.1 DA DENUNCIAÇÃO À LIDE

Ao realizarmos um estudo da intervenção de terceiros na arbitragem, é necessário entendermos este instituo fazendo-se um paralelo com o que disciplina o Código de Processo Civil que estabelece uma relação triangularizada onde se encontra o autor, o réu e o juiz<sup>185</sup>. Entretanto, eventualmente o processo também pode ser formado por outros sujeitos os quais não se encontram em nenhuma das posições mencionadas.

Luiz Guilherme Marinone esclarece:

---

<sup>183</sup> Ibid., p. 464-465.

<sup>184</sup> Ibid., p. 465.

<sup>185</sup> “Em geral, quando se pensa na relação jurídica processual, imagina-se uma relação triangularizada, formada por autor, réu e juiz. Todavia, embora esse esquema corresponda à simplificação mais didática para a análise dessa relação, nem sempre esta é a conformação principal subjetiva do processo”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 6ª edição. RT. São Paulo. 2007. p. 159.

Isto pode ser observado, regularmente, pela participação de terceiros que colaboram com o desenvolvimento da função processual (escrivão, oficial de justiça, perito, etc.), mas também pode ocorrer em vista de outros sujeitos que ingressam no processo por terem, de alguma forma, interesse na sua solução. Por conta do interesse desses sujeitos na resolução do conflito de interesses, autoriza o Código de Processo Civil seu ingresso no processo já instaurado, seja no intuito de compor de maneira mais ampla o litígio formado no âmbito das relações sociais, seja porque essas pessoas podem ser atingidas de maneira direta em sua esfera jurídica pela decisão judicial, o que deve autorizar sua participação no processo, a fim de ser legitimada a tutela jurisdicional.<sup>186</sup>

Desta forma, pode ocorrer a intervenção de terceiros no processo que podem integrar-se na qualidade de assistente ou mesmo integrar o processo como parte, como nos casos de denunciação à lide ou nomeação à autoria<sup>187</sup>.

Luiz Rodrigues Wambier complementa que “na intervenção de terceiros ocorre como que a intromissão de terceiro, voluntária, ou coativamente, havendo de existir interesse jurídico que justifique essa intervenção”.<sup>188</sup>

O Código de Processo Civil expõe quatro espécies de intervenção de terceiros, quais sejam: a oposição, a nomeação à autoria, denunciação à lide e chamamento ao processo.<sup>189</sup>

Ocorre que para o presente trabalho é pertinente abordarmos a denunciação da lide, uma das modalidades de intervenção de terceiros. Isto porque, este instituto dirige-se especialmente à parte que possui um contrato de seguro não sendo a seguradora parte do processo onde

---

<sup>186</sup> Ibid., p. 159-160.

<sup>187</sup> Ibid., p. 261.

<sup>188</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 6ª ed. RT. São Paulo. 2002. p. 262.

<sup>189</sup> MARINONI, op. cit., p. 163.

contende o segurado como autor ou réu. Ao tratarmos deste instituto e a possibilidade de ser utilizado na arbitragem o faremos com base na aplicação do inciso III, do art. 70 do Código de Processo Civil nos processos judiciais.<sup>190</sup>:

Pois bem, com a intervenção de terceiro pretende-se incluir no processo uma nova ação acessória à ação originalmente instaurada, a qual será analisada quando o denunciante venha a sucumbir na ação principal<sup>191</sup>. Esta modalidade de intervenção de terceiros funda-se no direito de regresso, visto que caso uma das partes venha a sucumbir, advindo prejuízo, pode recuperá-lo de terceiro por estar na posição de seu garante<sup>192</sup>.

Neste sentido, Luiz Rodrigues Wambier aduz:

A denunciação da lide é instituo criado como o objetivo de, levando a efeito o princípio da economia processual, inserir num só procedimento duas lides, interligadas, uma de que se diz principal e outra de que se diz eventual, porque, na verdade, o potencial conflituoso da lide levada a conhecimento do juiz através da denunciação só se realiza concretamente em função de um determinado resultado, que será obtido com a solução da lide principal. Não sendo vencido o denunciante na ação originária, a lide eventual não dever ser examinada, já que a denunciação como que “perderá” seu objeto.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> CPC: “Art. 70 - A denunciação da lide é obrigatória:

(...)

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o presente juízo do que perder a demanda.”

<sup>191</sup> “Efetivamente a denunciação da lide, cria-se uma cumulação objetiva eventual de demandas no processo, uma vez que se concebem duas ações no processo, onde a segunda somente será apreciada, caso a principal venha a resultar prejuízo para o denunciante. Nesse caso, será também analisada a demanda subsidiária, a qual, se procedente, valerá como título executivo (em face do denunciado)”. MARINONI, op. cit., p. 185.

<sup>192</sup> Ibid., p. 182.

<sup>193</sup> WAMBIER, op. cit., p. 270.

A denunciação é admitida conforme elencado nos incisos do art. 70 do CPC nas seguintes hipóteses: “I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que a evicção lhe resulta; II – ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada; **III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda**”. (grifo nosso)

Mesmo que o art. 70 do CPC indique ser a denunciação da lide obrigatória, ela somente o é no caso previsto no inciso I <sup>194</sup> o qual trata sobre a evicção <sup>195</sup>. Mas é o inciso III que nos desperta interesse, pois é ela que legitima a ação de regresso, como é o caso das relações de contrato de seguro.

Luiz Guilherme Marinoni ensina:

Aqui, a empresa seguradora está obrigada a indenizar em ação regressiva os prejuízos de alguém, que é parte em ação judicial. A denunciação, então, inclui no processo instaurado também a demanda de regresso, para a eventualidade de o beneficiário vir a sucumbir na ação principal, caso em que será examinada a demanda subordinada <sup>196</sup>.

Continua afirmando que:

---

<sup>194</sup> “Como já visto, somente a hipótese do art. 70 I, é que gera, efetivamente, intervenção obrigatória (punida com a perda do direito de evicção), embora não seja pacífica a jurisprudência a esse respeito. Será, em todo caso, intervenção que pode operar-se em qualquer dos pólos da relação processual. O denunciado passa a assumir dupla função no processo: de um lado tem interesse na vitória do denunciante; de outra parte poderá ser condenado a ressarcir o prejuízo que o denunciante vier a sofrer diante da ação principal”. MARINONI, op. cit., p. 184.

<sup>195</sup> Ibid., p. 183.

<sup>196</sup> Ibid., p. 184.

O que se quer, com a denunciação da lide, como regra geral, é “embutir”, no mesmo procedimento a solução de um segundo conflito, em que, sendo sucumbente o réu, nasce simultaneamente à sua condenação a condenação do terceiro denunciado<sup>197</sup>.

A denunciação da lide pode ser feita pelo autor na petição inicial onde será requerida a citação do denunciado. Admitida pelo juiz, o processo será suspenso até a citação do litisdenuciado que pode aceitar, assumindo a posição de litisconsorte, ou rejeitar a denunciação, quando serão formadas duas demandas autônomas, “uma do autor em face do réu; outra do autor em face do denunciado”.<sup>198</sup>

Quando a denunciação da lide for realizada pelo réu, esta deverá ser feita no prazo da contestação. Acolhida à denunciação pelo magistrado o processo será suspenso, procedendo-se à citação do denunciado.

O denunciado também possui a faculdade de aceitar ou não a denunciação. Se aceitar e opor contestação, o denunciante e o denunciado formarão litisconsorte passivo em face do autor.<sup>199</sup> Caso o denunciado negue a qualidade que lhe foi atribuída, o denunciado

---

<sup>197</sup> WAMBIER, op. cit., p. 271.

<sup>198</sup> MARINONI, op. cit., p. 184-185.

<sup>199</sup> Observa-se que não há relação estabelecida entre o denunciado e o adversário do denunciante, pois como dito, há duas ações distintas onde ocorrerá o julgamento da segunda demanda quando for procedente a primeira. “Quer dizer que não se pode considerar, exceto para os fins dos poderes e ônus processuais, o denunciado como litisconsorte do denunciante. Assim, a sentença que julgar a ação principal em favor do adversário do denunciante apenas poderá condenar este na obrigação, posteriormente avaliando-se se é o caso de julgar procedente a ação subsidiária. Poderá haver, então, em tese, duas condenações: uma do réu frente ao autor e outra do denunciado frente ao denunciante. Esta é a estrutura da denunciação, como pretende o Código de Processo Civil (art. 76). Na prática, porém, por argumentos de instrumentalidade processual, não têm sido raros os casos em que o denunciado é condenado diretamente em face do autor da ação principal (especialmente em casos de contratos de seguro), promovendo-se, concretamente, verdadeiro litisconsórcio entre denunciante e denunciado”. Ibid., p. 186.

prossegirá na defesa até o final, da mesma forma ocorre quando o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor ou for revel.<sup>200</sup>

### 5.1.1 Da Denúnciação à Lide na Arbitragem

Visto a denúnciação da lide no Código de Processo Civil questiona-se se esta modalidade de intervenção de terceiros é cabível no Juízo Arbitral. Como foi anteriormente explanado, a Lei n. 9.307/96 é omissa neste ponto, mas não proíbe expressamente qualquer modalidade de intervenção de terceiros, razão pela qual se acredita ser possível à denúnciação, mas com ressalvas.

Quando está expressa a concordância das partes na convenção de arbitragem à possibilidade da denúnciação da lide, acredita-se que não há polêmicas enquanto a sua validade. Da mesma forma, ainda que instaurado o Juízo Arbitral e havendo o consenso das partes para a denúnciação, presume-se que ela também é possível, integrando o denunciado na lide, desde que concorde.

Todavia, questiona-se a possibilidade de se integrar o denunciado na lide levado ao Juízo Arbitral, caso este negue a qualidade de garante. Nesta hipótese não seria conveniente discutir a possibilidade de integrá-lo, pois será formada duas demandas

---

<sup>200</sup> Ibid., p. 185.

autônomas de forma que a demanda acessória extrapola o objeto da cláusula compromissória.

Também seria discutível a possibilidade de fazer com que o denunciado intervenha coercitivamente na arbitragem para que venha a sofrer os efeitos da sentença arbitral. Isto porque, mesmo que o árbitro detenha a jurisdição para decidir sobre um litígio determinado na cláusula compromissória<sup>201</sup>, não detém o *ius imperii* para obrigar o denunciado que não participou da convenção arbitral a ingressar na lide.

Não obstante a faculdade do denunciado em opor-se à denunciação da lide ao negar a qualidade de garante, ainda assim, pode a seguradora ficar vinculada à arbitragem. Para tanto, faz necessário que a seguradora tenha ciência do litígio levado à arbitragem por meio da comunicação do fato pelo segurado/denunciante (parte do juízo arbitral) de acordo com o art. 787, § 1º do Código Civil Brasileiro<sup>202</sup>.

Sobre o § 1º do art. 787 do CCB, a doutrina comenta:

O § 1º desse artigo preceitua ser obrigação do segurado comunicar de pronto ao segurador, tão logo delas tome conhecimento, as conseqüências de ato seu, capaz de lhe acarretar a responsabilidade do objeto da garantia. Esse dever jurídico é ínsito à própria relação securitária, onde, no caso, o segurador assumiu as conseqüências dos atos que venham de ser cometidos pelo segurado.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> CARRERA, op. cit., p. 458.

<sup>202</sup> CCB: Art. 787 - No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

§ 1º Tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador.

<sup>203</sup> FIUZA, op. cit., p. 712.

A seguradora devidamente comunicada da instauração da arbitragem, mesmo não sendo parte, ou quando este se recusa a participar, em se tratando de seguro-garantia, a regra é que o segurador incorpora às cláusulas do contrato garantido, que por sua vez, contém uma cláusula de arbitragem.

Este é o entendimento da doutrina Norte Americana sobre o assunto, local onde nasceu a modalidade do seguro-garantia:

An important exception to this rule is where the bond incorporates the terms of the underlying contract that, in turn, contains an arbitration clause. In such a case, the surety may be deemed to have agreed to be bound by an arbitration award against its principal and, in the absence of fraud or collusion, the award will be binding on the surety. Because most payment bonds incorporate by reference the terms of the underlying contract, it is increasingly likely that a surety will be deemed to have agreed to be bound by an arbitration award.<sup>204</sup>

Conclui-se desta forma, que a sentença arbitral pode atingir a seguradora mesmo quando esta não participa da arbitragem, seja na qualidade de litisdenunciado, assistente ou litisconsorte. Todavia, é necessário que a seguradora tenha ciência da instauração da arbitragem que discute litígio o qual está na posição de garante de uma das partes. Como dito, esta conclusão está fundamentada no § 1º do art. 787 do Código Civil, nos artigos do Código de Processo Cível atinentes a intervenção de terceiros e no entendimento da doutrina norte americana especializado no contrato de seguro-garantia.

---

<sup>204</sup> GALLAGHER, G. Edward. American Bar Association – **Tort and Insurance Practice Section – PAYMENT BOND MANUAL** – second edition – 1995 – p. 69. (tradução) “o segurador considera-se, por ter concordado com a arbitragem, vinculado a sentença arbitral contra o tomador e, na ausência de fraude ou colusão, a sentença será imposta ao segurador. Como a maioria dos pagamentos do seguro garantia incorpora, por referência, as cláusulas do contrato, é crescentemente justificável que o segurador por ter concordado com a arbitragem, esteja vinculado na sentença arbitral”.

## **6 CONCLUSÃO**

Com a diversidade de temas expostos no presente trabalho de monografia foi inviável esgotar todas as particularidades sobre o contrato de seguro e a arbitragem. No entanto, deve ficar claro que a única pretensão é apenas oferecer os conceitos básicos destes dois institutos e tentar realizar uma ligação entre eles.

Temos o contrato de seguro como o instrumento capaz a garantir um interesse assegurável e a sua importância para o desenvolvimento econômico do país, pois como foi exposto, a atividade securitária deve ser explorada com o caráter empresarial. Isto porque, os prêmios pagos pelo segurados formam os fundos comuns ou fundos de poupança coletiva que constitui um negócio de massa, de segurança nacional e como tal atende aos interesses da nação ante a constituição de reservas econômicas para o país. Logo, a sua função social será

cumprida à medida que estas reservas possibilitam o desenvolvimento econômico do Brasil à medida que atrai investidores estrangeiros.

Visto o caráter econômico da atividade securitária devemos ressaltar o perigo de se condenar injustamente uma seguradora quando esta é demandada judicialmente com o pretexto de que esta empresa por possuir ampla capacidade econômica é capaz de suportar o pagamento de qualquer indenização securitária.

Devemos sempre estar atento aos limites estabelecidos no contrato de seguro, em especial nas as cláusulas limitativas e não simplesmente interpretá-las como abusivas.

As condenações injustificadas oneram excessivamente as empresas seguradoras e desequilibram a política de seguros nacional, uma vez que uma condenação sobre estes fundamentos refletirá em toda a extensão da massa securitária, o que por conseqüência, elevará os valores dos prêmios que é calculada, principalmente, com base em uma estruturação atuarial.

Exploramos, mesmo que brevemente, a modalidade de seguro-garantia, instrumento pouco estudado pela doutrina brasileira, mas muito utilizado como forma de garantir contratos firmados entre o particular e a Administração Pública. São nas grandes edificações e obras complexas, como construções de pontes, hidrelétricas, etc., onde verificamos as vantagens do seguro-garantia.

A principal vantagem do seguro-garantia encontra-se no fato de que a própria seguradora realiza um prévio estudo que irá avaliar a capacidade técnica e financeira do tomador antes de aceitar o risco e

emitir uma apólice que irá garantir o fiel cumprimento de suas obrigações que serão assumidas perante a Administração Pública. Desta forma, a seguradora emitente do seguro-garantia ao contratar com o particular e aceitar o risco terá a Administração Pública mais garantias, além das contratadas, de que o particular irá atender as exigências objeto dos contratos administrativos.

Também vimos que, de regra, os interesses seguráveis podem ser dirimidos mediante a arbitragem. Ou seja, na ocorrência de um sinistro, a dúvida existente entre a causa que se deu o dano ao interesse/bem segurado e a culpa a ser apurada das partes.

Defendemos a constitucionalidade da arbitragem, uma vez que não existe imposição pela Lei n. 9.307/96 que obrigue as partes a submeter um litígio para ser resolvida pelo árbitro, desta forma não estaremos a ofender o princípio da inafastabilidade. Outro fato que demonstra ser constitucional a lei de arbitragem é a necessidade de submeter à sentença arbitral, por não ser exequível, à apreciação do juiz togado que detém o poder de coagir o particular às determinações do árbitro. Nesta ocasião são respeitos os princípios do contraditório e da ampla defesa, ressalta-se no que diz à formação da arbitragem e não no mérito da decisão.

Colocamos que o excesso de formalidade ao que diz respeito à cláusula compromissória de certa forma prejudica o desenvolvimento do instituto da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro e coloca a sua seriedade em xeque perante a comunidade internacional, motivo

pelo qual criticamos o julgado realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná do agravo de instrumento sob n.º 428.067-1.

Por fim, concluímos ser possível a denunciação à lide na arbitragem, uma vez que não existe nenhuma vedação na lei de arbitragem e pela própria natureza desta modalidade de intervenção de terceiros vai de encontro com a garantia constitucional da celeridade processual, art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

Nesta ocasião, quando estivermos diante de um litígio entre particulares submetidos à arbitragem que está garantido por meio do seguro-garantia aconselhamos a inserção da cláusula compromissória tanto no contrato estabelecido entre os particulares, assim como, a sua previsão no contrato de seguro. Da mesma forma, o compromisso arbitral deverá ser firmado pelos particulares e pela seguradora que emitiu o seguro-garantia a fim de se evitar qualquer nulidade que poderá ser suscitada no futuro.

Tomadas estas precauções, estaremos a garantir a participação de todos os interessados no procedimento arbitral que poderão participar e atuar diretamente na solução da lide, oferecer maior celeridade à arbitragem e por fim oferecer maior extensão e efetividade à decisão do árbitro.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Ricardo. **Cadernos de Direito Empresarial**. Vol 3. Gaia, Silva, Rolim & Associados. São Paulo. 2005.

BOSCO LEE, João. **Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul**. Juruá. Curitiba. 2002.

CARRERA, José Eduardo Alvim. **Tratado Geral da Arbitragem**. Malheiros. Belo Horizonte. 2000.

FINKE, Anne; PENACHIO, Renata F.; PACHECO VAZ, Maria Fernanda; DRONGECK, Cristiane. Em Debate 3, Prêmio, Risco, Resseguro. Funenseg. Rio de Janeiro. 2001.

FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 1ª ed. Saraiva. São Paulo. 2002.

GALLAGHER, G. Edward. American Bar Association – **Tort and Insurance Practice Section** - PAYMENTE BOND MANUAL. Second edition. 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 6ª ed. RT. São Paulo. 2007.

POLETTI, Gladimir Adriani. **O Seguro Garantia: em busca de sua natureza jurídica**. 1ª ed. FUNENSEG - Fundação Escola Nacional de Seguros. Rio de Janeiro. 2003.

SALVO VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**. 6ª ed. Jurídico Atlas. São Paulo. 2006.

TZIRULNIK, Ernesto. **O Contrato de Seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. RT. São Paulo. 2003.

UADI LAMMÊGO BULOS, Paulo Furtado. **Lei da Arbitragem Comentada**. Saraiva. São Paulo. 1997.

VIANNA, Durval. **Lei de Arbitragem**. Ed. Esplanada. Rio de Janeiro. 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 6ª ed. RT. São Paulo. 2002.