

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

HIAGO DA SILVA LIMA

ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
DECORRENTES DOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA:
DIFICULDADES E SOLUÇÕES

Rio de Janeiro

2018

HIAGO DA SILVA LIMA

ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
DECORRENTES DOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA:
DIFICULDADES E SOLUÇÕES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Gabriel Assis de Almeida

Rio de Janeiro

2018

HIAGO DA SILVA LIMA

ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
DECORRENTES DOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA:
DIFICULDADES E SOLUÇÕES

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, ____ de _____ de
2018

BANCA EXAMINADORA

Prof.

Prof.

Prof.

AGRADECIMENTOS

Agradeço às seguintes pessoas e instituições com as quais este trabalho mantém uma dívida direta: Joelma, por tudo o que sempre fez e está disposta a fazer por mim; Railane, pela longa parceria e apoio nos mais diversos momentos; aos grandes amigos que fiz no decorrer destes cinco anos na Escola de Ciências Jurídicas da UNIRIO; a todos do Kincaid e do Bruno Calfat Advogados, pois tive o privilégio de passar mais da metade da minha trajetória acadêmica ao lado de pessoas e profissionais incríveis; aos educadores e professores do CCJP/UNIRIO, em especial ao meu orientador, José Gabriel, por ter colaborado com este trabalho.

“A justiça [a equidade] nasce entre os homens que gozam de um poder quase igual [...] é quando não há superioridade claramente reconhecida e quando um conflito só leva a perdas recíprocas e sem resultado que nasce a ideia do entendimento e da negociação sobre as pretensões de cada lado: o caráter de troca é o caráter inicial da justiça.”

(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

A arbitragem marítima tem se apresentado como um importante método alternativo de solução dos conflitos decorrentes do transporte marítimo de cargas. O presente trabalho se propôs a analisar a cláusula compromissória arbitral inserida em um contrato de transporte marítimo de cargas. Para tanto, foram expostos os cuidados que se deve ter ao se inserir uma cláusula arbitral em um contrato notadamente de adesão, já previstos pela própria Lei de Arbitragem, bem como a sua interpretação pelos tribunais superiores do Brasil, em especial o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela homologação das sentenças arbitrais estrangeiras. No capítulo inicial, o exame centraliza-se sobre as dificuldades da instauração do procedimento arbitral, decorrentes das características que os contratos de transporte marítimo de carga possuem, em especial a sua classificação doutrinária e jurisprudencial como contrato de adesão. Nesse contexto, foi realizado o exame da convenção de arbitragem, enquanto negócio jurídico, sob os planos da existência, validade e eficácia. No segundo capítulo desenvolveu-se desenvolvidas algumas análises sobre a viabilidade jurídica e prática da inserção da cláusula compromissória arbitral em um documento apartado ao contrato de transporte marítimo de carga, traçando-se um contraponto à exposição realizada no primeiro capítulo.

Palavras-chave: Arbitragem. Cláusula compromissória arbitral. Transporte marítimo de carga. Contrato de adesão.

ABSTRACT

Maritime arbitration has been perceived as an important alternative method of settling disputes arising from maritime cargo transport. The purpose of this paper is to analyze the arbitration clause included in a maritime cargo contract. In order to do so, the attention to be paid to the insertion of an arbitration clause in a contract of adhesion, already provided for by the Arbitration Law itself, as well as its interpretation by the higher courts of Brazil, in particular the Superior Court of Justice, responsible for the homologation of foreign arbitral sentences. In the initial chapter, the exam focuses on the difficulties of initiating the arbitration procedure, arising from the characteristics of cargo shipping contracts, especially their doctrinal classification and jurisprudence as an adhesion contract. In this context, the arbitration agreement was examined as a legal business, under the terms of its existence, validity and effectiveness. In the second chapter, some analyzes were developed on the legal and practical feasibility of inserting the arbitration arbitration clause in a document separate from the maritime cargo contract, a counterpoint to the exposition made in the first chapter.

Keywords: Arbitration. Arbitration clause. Maritime transport. Standard contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 AS DIFICULDADES PARA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA.....	10
1.1 As dificuldades decorrentes da natureza dos contratos de transporte marítimo de carga.....	19
1.1.1 Contrato de adesão: regulamentação consumerista x regulamentação civil	27
1.2 As consequências da forma dos contratos de transporte marítimo de carga sobre a cláusula compromissória arbitral: análise da tricotomia.....	29
1.2.1 Análise da tricotomia do compromisso arbitral.....	34
1.2.2 Vício na liberdade de contratar.....	37
2 A POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA AS DIFICULDADES PARA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA.....	42
2.1 A possibilidade da utilização de cláusula compromissória em termo apartado do contrato de transporte marítimo de carga.....	44
2.2 O contexto da utilização de cláusula compromissória em termo apartado do contrato de transporte marítimo de carga.....	47
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O transporte marítimo de cargas brasileiro é responsável por uma importante parcela da economia nacional, como não poderia deixar de ser, levando-se em consideração que se trata de um país de dimensões continentais com área costeira que se estende por 17 (dezessete) estados e 400 (quatrocentos) municípios, consistente em aproximadamente 8.500 (oito mil e quinhentos) quilômetros de litoral.

No Brasil, o transporte marítimo apresenta-se como o principal meio de transporte comercial em larga escala, sendo responsável por considerável parte do fluxo comercial internacional. Segundo dados da ALICEWEB¹, o Brasil exportou US\$ 153 (cento e cinquenta e três) bilhões, dos quais 82% (oitenta e dois por cento) das mercadorias foram transportadas por via marítima

O direito marítimo e a história da humanidade estão intimamente ligados, pois este ramo do direito, tal como concebido nos dias atuais, nada mais é do que um resultado dos regramentos e das tradições de várias civilizações que utilizaram o mar como instrumento para busca de novos territórios e para realização de comércio. A navegação marítima contribuiu significativamente para os avanços econômicos e políticos ocorridos no mundo.

Ora, o transporte marítimo de carga, a modalidade mais antiga e um dos principais meios para realização de comércio nacional e internacional de bens, apresenta-se como um potencial gerador de conflitos. Por outro lado, a utilização da arbitragem para solução de litígios tem-se intensificado ao longo dos anos.

No Brasil, a arbitragem ganhou força após a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem, promulgada em 1996, consolidando-se como um meio mais eficaz para solução de controvérsias.

Deste modo, o presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade da utilização arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos decorrentes do contrato de transporte marítimo de carga.

No primeiro capítulo, o exame recai sobre as dificuldades da instauração do procedimento arbitral, decorrentes das características que os contratos de

1 Disponível em <<http://aliceweb.desenvolvimento.gov.br/>>. Acesso em 28 maio 2018.

transporte marítimo de carga possuem, em especial a sua classificação pela doutrina e pela jurisprudência como, em regra, um contrato de adesão.

Nesse contexto, a convenção de arbitragem, enquanto negócio jurídico, deve ser analisada sob os planos da existência, validade e eficácia, de modo que a produção de seu efeito negativo de afastamento da jurisdição estatal apenas se produzirá se preenchidos os requisitos estabelecidos pelo Código Civil e pela Lei de Arbitragem.

No segundo capítulo são desenvolvidas algumas análises sobre a viabilidade jurídica e prática da inserção da cláusula compromissória arbitral em um documento apartado ao contrato de transporte marítimo de carga, traçando-se um contraponto à exposição realizada no primeiro capítulo.

O propósito deste trabalho é de expor os cuidados que se deve ter ao se inserir uma cláusula arbitral em um contrato de adesão, já estipulados pela própria Lei de Arbitragem, mas que, sem a devida atenção, principalmente nos contratos de transporte marítimo de cargas internacionais, não serão homologados pelo Poder Judiciário brasileiro.

1 AS DIFICULDADES PARA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA

O mero convívio em sociedade já é suficiente para ocasionar o surgimento de conflitos de interesses entre os homens, trazendo consigo, conseqüentemente, a necessidade de se encontrar uma solução para tais litígios. Francesco Carnelutti (1999, p. 108), um dos principais processualistas do século XX, entende que o conflito surge de uma relação onde uma parte pretende algo, enquanto outra parte resiste à satisfação (subordinação) dessa pretensão:

Quer dizer que o conflito atual supõe a prática de um ato por cada um dos sujeitos, os quais, ao praticá-lo, se tornam dois contendores: um deles pretende, e o outro resiste à pretensão. A ciência do direito processual submeteu este fenômeno a uma análise senão definitiva, pelo menos muito adiantada, e elaborou os conceitos da pretensão e da resistência, respectivamente como exigência da prevalência de um interesse próprio sobre um interesse alheio, e como oposição a tal exigência. Ao conflito de interesses, quando se efetiva com a pretensão ou com a resistência, poderia dar-se o nome de contenda, ou mesmo de controvérsia. Pareceu-me mais conveniente e adequado aos usos da linguagem o de lide.

Ao longo dos anos, a solução dos conflitos de interesses passou a ser uma atividade exercida precipuamente pelo Estado, através de seu poder jurisdicional. Segundo Giuseppe Chiovenda (2000, v. II, p. 8), cujas ideias a respeito de jurisdição e processo refletiram na legislação processual brasileira,

Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

José Frederico Marques (2000, v. I, p. 258.), ao tratar sobre o tema, dispõe no mesmo sentido, lecionando que:

A jurisdição é a aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão. Inserindo-se no processo como função central na composição do litígio, ela pressupõe a existência deste e incide sobre a pretensão que o qualifica. O iudicium do magistrado

recai no processo sob a pretensão de que, formulada por um dos interessados, dá origem ao procedimento. O poder estatal, que lhe pertence, de tornar efetiva a vontade concreta da lei tem por objeto essa pretensão. Julgando-a ou tomando-a efetiva e satisfeita ou repelindo-a, o juiz dará a cada um o que é seu, dizendo, de acordo com o direito objetivo, qual o interesse prevalente no conflito que é chamado a compor, em determinado processo.

As definições estabelecidas por esses doutrinadores evidenciam o protagonismo do Estado como agente responsável pela solução de litígios.

No Brasil, esse viés ganhou ainda mais força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê no seu inciso XXXV, do artigo 5º que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por conseguinte, todas as pessoas possuem um direito constitucional de obter uma sentença, que deve ser proferida em observância aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e da isonomia, entre outros.

Porém, a atividade jurisdicional não é exclusiva do Poder Judiciário. Para parte da doutrina, em determinados casos, existe a possibilidade deste poder ser exercido por agentes privados.

Freddie Didier Junior (2011, v.1, p. 89), nesse sentido, propõe uma definição menos restrita de jurisdição:

[...] a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.

Assim, pode-se concluir que a jurisdição é constituída: (a) da existência de um litígio, pois, sem ele não haverá motivo para intervenção; (b) pela presença de um terceiro imparcial, responsável por solucionar a demanda que lhe foi apresentada; e (c) pela delegação dos poderes jurisdicionais das partes a um terceiro, para que a decisão proferida vincule os agentes.

Apesar da existência desta possibilidade de se afastar a jurisdição estatal de determinado conflito, não restam dúvidas de que o processo judicial ainda representa a forma mais utilizada para solução de demandas.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça², em 2014 tramitaram na justiça estadual pouco menos de 80 (oitenta) milhões de processos, com baixa de apenas 17 (dezessete) milhões, o que corresponde a aproximadamente 24% (vinte e quatro por cento) do total. Estes dados decorrem diretamente da intensificação da judicialização das relações judiciais, que, como não poderia deixar de ser diferente, ocasionou uma crise no Poder Judiciário

Armando Castelar Pinheiro (2002, p. 3) ao tratar sobre a questão da morosidade da justiça e suas implicações com a economia, concluiu que:

O Judiciário brasileiro é uma instituição com problemas sérios. De fato, a despeito do grande aumento dos gastos públicos com a Justiça, esta permanece lenta e distante da grande maioria da população. Em parte, isso se explica pelo também vertiginoso crescimento da demanda por serviços judiciais, o que faz com que os juízes brasileiros continuem obrigados a julgar milhares de processos todo ano. Neste contexto, inovações bem-sucedidas, como os Juizados Especiais, têm sido incapazes de reverter endogenamente a precária situação em que vive o Judiciário. Nas palavras do presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, “É consensual no Brasil a necessidade de uma reforma no Poder Judiciário, única das funções estatais que não absorveu as tecnologias disponíveis e que vem se caracterizando por inadmissível lentidão”. Essa percepção tem se refletido nos últimos anos em um amplo conjunto de propostas de reforma, discutidas dentro e fora do Congresso Nacional, que, não obstante têm avançado pouco em termos de medidas práticas.

Esta crise do judiciário fez ressurgir a necessidade por métodos alternativos de resolução de disputas. Mauro Cappelletti (1994, p. 97) destaca a relevância dos métodos alternativos de solução de disputas na pacificação dos conflitos sociais:

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.

² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em 27.05.18

Os métodos alternativos de solução de disputas são, em geral, formas utilizadas pelas partes para pacificar um determinado litígio, sem a necessidade de utilização de um processo judicial.

A arbitragem, nesse contexto, apresenta-se como um método onde os litigantes outorgam a uma pessoa ou a um grupo de pessoas a tarefa de resolver esse litígio através de decisões com o mesmo conteúdo e a mesma força das sentenças judiciais.

Carlos Alberto Carmona (2014, p. 51) define este instituto como um:

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Já para Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 123), a arbitragem:

Trata-se de um mecanismo reconhecido internacionalmente pelos povos cultos e internamente sistematizado por norma específica, que viabiliza a transformação de lides sociológicas em lides jurídicas, as quais serão levadas ao conhecimento e decisão de mérito de particulares investidos de autoridade decisória e poder jurisdicional, que lhes é outorgado pelas próprias partes envolvidas em determinados conflitos de interesses de natureza civil ou comercial.

Eduardo Damião Gonçalves (2008, p. 7), por sua vez, destacou o caráter contratual do procedimento arbitral, expondo que:

A arbitragem, conforme a simples e completa definição de Charles JARROSON, “é a instituição pela qual um terceiro decide o litígio que opõe duas ou mais partes, exercendo a missão jurisdicional que lhe foi conferida por elas”. Decorre dessa definição sua dupla natureza contratual e jurisdicional.

Pode-se concluir, desta forma, que o fundamento da arbitragem é a autonomia privada das partes, consistente em seu poder de disciplinar de

forma livre seus interesses. Eduardo Damião Gonçalves (GONÇALVES, 2008, p. 8), em sua tese “Arbitrabilidade Objetiva”, destaca, com precisão, que:

[...] a fonte da autoridade dos árbitros para decidir a controvérsia repousa no acordo de vontade das partes materializado na convenção de arbitragem – o elemento fundamental da arbitragem internacional – que dá origem e limita a missão dos árbitros.

A opção pelo procedimento arbitral em detrimento da jurisdição estatal decorre da existência de vários benefícios, dentre os quais, pode-se destacar a celeridade, a confidencialidade, o conhecimento técnico da matéria objeto do litígio pelo árbitro, a informalidade do procedimento. Ricardo Soares Stersi dos Santos (1998, p. 273-274), ao analisar as vantagens da arbitragem, expôs que:

Na Arbitragem, as partes escolhem, quando da celebração da convenção arbitral, o árbitro ou órgão de arbitragem responsável por decidir a demanda. Tal possibilidade permite que os litigantes escolham um expert, ou seja, alguém com conhecimentos técnicos específicos sobre o objeto do litígio. Outro aspecto inerente à escolha diz respeito à confiabilidade das partes em relação à imparcialidade do árbitro e sua capacidade para dirimir o conflito. As partes jamais escolheriam alguém que não acreditassem ser imparcial e capacitada para julgar.

[...]

Entre os fatores que permitem a solução rápida dos litígios, podemos indicar: i) o possível conhecimento técnico do árbitro sobre o objeto da demanda (já que as partes podem escolher o árbitro podendo, portanto, alguém que possua conhecimentos técnicos específicos); ii) a irrecorribilidade das decisões arbitrais e da sentença arbitral (em regra já que as partes podem convencionar de maneira diversa); iii) a possibilidade de adoção de um procedimento menos formal e mais maleável (de acordo com a vontade das partes na convenção arbitral) que permita uma maior rapidez e simplificação nos atos do processo.

[...]

Todos os aspectos do litígio tais como o valor econômico do conflito, as razões e fatos relativos à disputa, as provas produzidas, são do conhecimento exclusivo das partes e do árbitro, inexistindo publicidade dos mesmos. O caráter confidencial é estabelecido pelas partes quando da celebração da convenção arbitral.

[...]

Na Arbitragem, as partes possuem a liberdade de escolher, na convenção arbitral, o conjunto de regras que nortearão o procedimento assim como o direito de fundo sobre qual o árbitro deverá se basear para proferir sua decisão de mérito sobre o litígio. Ao possibilitar que as partes escolham o direito material aplicável, abre-se a possibilidade de sentenças arbitrais fundamentadas em equidade, em princípios gerais de direito, em usos e costumes e em *lex mercatória*.

Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 585) também ressaltou as vantagens da arbitragem:

Inegável é sua vantagem sob determinadas condições. Com frequência, as partes, mormente pessoas jurídicas de porte, levam aos tribunais assuntos excessivamente técnicos com amplas dificuldades ao juiz, que somente pode decidi-los louvando-se em custosas e problemáticas perícias. Valendo-se de árbitros de sua confiança, especialistas na matéria discutida, podem as partes lograr decisões mais rápidas e quiçá mais justas e técnicas. De outro lado, o sentido é aliviar o Poder Judiciário da pleora que assola invariavelmente os tribunais.

Importante registrar que a arbitragem não é um fenômeno originário da globalização, pois diversos povos e nações já faziam uso deste instituto para solucionar os conflitos existentes. Porém, as características do mundo contemporâneo influenciaram e influenciam diretamente na prática arbitral, que, neste atual modelo de sociedade, se apresenta como uma opção para substituição do Poder Judiciário para solução de controvérsias tanto em âmbito nacional quanto em seara internacional. Guerreiro (1993, p. 5) destaca que:

A emergência da arbitragem comercial internacional como fenômeno hoje praticamente universal indica que sua própria institucionalização se dá nos quadros de uma ordem jurídica que transcende os limites dos ordenamentos nacionais.

No Brasil, a arbitragem ganhou mais força a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.307, de setembro de 1996, que ficou conhecida como Lei de Arbitragem. Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 585) aponta que antes da promulgação desta lei:

Dois eram os principais impedimentos para a não-utilização da arbitragem entre nós: a falta de previsibilidade legal para a

inexecução da clausula compromissória e a necessidade de homologação obrigatória do laudo arbitral pelo Poder Judiciário. Isto eliminava as principais vantagens do instituto: o sigilo e a celeridade.

Porém, logo após sua promulgação, instaurou-se um quadro de insegurança no país, pois o novo diploma normativo contrariava a jurisprudência até então sedimentada no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que apenas seria possível a utilização da arbitragem para resolver os conflitos já existentes; os eventuais litígios não poderiam ser objeto de cláusula contratual, pois afrontaria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Assim, muitos autores suscitaram a inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei de Arbitragem sob o fundamento de afronta à garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição estatal.

Entretanto, a doutrina majoritária já possuía posicionamento firme em relação à constitucionalidade do compromisso arbitral:

A garantia de acesso é o que se protege, não podendo o Legislativo ou o Executivo – destinatários da norma – vedar, compulsoriamente, por lei, o direito de qualquer pessoa acionar o Poder Judiciário para a tutela do seu direito. Contudo, não há empecilho legal de o cidadão, por espontânea vontade, optar por dirimir seus conflitos fora da arena judiciária. Não há no preceito constitucional, seja explícita ou implicitamente, nenhuma vedação que possa levar o intérprete a concluir pela impossibilidade de qualquer pessoa resolver suas controvérsias através de sujeição à justiça privada. Com efeito, se o dispositivo buscasse impor às partes o monopólio da justiça pelo Poder Judiciário, não seria viável a utilização do instituto da transação – autocomposição – para prevenir ou pôr fim a um litígio. (MARTINS; LEMES; CARMONA, 1999, p. 23.)

A pacificação deste tema no meio jurídico ocorreu em dezembro de 2001, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem ao realizar o julgamento de recurso em processo de homologação de sentença estrangeira³. Para comodidade de exame, veja-se a ementa do referido acórdão:

3 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 5.206. Requerente: M.B.V. Commercial and Export Management Establishment. Requerido Resil Indústria e Comércio Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 08 de maio de 1997.

1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de "guarda da Constituição" – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder

Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

Em seu voto, o ministro relator Sepúlveda Pertence consignou que:

O que a Constituição não permite à lei é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem (Hamilton de Moraes e Barros, Comentários ao C.Pr. Civil, Forense, v/d, IX/377).

O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir.

Ora, acentuou o saudoso J. Frederico Marques (Instituições de Dir. Proc. Civil, 1960, n. 1.330, V/423) – “assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através da transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize esses mesmos interessados a submeterem a resolução do conflito a outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura de ação, a juízes e tribunais”.

Em síntese: da licitude da transação sobre os direitos materiais objeto da lide, surgem, sem violência à Constituição, a legitimidade da renúncia, em relação a eles, do direito de ação, que, embora autônomo, tem caráter instrumental.

O reconhecimento da constitucionalidade da Lei da Arbitragem impactou diretamente no poder jurisdicional do Estado, como bem observou Freddie Didier Junior (2007, v. I, p. 73):

Muito embora a jurisdição não seja função exclusiva aos órgãos do Poder Judiciário, pois indubitavelmente há órgãos do Poder Legislativo, como o Senado, que podem exercer funções jurisdicionais. Entende-se que a atividade jurisdicional é monopólio do Estado. Com a remodelação da arbitragem do direito brasileiro, essa característica perdeu prestígio, tendo em vista que, atualmente, prevalece a concepção de que a arbitragem é atividade jurisdicional, com a diferenciação apenas quanto ao elemento confiança, que preside a arbitragem, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença lhes é imposta de forma coativa.

Nesse contexto, Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 22) acredita que:

[...] diante da facultatividade concedida aos jurisdicionados para buscarem a solução de seus conflitos de interesses de natureza privada, tende o Estado-juiz a fortalecer-se gradativamente, à medida que for necessariamente provocado quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, em que sua atuação é imprescindível em face da natureza da relação conflituosa no plano material.

Logo, a utilização da arbitragem apresenta-se como um importante método de resolução de conflitos, uma vez que não é benéfico apenas para as partes (que não teriam motivo para optar por um procedimento alternativo mais prejudicial), como também para o próprio Estado, que, ao estimular a utilização de meios alternativos, aumenta consideravelmente as chances de resolução dos conflitos sem que se submeta a demanda ao exame do Poder Judiciário, acarretando os custos correspondentes.

Porém, como já exposto, a manifestação da vontade das partes representa uma *conditio sine qua non* para a instauração do procedimento arbitral. Este fundamento, essencial à instauração da arbitragem, dificulta a utilização da arbitragem para dirimir controvérsias decorrentes do contrato de transporte marítimo de cargas, como se passa a demonstrar.

1.1 As dificuldades decorrentes da natureza dos contratos de transporte marítimo de carga

O transporte aquaviário é uma das modalidades que pode ser utilizada na celebração do contrato de transporte, que, de acordo com a definição atribuída pelo Código Civil, em seu artigo 730, é aquele onde “alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

Como o legislador civilista já se preocupou com a definição desta modalidade de contrato, não houve abertura de margem para divergências doutrinárias, como se pode concluir através da análise da definição de pela Maria Helena Diniz, segundo a qual “o contrato de transporte é aquele em que uma pessoa ou empresa se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um local para outro, pessoas ou coisas animadas ou inanimadas” (p. 498).

Arnaldo Rizzardo (2015, p. 779) assentou a diferença deste tipo de contrato em relação aos demais previstos na legislação civil:

Distingue-se das figuras afins, como da locação de coisa, da prestação de serviços e da empreitada, pela circunstância do expedidor não se encontrar convencionando o uso de um bem, ou a prestação de uma atividade, mas sim o transporte de uma coisa de um lugar para outro. Especialmente quanto à prestação de serviços, o transporte da coisa contém elementos distintos daquela figura. Assim, enquanto na locação de serviços a obrigação deve ser cumprida pessoalmente pelo locador, no transporte a empresa ou pessoa que se incumbem de transportar a coisa ou a pessoa pode fazê-lo individualmente ou por intermédio de outrem.

A celebração do contrato de transporte ocorre entre o transportador e a pessoa que será transportada (viajante ou passageiro), ou entre a pessoa que entrega o objeto (remetente ou expedidor). Nesse último caso, o destinatário ou consignatário, isto é, a pessoa que receberá a mercadoria a ser expedida, não é uma parte contratante, apesar de possuir alguns deveres e até mesmo direitos contra o transportador. O consignatário está na posição de terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação (art. 436 a 38 do Código Civil).

Em relação às modalidades, o contrato de transporte pode ser de pessoas ou de coisas, animadas ou inanimadas, bem como pode ocorrer por meio terrestre ou aéreo, além do meio aquaviário. O transporte de coisas ou mercadorias, segundo Maria Helena Diniz (2015, p. 501-502):

[...] é aquele em que o expedidor ou remetente entrega ao transportador determinado objeto para que, mediante pagamento de frete, seja remetido a outra pessoa (consignatário ou destinatário), em local diverso daquele em que a coisa (móvel ou semovente – IN n. 54/2013 do Ministério da Agricultura, Pecuário e Abastecimento) foi recebida.

No contrato de transporte de coisas existe um importante instrumento escrito: o conhecimento de transporte, também conhecido como conhecimento de carga (“bill of lading”). O conhecimento de transporte evidencia o contrato de transporte, sendo um termo escrito emitido pelo transportador. Maria Helena Diniz (2015, p. 503) expõe que:

A mercadoria a ser transportada será, portanto, entregue ao condutor ou transportador, que emitirá como prova do recebimento da coisa um documento designado conhecimento de frete (CC, art. 744), contendo: nome comercial (firma ou denominação, conforme o tipo de sociedade) da empresa emissora do conhecimento, isto é, do transportador; número de ordem do conhecimento; data da emissão do conhecimento, indicando dia, mês e ano; nome e endereço do remetente e do destinatário, ambos por extenso, embora o destinatário possa ser o próprio remetente ou possa ser substituído pela cláusula ao portador, caso em que a mercadoria será entregue àquele que se apresentar com o conhecimento; lugar em que a mercadoria é recebida para ser transportada e lugar do destino; espécie, valor, maca, raça, e quantidade ou peso da mercadoria, bem como as marcas ou sinais exteriores dos volumes de embalagem; importância do frete, com a declaração de que é pago ou a da empresa emissora, isto é, do transportador, ou de seu representante, abaixo do contexto do conhecimento.

Fran Martins (1984, p. 244), por sua vez, diz que:

A prova do recebimento da mercadoria e da obrigação do transportador de entregá-la no lugar do destino é feita pelo “conhecimento de transporte”, também conhecido como “conhecimento de frete” ou “conhecimento de carga”. Trata-se de um documento emitido pelo transportador, por ocasião do recebimento da mercadoria, contendo as especificações que nele deverão figurar taxativamente. Emitido pelo transportador, será entregue ao remetente da mercadoria, que o enviará ao destinatário para o seu recebimento, no lugar do destino.

Deste modo, o conhecimento de embarque funciona como instrumento comprobatório do recebimento da mercadoria e da obrigação que o transportador possui de entregá-la no lugar de destino.

Por esta razão, as mercadorias devem ser detalhadamente caracterizadas, com a informação quanto à sua quantidade, número de volumes, às respectivas marcas de identificação e embalagens. Porém, não existe a obrigação de declarar ou mencionar no conhecimento de embarque os dados da carga recebida caso não se possa verificar sua veracidade.

De acordo com Godofredo Mendes Vianna (2016, p. 204), devem figurar no conhecimento de transporte:

8.1 Carga

O BL deverá conter a descrição da carga pormenorizada, incluindo a sua especificação e quantidade e seu estado de conservação, apurado pelo comandante do navio, na ocasião do embarque.

8.2 Navio

O BL deverá informar o nome do navio em que a carga embarcou e o seu comandante.

8.3 Portos

O BL deverá informar o nome do porto de embarque e o porto em que a carga será desembarcada.

8.4 Frete

O BL deverá informar o valor do frete e sua forma de pagamento.

8.5 Vínculo ao Contrato de Afretamento

Sempre que aplicável, o BL deverá mencionar seu vínculo ao contrato de afretamento de origem. A omissão desta cláusula poderá acarretar sérios problemas em caso de conflitos com o embarcador ou consignatário da carga.

8.6 Cláusulas Jurídicas

O BL deverá conter os termos das seguintes cláusulas jurídicas: *lien*, *paramount*, incorporação das Regras de Haia ou outra aplicável, *exceptions*, cláusula de guerra etc.

Deve-se destacar que o conhecimento de embarque não se confunde com o contrato, por mais que possua grande parte dos termos do negócio. O contrato de transporte marítimo é celebrado em momento anterior à emissão do conhecimento, que apenas é emitido 24 (vinte e quatro) horas após o carregamento da mercadoria para transporte, em substituição ao “recibo provisório”, previsto no artigo 578 do Código Comercial⁴.

O conhecimento de embarque, além de ser um título de crédito e documento representativo de mercadorias e prova do contrato de transporte, também caracteriza-se como escritura pública de contrato, e, como tal: prova o recebimento das mercadorias a bordo da embarcação e a obrigação de

⁴ Lei 556, de junho de 1850, art. 578: Os conhecimentos serão assinados e entregues dentro de 24 (vinte e quatro) horas, depois de ultimada a carga, em resgate dos recibos provisórios; pena de serem responsáveis por todos os danos que resultarem do retardamento da viagem, tanto o capitão como os carregadores que houverem sido remissos na entrega dos mesmos conhecimentos.

entregá-las no lugar de destino; constitui prova entre todas as partes interessadas no transporte; exime as mercadorias nele dispostas de arresto, sequestro, penhora, arrecadação ou qualquer outro embaraço judicial decorrente de fato, dívida, falência ou causa estranha ao seu próprio dono atual; autoriza a entrega da mercadoria mediante sua apresentação.

Quanto às características do contrato de transporte, em geral, a doutrina o classifica-o como contrato:

- Bilateral, pois gera obrigações tanto para o transportador quanto para o passageiro ou expedidor;
- Oneroso, pois ambos os contratantes obtêm vantagens com a celebração do contrato;
- Comutativo, pois as prestações devidas pelas partes já estão certas quando da celebração do contrato, não ficando na dependência de nenhum evento futuro e incerto. Trata-se de um contrato de adesão, efetivando-se mediante condições uniformes estabelecidas pelas empresas transportadoras, que deverão ser aceitas ou rejeitadas em bloco pelos que pretendem contratar seus serviços.
- Consensual, pois se aperfeiçoa pelo consentimento mútuo dos contratantes.

Especificamente o contrato de transporte marítimo de carga, especificamente, segundo Ricardo Moisés de Almeida Platchek, “é a ferramenta que instrumentaliza o transporte marítimo de cargas, estabelecendo o vínculo jurídico entre o transportador, o embarcador, expedidor das mercadorias, e o consignatário das mercadorias transportadas” (2007, p. 1).

O Código Civil prevê as obrigações do remetente e do transportador, enquanto que o consignatário não é uma parte necessária para a formação do contrato e transporte, porém possui o direito e receber a mercadoria, fazendo a entrega do conhecimento, ou endossar o conhecimento, respondendo pela existência e legitimidade da mercadoria. Além desses direitos, o Código Civil estipula que ao consignatário também é possível reclamar ou protestar por avaria, atraso ou perda da mercadoria.

Os personagens que fazem parte do contrato de transporte marítimo, de acordo com a lei de tráfego aquaviário são:

- Amador: qualquer pessoa que possua habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações de esporte e recreio, em caráter não-profissional;
- Aquaviário: qualquer pessoa que possua habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional;
- Armador: pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, prepara a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta;
- Comandante (também denominado Mestre, Arrais ou Patrão) - tripulante responsável pela operação e manutenção de embarcação, em condições de segurança, extensivas à carga, aos tripulantes e às demais pessoas a bordo;
- Passageiro: todo aquele que, não fazendo parte da tripulação nem sendo profissional não-tripulante prestando serviço profissional a bordo, é transportado pela embarcação;
- Prático: aquaviário não-tripulante que presta serviços de praticagem embarcado;
- Profissional não-tripulante: todo aquele que, sem exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação, presta serviços eventuais a bordo;
- Proprietário: pessoa física ou jurídica, em nome de quem a propriedade da embarcação é inscrita na autoridade marítima e, quando legalmente exigido, no Tribunal Marítimo; e
- Tripulante: aquaviário ou amador que exerce funções, embarcado, na operação da embarcação.

O contrato de transporte marítimo de carga preserva as principais características do contrato de transporte, gênero do qual faz parte:

“Bilateral, pois implica obrigações para as duas partes do contrato, expedidor e transportador. Enquanto o primeiro tem que promover o deslocamento da coisa, o segundo deve pagar o preço ajustado. Daí a onerosidade do contrato. Caso o transporte seja prestado de forma gratuita ou por cortesia, não merecerá a atenção dos artigos 730 a 756 do Código Civil e será regulado pelas normas de direito comum.

Em função das obrigações das partes serem certas e conhecidas quando da celebração do negócio, não dependendo de qualquer evento futuro e incerto, é o contrato comutativo.

Por fim, diz-se que o contrato é consensual, pois se aperfeiçoa simplesmente com o consentimento mútuo dos contratantes” (GAMA, 2005, p. 65).

Porém, a característica que apresenta um obstáculo à instauração do procedimento arbitral é o fato do contrato de transporte ser, em geral, de adesão.

Informa Mariana Casati Nogueira da Gama (2005, p. 89) que:

[...] o conhecimento de embarque constitui um contrato de adesão pelo qual o carregador adere às cláusulas-padrão já estipuladas pelo transportador e no qual estão representadas todas o pelo menos as principais cláusulas do contrato de transporte, impostas pelo transportador, e às quais adere o embarcador quando da celebração do contrato.

De acordo com Arnaldo Rizzardo (2015, p. 781), o contrato de transporte é de adesão, pois:

[...] tanto no transporte de mercadorias como no de pessoas por empresas, prevalecem condições uniformes e tarifas invariáveis, o que permite a formalização e contratos impressos. As empresas estabelecem as cláusulas, devendo ser aceitas ou rejeitadas em bloco pelos que pretendem os serviços. Trata-se de contrato-tipo, ou de adesão, menos no transporte individual, onde domina o estilo comum, cabendo às partes acertarem as regras para cada caso.

Ainda segundo Mariana Casati Nogueira da Gama (2005, p. 67), “o contrato de transporte também acompanhou a massificação dos contratos ocorridas no século XX, com o surgimento dos chamados contratos de adesão”.

Deste modo, a doutrina também o classifica como um típico contrato de adesão, onde expedidor e consignatário submetem-se às cláusulas e condições estabelecidas unilateralmente pelo transportador.

A utilização do contrato de adesão, em certa medida, é justificada pela grande quantidade de cargas transportadas anualmente em todo o mundo. Por outro lado, é evidente que esta forma contratual gera benefícios aos proponentes dos serviços de transportes, que inserem as cláusulas que lhes são mais benéficas, em detrimento do futuro aderente.

Platchek (2007, p. 2) informa que a interpretação de um contrato de adesão deve ser realizada com cuidados especiais, dispondo que:

Diante do fato de estar-se diante de um contrato de adesão, importante se faz notar a necessidade de interpretação de suas cláusulas pré-impressas, baseada em princípios como a equidade, a fim de dirimir as distorções que, porventura, possam estar inseridas em tal contrato, minimizando os efeitos nocivos que tais cláusulas podem conter, especialmente quando se reporta ao contrato em análise, haja vista compor-se o contrato de transporte marítimo de um conglomerado de artigos que isentam da responsabilidade os transportadores.

E não é só. Platchek (2005, p. 105) prossegue apontando que:

A problemática dos contratos de adesão reside no cerne do pacto, pois, uma vez ausente à fase pré-negocial, não sendo o contrato firmado com base em situações iguais para os contratantes, mas existindo imposição por uma das partes de condições gerais da contratação, preestabelecidas e apresentadas à outra parte que somente para a adesão aos termos estabelecidos, sendo certo que estes criam vantagens para o predisponente, ou estabelecem restrições aos direitos do aderente, o princípio da fidelidade ao contrato perde sua força.

Sendo assim, as cláusulas e condições que já vêm impressas no contrato, sem qualquer disposição de vontade dos aderentes quanto ao seu conteúdo, sendo a única opção aceitar ou recusar o contrato, devem ser interpretadas em conformidade com os princípios sociais consagrados pela doutrina e pela jurisprudência.

1.1.1 Contrato de adesão: regulamentação consumerista x regulamentação civil

Os contratos de adesão são disciplinados tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Defesa do Consumidor. Deste modo, é relevante realizar a análise da natureza da relação estabelecida entre o armador e o embarcador para se determinar qual diploma legal será utilizado.

O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor define contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Porém, em que pese a congruência da definição do diploma consumerista com àquela conferida pela doutrina, não é possível realizar uma relação imediata entre o Código de Defesa do Consumidor e o contrato de adesão, pois este negócio jurídico também pode existir na relação entre sujeitos iguais, sendo regido pelo Código Civil.

Deste modo, o Código de Defesa do Consumidor só será aplicado ao transporte marítimo de coisas quando o contrato for celebrado por consumidor, pessoa física ou pessoa jurídica à ele equiparado, tal como destacado nos termos do enunciado nº 369 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este.

De acordo com Platchek (2007, p. 107),

Para determinar a natureza da relação engendrada entre armador e embarcador, faz-se necessário determinar se o embarcador enquadra-se no conceito de consumidor, na qual, uma vez caracterizada tal condição, não haveria dúvidas do enquadramento do transportador como fornecedor do serviço de transporte, conforme preceituado no artigo 3º do CDC, caracterizando assim a relação como consumerista, aplicando-se ao caso os preceitos do CDC.

Assim, em geral, o transporte marítimo de carga é regulamentado pela legislação especial comercial, nacional ou internacional, que deve sempre ser aplicada em conformidade com os preceitos do Código Civil, em especial do artigo 743 ao artigo 756.

No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça entendia que o Código de Defesa do Consumidor deveria ser aplicado ao contrato de transporte marítimo, pois o embarcador, e não o consignatário da carga, corresponderia ao consumidor no serviço de transporte pactuado, nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, sendo o destinatário final da mercadoria⁵.

Porém, houve uma alteração no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que passou a entender pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor sobre contratos de transporte marítimo de cargas⁶. Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, confirmou este seu novo entendimento ao julgar o recurso especial nº 1.391.650/SP:

RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS. AVARIAS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

- Ação ajuizada em 10/02/2006. Recurso especial interposto em 24/07/2012 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016.
- Inaplicabilidade do CDC, como regra geral, aos contratos de transporte marítimo pela dificuldade de enquadramento como consumidor das partes contratantes.
- Ausência de demonstração de vulnerabilidade de uma das partes para a aplicação da legislação consumerista.
- Recurso especial conhecido e provido.

Para fundamentar esta posição, o STJ afirmou que a linha de seu entendimento majoritário apenas admite a incidência do CDC nos contratos entre pessoas jurídicas em caráter excepcional, devendo restar comprovada a vulnerabilidade de uma das partes. Sobre esse tema, a decisão transcreveu trecho do recurso especial nº 1.417.293/PR:

5 Nesse sentido, REsp 302.212/RJ, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 27.6.2005; REsp 286.441/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 3.2.200

6 Nesse sentido: REsp 1.417.293/PR (Terceira Turma, julgado em 19.8.2014, DJe 2.9.2014); AgRg no REsp 1.481.134/RS, (Terceira Turma, julgado em 12.2.2015, DJe 27.2.2015); e REsp 1.076.465/SP (Quarta Turma, julgado em 8.10.2013, DJe 25.11.2013).

16. Ora, a natureza da relação estabelecida entre as pessoas jurídicas - se de consumo ou puramente empresarial - não pode ser qualificada a partir de uma análise feita exclusivamente pelo prisma dos contratantes, à margem de qualquer reflexão sobre o contexto no qual se insere o contrato celebrado.

17. É dizer, se o vínculo contratual entre as partes é necessário para a consecução da atividade empresarial (operação de meio), movido pelo intuito de obter lucro, como indiscutivelmente o é na espécie, não há falar em relação de consumo, ainda que, no plano restrito aos contratantes, um deles seja destinatário fático do bem ou serviço fornecido, retirando-o da cadeia de produção.

[...]

23. Não por outro motivo, o STJ só admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas em situações excepcionais, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra.

[...]

24. E a vulnerabilidade, ainda nas palavras de Claudia Lima Marques, é a situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. (Obra citada. p. 73).

Deste modo, pode-se concluir que não há mais divergência jurisprudencial sobre o tema, razão pela qual não se deve aplicar, em regra, o Código de Defesa do Consumidor para dirimir conflitos decorrentes do contrato de transporte marítimo de carga.

1.2 As consequências da forma dos contratos de transporte marítimo de carga sobre a cláusula compromissória arbitral: análise da tricotomia

Como já mencionado, a arbitragem tem ganho cada vez mais destaque como meio de solução de controvérsias em contratos empresariais, nacionais e internacionais. Deste modo, para que não haja nenhuma dúvida sobre a legalidade da instauração do procedimento arbitral, a renúncia à jurisdição estatal deve ser inequívoca.

O motivo desta necessidade decorre do fato de a arbitragem ser um procedimento baseado na autonomia privada. Assim, não haverá arbitragem, e, conseqüentemente, renúncia à jurisdição estatal, se não estiver presente uma indubitável manifestação da vontade das partes neste sentido.

Nesse contexto, a convenção arbitral apresenta-se como uma parte fundamental para o procedimento arbitral, pois, além de dar início à arbitragem e regular o procedimento a ser seguido, também serve como parâmetro para a posterior verificação da validade da sentença arbitral proferida.

Este caráter duplo da convenção arbitral é tratado por Carmona (2009, p. 79):

A Convenção de Arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-os reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a Convenção de Arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.

A convenção arbitral é gênero do qual são espécies da cláusula compromissória e o compromisso arbitral, definidos pelos artigos 3º e 4º da Lei de Arbitragem, respectivamente, *in verbis*:

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.

Art. 4º 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.

Apesar do artigo 4º da Lei de Arbitragem fazer referência expressa a contrato, a cláusula compromissória pode ser estipulada em qualquer tipo de negócio jurídico.

O *caput* do artigo 9º da Lei de Arbitragem, por sua vez, define o compromisso arbitral como “a convenção através da qual as partes submetem

um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial". Carmona (2009, p. 189-190), por sua vez, explica que

O compromisso é o negócio jurídico processual através do qual os interessados em resolver um litígio, que verse sobre direitos disponíveis, deferem a sua solução a terceiros, com caráter vinculativo, afastando a jurisdição estatal, organizando o modo através do qual deverá se processar o juízo arbitral.

Ambas as espécies de convenção de arbitragem são classificadas como negócio jurídico, que, de acordo com Antonio Junqueira de Azevedo (2000, p. 16),

[...] é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitadas os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

Deste modo, Nádia de Araújo e Lauro da Gama e Souza Jr (2003, p. 69), observam que

No atual sistema brasileiro, não há mais distinção quanto aos efeitos da cláusula compromissória e compromisso, como se vê no art. 3.º da Lei 9.307/96 e art. 267, VII, do CPC (LGL\1973\5)", com o acréscimo de que, 'anteriormente à Lei de Arbitragem, constituía simples obrigação de fazer, despida de execução específica, mas agora possui força obrigatória, podendo, inclusive, ser a causa de um pedido de constituição de compromisso perante o Poder Judiciário, na forma do art. 7.º da Lei 9.307/1996. A propósito, ao ressaltar que "a cláusula compromissória é de essência convencional e produz seus efeitos na arena processual", consoante entendimento majoritário quanto à natureza jurídica desse pacto, Pedro A. Batista Martins assim elucida: "Ajustada à cláusula compromissória, sua eficácia desde já se projeta no tempo de modo a assegurar futuro ataque a resistências na adoção da arbitragem. Isso porque sua eficácia tem duplo fim e alcance: presta-se a afastar a jurisdição estatal, via a regra processual de extinção do processo sem julgamento de mérito (eficácia negativa), e, no caso de resistência, a garantia ao credor à instituição da arbitragem (eficácia positiva) (Revista Brasileira de Arbitragem 1/13-14, Porto Alegre: Síntese e Cbar, 2003).

Para Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 590), "a cláusula compromissória pode ser considerada como um contrato dentro de outro". Neste contexto, esta

cláusula, assim como o compromisso, enquanto negócio jurídico, deve ser analisada sob a ótica de seus elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia.

Os pressupostos de existência do negócio jurídico são aqueles sem os quais sequer existirá o referido negócio. A vontade, nesse contexto, é elemento fundamental para a criação do negócio jurídico. O plano da existência, portanto, possui um caráter substantivo.

A vontade, uma vez declarada e dirigida a determinado fim, é um elemento interno que funciona como suporte fático estrutural do contrato. Porém, importante ressaltar que

[...] a declaração de vontade não pode ser confundida com o próprio negócio jurídico. Ela é apenas o elemento componente básico sem o qual não existirá negócio jurídico, isso porque a própria declaração da vontade não tem o condão de, por si só, ser considerada negócio jurídico. (MELO, 2017, p. 19)

Para Manual A. Domingues de Andrade (1998, vol. II, p. 122), declaração de vontade

[...] é todo comportamento de uma pessoa (em regra, palavras escritas ou falas ou sinais) que, segundo os usos da vida, convenção dos interessados ou até, por vezes, segundo disposição legal, aparece como destino (directa ou indirectamente) a exteriorizar um certo conteúdo da vontade negocial, ou em todo o caso revela e traduz.

Os requisitos de validade são as exigências que a lei estabelece para que um negócio existente possa ser chancelado pelo ordenamento jurídico. O negócio jurídico deve ser celebrado por um agente capaz (capacidade de fato), que manifesta sua vontade de forma livre e consciente, tendo um objeto lícito, possível, determinado ou determinável, assumindo uma forma prescrita ou não defesa em lei. Assim, o plano da validade possui um caráter adjetivo.

De acordo com Darcy Bessone, “a objetivação, através de uma figura exterior, é essencial a todo ato, para que se torne reconhecível no meio social. Nenhum ato pode prescindir de uma forma, pois” (1977, p. 108).

Já o plano da eficácia é composto por fatores que afetarão a produção de efeitos pelo negócio existente, que poderá possuir eficácia ou ineficácia

simples, caso seja inserida uma condição ou um termo ao contrato, ou até mesmo eficácia relativa, existente nos casos em que os efeitos do negócio jurídico não se aplicam em face de um sujeito determinado.

Deve-se registrar que os requisitos estabelecidos nos artigos 104 e seguintes do Código Civil são gerais, aplicando-se a qualquer negócio jurídico. Assim, a lei, ao regulamentar determinado negócio jurídico, poderá instituir requisitos especiais de validade.

Caso os requisitos gerais ou especiais não sejam atendidos quando da celebração do contrato, o negócio jurídico será invalidado ou através da decretação de sua nulidade ou através de sua anulabilidade. Zeno Veloso (2002, p. 27) explica que

Conforme a extensão e gravidade do defeito, a intensidade do desvio, a natureza do preceito legal afrontado ou descumprido, o interesse público ou privado a ser resguardado, a sanção é mais enérgica, mais radical, e o negócio jurídico é nulo; ou a sanção é mais branda, moderada, e o negócio é, apenas, anulável.

Em síntese, a nulidade decorre de violação dos interesses públicos, razão pela qual pode ser alegada por qualquer interessado, pelo Ministério Público ou ser reconhecida de ofício pelo juiz, de modo que não convalesce com o decurso do tempo, razão pela qual não pode ser confirmada ou ratificada. A nulidade possui eficácia *ex tunc*, retroagindo até à data em que o ato foi praticado.

A anulabilidade, por sua vez, viola interesses privados, podendo ser suscitada apenas pela parte interessada que, caso permaneça inerte, poderá ver seu direito potestativo ser atingido pela decadência. Ademais, existe a possibilidade de ratificação ou de confirmação do ato, preservando-se o negócio jurídico, e a eventual decretação da anulabilidade possuirá efeitos *ex nunc*, segundo a corrente doutrinária tradicional, ou efeitos *ex tunc*, de acordo com a doutrina moderna.

Feitas estas breves considerações, deve-se analisar tais requisitos tendo como objeto a cláusula compromissória arbitral.

1.2.1 Análise da tricotomia do compromisso arbitral

No plano da existência, o elemento essencial da cláusula compromissória é a deliberação comum das partes de submeterem os eventuais conflitos à decisão de um árbitro. Assim, se não existir a livre manifestação de vontade de ambas as partes, não existirá arbitragem.

De acordo com o artigo 8º da Lei de Arbitragem, a apreciação da existência, da validade e da eficácia da cláusula compromissória compete, em regra, aos árbitros, consagrando-se o princípio da autonomia da cláusula arbitral.

Porém, a ausência de consenso na formação da cláusula representa uma anomalia extrema que, em nome da segurança jurídica, sequer pode ser apreciada pelos árbitros. Para Giovanni Nanni (2012, p. 527):

[...] nessa situação, os árbitros não detêm jurisdição, competindo ao Poder Judiciário decidir a matéria. Outra não pode ser a solução sob a égide do Código Civil de 2002, que é lastreado nos princípios da eticidade e da confiança.

No plano da validade, são analisadas as qualidades intrínsecas para que o negócio jurídico passe ao plano da produção de efeitos. Segundo o artigo 104 do Código Civil, os requisitos de validade do negócio jurídico são: (a) agente capaz; (b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (c) forma prescrita ou não defesa em lei. Nos procedimentos arbitrais domésticos, os requisitos de validade da cláusula compromissória estão previstos nos artigos 1º e 4º da Lei de Arbitragem:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 4º 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.

Em relação à capacidade do agente, a Lei de Arbitragem exige apenas que as partes sejam capazes para contratar. Quanto ao objeto, o artigo 1º é

claro ao estabelecer que apenas é possível utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles que podem ser objeto de atos de apropriação, comércio, alienação, e, em geral, de disposição.

Figueira Júnior (1999, p. 178) exemplifica como litígios não passíveis de arbitragem aqueles relacionados

[...] às questões de natureza familiar ou de estado – relativas à capacidade e ao estado das pessoas (p. ex., alimentos, filiação, pátrio poder, casamento), bem como as de ordem fiscal, tributária 32 e todas aquelas de interesse da Fazenda Pública Estadual, Municipal ou Federal – ressalvadas as hipóteses em que a própria lei viabiliza juridicamente a instituição da arbitragem para as lides em que a administração pública ingresse como parte – falência, concordata e que envolvam as coisas que estão postas fora do comércio ou que exijam a participação do Ministério Público. O mesmo se diz em relação aos denominados direitos metaindividuais que são também indisponíveis em face da maneira com que as relações no plano material se apresentam, tornando-os, assim, indisponíveis diante dos interesses envolvidos. Desta feita, os direitos difusos e coletivos estão excluídos de apreciação por parte da jurisdição privada, portanto indivisíveis.

Sobre a forma, o §1º do art. 4º da Lei de Arbitragem dispõe que a cláusula compromissória deve ser escrita, podendo estar prevista no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Também funcionam como prova da existência do pacto arbitral a troca de correspondências e documentos que permitam a verificação da intenção das partes em optar pela jurisdição estatal. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico solene, nos termos do artigo 107 do Código Civil.

A Convenção de Nova Iorque, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002, também dispôs sobre a forma do compromisso arbitral:

Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

A adoção da forma escrita para se estabelecer a cláusula compromissória justifica-se pelo fato de que, deste modo, eventual resistência à instauração do procedimento arbitral será facilmente superada. Assim, a cláusula compromissória, enquanto convenção arbitral, é “ato solene, escrito e impregnado de autonomia – vale dizer, da consciência e de decisão – a convenção arbitral é resultado da deliberação própria da parte.” (SILVA, 2012, p. 199)

Sobre este ponto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico⁷:

Conforme se observou, não restou demonstrada a ausência de convenção de arbitragem.

Quanto à afirmação da requerente de que a requerida teria concordado com a arbitragem esta alegação é contestada por meio de várias correspondências onde, em síntese, a ATS afirma que não se submeteria a arbitragem, a não ser com a existência de contrato assinado.

O único documento onde existe o assentimento da ATS em aceitar a arbitragem com um único árbitro, ressalva adiante que o árbitro deverá verificar a existência de contrato assinado, o que não restou comprovado.

Assim, a ausência de prova inequívoca do compromisso arbitral impede a homologação.

Porém, o consentimento para adoção da cláusula compromissória arbitral pode ser manifestado de maneira tácita ou presumida, não apenas expressa, em que isso afete sua forma solene, exigida pela Lei de Arbitragem.

De acordo com Giovanni Nanni (2012, p. 545)

[q]uem, a despeito de não firmar a cláusula compromissória, participa de um procedimento arbitral, com conduta normal – aqui compreendida como se estivesse diante de uma hipótese de cláusula arbitral cheia, por exemplo –, sem nenhuma ressalva, exterioriza comportamento concludente, aceitando a jurisdição dos árbitros e concordando com a convenção de arbitragem.

7 Brasil. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença estrangeira contestada nº 885. Requerente: Kanematsu USA Inc. Requerido: ATS – Advanced Telecommunications Systems do Brasil do Brasil Ltda. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 10 de setembro de 2010.

Ainda fazendo uso dos ensinamentos de Giovanni Nanni (2012), quando a parte, em um comportamento concludente, participa da arbitragem, ela assina inúmeros documentos escritos, tais como o termo de arbitragem, as petições e outros atos formais, que suprem a exigência presente no §1º do artigo 4º da Lei de Arbitragem. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou⁸ neste sentido:

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONTRATO. ASSINATURA. A Corte Especial deferiu o pedido de homologação de sentença arbitral ao entendimento de que é possível a cláusula compromissória tácita quando a parte compareceu ao processo de arbitragem e não impugnou sua existência. No caso, considera-se preenchido o requisito ao ter sido aceita a convenção de arbitragem, de acordo com a prova dos autos, ao manifestar defesa no juízo arbitral, sem impugnar oportunamente a existência da cláusula compromissória.

Por fim, quanto ao plano da eficácia, isto é, a aptidão do negócio jurídico para produzir efeitos, a eventual pendência de um fato de eficácia não caracteriza irregularidade, de modo que é absolutamente possível um negócio jurídico ser existente e válido, porém, ainda ineficaz, como o é a cláusula compromissória, cuja produção total de seus efeitos depende do surgimento de um conflito.

1.2.2 Vício na liberdade de contratar

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2016), o princípio da força obrigatória contratual, também conhecido como *pacta sunt servanda*, fundamenta-se na vontade que faz nascer os contratos. Levando em consideração que os contratos são acordos bilaterais ou plurilaterais nos quais as partes convergem suas vontades para a obtenção de um fim específico, uma vez convenionados os limites do contrato, as partes ficam ligadas pelo vínculo da vontade manifestado, que as uniu.

⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada nº 856. Requerente: L'Aiglon S.A. Requerido: Têxtil União S.A. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 18 de maio de 2005.

Porém, este princípio somente passa a reger as convenções pactuadas se todos os requisitos de existência, validade e eficácia dos contratos tiverem sido observados. Por esta razão, Caio Mário da Silva Pereira (2015, p. 7) define contrato como:

[...] um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

A liberdade de contratar, deste modo, pode ser definida como a faculdade que cada particular possui de decidir se quer e com quem quer concluir determinado negócio jurídico. De acordo com Marco Aurélio Bezerra de Melo (2017, p. 41):

As dimensões da liberdade de contratar conduzem a que a doutrina estabeleça a diferença entre liberdade de contratar, sendo a primeira a faculdade de contratar, que é, em tese, possível a todas as pessoas, e a segunda a real possibilidade de estabelecer o alcance da autonomia privada por meio da livre estipulação de cláusulas contratuais. Nos dias que correm, com a massificação do contrato, é diminuta a possibilidade de liberdade contratual que praticamente inexistente, por exemplo, nos contratos de transporte, bancários, securitários, de consumo, de prestação de serviços públicos essenciais como telefonia, água, esgoto, gás e energia elétrica, dentre outros.

Ao longo dos anos, a ocorrência de diversos abusos justificados através do fundamento de que qualquer contrato celebrado livremente seria justo, pois fruto da vontade dos contratantes (*pacta sunt servanda*), tornou necessária a harmonização da autonomia privada e o princípio da obrigatoriedade, inerentes ao contrato. Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo,

As expressões populares o contrato é lei entre as partes, vale o que está escrito, o combinado não sai caro, dentre outras, representam bem o sentido da liberdade contratual, mas, como já vimos, não é real esta liberdade, pois se baseia na falsa concepção da igualdade apenas formal, e, por isso, a autonomia privada vem sofrendo diversas limitações oriundas

das normas de ordem pública, como o Código de Defesa do Consumidor (art. 1º, Lei nº 8.078/90), normas imperativas, como a que veda a cláusula penal abusiva (art. 413, CC) e permite a anulação do contrato, estado de perigo (art. 156, CC), dos princípios da boa-fé (art. 422, CC) e da função social do contrato (art. 421, CC). (MELO, 2017, p. 42)

Deste modo,

Diversos dispositivos legais, por regras ou princípios, minoram o rigor do princípio da obrigatoriedade, como, exemplo, a lesão e a revisão do contrato por onerosidade excessiva, mas é importante frisar que o indigitado princípio é vital para a coexistência social, assim como o respeito às leis. Desse modo, o princípio da obrigatoriedade e a função social, este como elemento fiscalizador da liberdade de contratar, não encerram uma situação jurídica antagônica. Ao contrário, devem se harmonizar, sob pena de ruptura do sistema de proteção à segurança jurídica. (MELO, 2017, p. 43)

Segundo o enunciado nº 23 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, pode-se concluir que a liberdade contratual nos contratos de adesão é limitada. De acordo com Marco Aurélio Bezerra de Melo, os

[...] contratos de adesão são aqueles em que as cláusulas já se encontram preestabelecidas por uma das partes, enquanto a outra, sem poder fático para deliberar o conteúdo do contrato, apenas adere. (MELO, 2017, p. 106)

Othon Sidou (2000, p. 136), por sua vez, define contrato de adesão como “o negócio jurídico do gênero contrato, cujas cláusulas são predispostas por iniciativas de uma das partes, assim sem render ensejo a modificação, obrigando todos aqueles que lhe aderirem”.

Como visto, o Código de Defesa do Consumidor também se preocupou em definir o contrato de adesão em seu artigo 54. Para Marco Aurélio Bezerra de Melo (2017, p. 106)

Na segunda parte [do artigo 54] vislumbra-se o contrato por adesão, que nasce no âmbito da esfera privada, mas igualmente um dos contratantes se mostra autossuficiente em relação ao outro, hipossuficiente, pois aquele é quem fixa unilateralmente as cláusulas contratuais às quais este simplesmente adere.

O aumento da utilização de contratos de adesão possui o positivo aspecto de facilitar a circulação de bens e serviços nesta atual sociedade de massa. Assim, “o aderente sequer tem a oportunidade de introduzir modificações, pois o contrato mais parece um formulário no qual se incluem apenas dados pessoais e assinaturas” (MELO, 2017, p. 107).

Considerando que a celebração de um contrato contendo uma cláusula compromissória arbitral gera um efeito negativo de afastamento do Poder Judiciário para apreciar qualquer controvérsia relacionada ou decorrente do contrato firmado, há dois cenários distintos conforme os casos em que tal cláusula está prevista em um contrato de adesão regido pelo Código de Defesa do Consumidor e quando está inserida em um contrato regulado pelo Código Civil.

Nas relações de consumo, especificamente, na medida em que a cláusula compromissória constitui simplesmente mais uma das cláusulas presentes no contrato, sem nenhum cuidado especial, haverá a possibilidade do oblato optar por submeter eventual conflito à arbitragem, mas também poderá recorrer ao Poder Judiciário. Deste modo, a eficácia negativa da cláusula compromissória arbitral em relação ao oblato está dependente de um elemento posterior, isto é que seja requerida a instauração do procedimento arbitral pelo oblato (ou, ao menos, que o oblato concorde expressamente com tal instauração).

A inserção da cláusula arbitral no contrato de adesão, a seu turno, vincula o peticionante desde o momento da celebração do pacto, de modo que, caso o oblato solicite a instituição da arbitragem, o peticionante não terá outra

opção senão aceitar o pedido. Neste cenário, a cláusula compromissória produz normalmente os seus efeitos.

Porém, o policitante, tido como a parte economicamente mais forte não poderá fazer uso da cláusula compromissória para sustentar a exclusividade da arbitragem, pois a eficácia desta cláusula está vinculada, neste contexto, a um requisito, ou seja, a vontade do oblato, que, caso não seja verificada, tornará a cláusula arbitral ineficaz.

Assim, nos contratos de transporte marítimo de carga, a simples inclusão da cláusula arbitral em um contrato padronizado é insuficiente para tornar obrigatória, para ambas as partes, a instauração de uma arbitragem.

2 A POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA AS DIFICULDADES PARA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA.

Os contratos de transporte marítimo de carga, enquanto contratos de adesão, não podem, simplesmente, ter a cláusula compromissória arbitral disposta de qualquer forma em seu texto, pois a Lei de Arbitragem prevê condições especiais para a inserção do compromisso arbitral nos contratos de adesão. José Emílio Nunes Pinto (2010, p. 6), informa que

O sistema adotado pela legislação brasileira representa um crescendo quanto às providências elencadas. Nem sempre, a cláusula compromissória é elaborada com o cuidado que se requer, o que poderá impedir que se aplique automaticamente as providências contidas no art. 5.º. Nesses casos, o descuido pode dar lugar às denominadas cláusulas vazias ou às cláusulas patológicas. Terminologia à parte, a verdade é que, nesses casos, a simples existência da cláusula compromissória não é suficiente para que se institua o procedimento arbitral, sendo então necessário que se recorra ao compromisso para que se assegure a regularidade do procedimento e se proteja a sentença arbitral livre de quaisquer vícios que poderiam, se assim não fosse dar lugar a causas de anulação futura. Vale sempre ressaltar que, muito embora o art. 32 da Lei de Arbitragem se refira à nulidade da sentença arbitral, a doutrina entende que os casos ali mencionados constituem hipóteses de anulação e não de nulidade.

Se no momento da celebração do contrato a opção da arbitragem estiver contida em documento escrito, com letras em negrito, anexo ao contrato contendo a assinatura, ou a parte hipossuficiente ou aderente tiver apostado visto especial em relação à mesma cláusula, a cláusula compromissória terá eficácia desde a data da celebração do contrato, dela decorrendo integralmente os seus efeitos, negativo e positivo, retirando do oblato o poder de decisão pela solução da controvérsia através da jurisdição estatal, caso surja um conflito. Nesse sentido, Márcio Martins Bonilha (2004, p. 1):

Na arbitragem, prevalece o princípio da ampla autonomia da vontade, cuja manifestação, em tema de direito disponível, é

firmemente respeitada, impondo-se a obediência à regra do pacta sunt servanda

Márcio Martins Bonilha (2004, p. 2) prossegue afirmando que

Existindo cláusula compromissória cheia e firmada livremente pelos contratantes, em relação a certo contrato ou determinado negócio, com escolha de instituição de arbitragem e do seu regulamento, a providência excepcional a que se refere o art. 7.º da Lei 9.307/1996 é inteiramente desnecessária, por isso que o procedimento judicial nele previsto, para efeito de lavratura de compromisso, é inaplicável à hipótese.

Nesse contexto, a existência de uma cláusula arbitral cheia exclui a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para buscar qualquer medida a fim de instaurar o procedimento arbitral.

A ministra Ellen Gracie, no julgamento do Agravo Regimental de Sentença Estrangeira 5.206-7-Reino da Espanha, explicou que

[...] negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedita de solução da controvérsia, mecanismo esse pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato em que inserida essa previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido considerada básica à formação da avença.

A arbitragem, ainda que possua efeitos jurisdicionais, decorrentes da própria lei que a institui, possui origem no direito privado, de modo que os principais fundamentos da arbitragem são de direito civil. A arbitragem é um instrumento disponível – e não imposto – aos particulares para resolverem litígios de natureza patrimonial disponíveis. Assim, a submissão à arbitragem decorre de um pacto livremente firmado pelos próprios titulares do direito material discutido.

Em consequência, a opção pela arbitragem realizada pelas próprias partes denota um componente ético vinculante, estando todos os personagens da arbitragem ligados pela legítima confiança estabelecida na resolução do conflito.

2.1 A possibilidade da utilização de cláusula compromissória em termo apartado do contrato de transporte marítimo de carga

A Lei de Arbitragem, no § 4º, do artigo 4º, dispõe que

Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Logo, constata-se que não existe nenhuma vedação à inclusão de cláusula compromissória arbitral em contratos de adesão, como é o caso, por exemplo, do contrato de transporte marítimo de carga.

A Lei de Arbitragem regulamentou de forma específica como deve ser formulada a cláusula compromissória nos contratos de adesão, estabelecendo requisitos mais rigorosos, tais como a necessidade de ser formulada em documento anexo ou em negrito e a exigência de assinatura ou visto específico para essa cláusula, com a finalidade de cumprir o dever de informação ao aderente. (GOUVEIA, 2015. p. 3)

Para Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 592),

O legislador procurou contornar uma das principais críticas que usualmente se fazia à contratação da arbitragem, qual seja o abuso do poder econômico. A livre possibilidade de inserção da cláusula compromissória nos contratos com cláusulas predispostas poderia obstar o direito inarredável do aderente à composição do litígio pelo Poder Judiciário. Desse modo, há de ser considerada cláusula abusiva, portanto írrita, o pacto compromissório colocado em contrato de adesão sem que o aderente se manifeste por escrito em documento anexo, ou sem que a cláusula conste em destaque (em negrito, como reza a lei), de molde a dar pleno conhecimento, bem como possibilidade de ressalva ou recusa pelo aderente. Sem dúvida, esse aspecto dependerá de exame do caso concreto. Analisa-se, no sentido da lei, que a vontade do aderente deva ser livre e expressa quando admitir a arbitragem. Será válida, pois, a ressalva que fizer no contrato de adesão, não aceitando o compromisso.

O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça admite a mitigação do princípio da “kompetenz-kompetenz” apenas em casos excepcionais. Neste sentido, a ministra Nancy Andrighi já consignou que:

O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral patológico, isto é, claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula instituidora da arbitragem, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral⁹.

Deste modo, atendidos os requisitos diferenciados estabelecidos pela Lei de Arbitragem, não se pode retirar a eficácia do compromisso arbitral simplesmente porque a cláusula compromissória decorre de um contrato de adesão, sob pena de violação direta ao próprio texto normativo.

Dessa forma, tal como o posicionamento externado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁰, a análise da existência, validade e eficácia da cláusula arbitral, bem como do contrato que possui a referida cláusula, cabe, em um primeiro momento, ao próprio árbitro, em atenção ao parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem, de acordo com a qual

A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Ou seja, se a cláusula arbitral prevista em termo apartado ao contrato de adesão preencher todos requisitos estabelecidos pela lei, a instauração do procedimento arbitral prevalece em relação à jurisdição estatal. O Superior Tribunal de Justiça, sobre este tema, dispôs que:

DIREITO CIVIL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DA QUESTÃO AO JUÍZO ARBITRAL. A arguição de nulidade da cláusula arbitral deve ser submetida obrigatoriamente ao

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.602.076. Recorrente: Odontologia Noroeste Ltda. Recorrido: GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de setembro de 2016.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.550.260. Recorrente: Kreditanstalt Fur Wiederaufbau Bankengruppe. Recorrido: Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relator designado para acórdão: Minsitro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 12 de dezembro de 2017.

próprio árbitro antes da judicialização da questão, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/1996. O entendimento é aplicável indistintamente tanto à cláusula compromissória instituída em acordo judicial homologado quanto àquela firmada em contrato. O parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem determina que caberá ao árbitro decidir as questões referentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato como um todo. Assim, por expressa previsão legal, não pode a parte ajuizar ação anulatória para desconstituir acordo judicial homologado com base na nulidade da cláusula compromissória ali presente antes de submeter o assunto ao árbitro. Isso não significa que o Judiciário não poderá apreciar a questão em momento posterior; pois, segundo o art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem, poderá ser arguida a nulidade mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do CPC se houver execução judicial.¹¹

Assim, a inclusão da cláusula compromissória em um termo apartado, tal como prevê a Lei de Arbitragem, apresenta-se como uma solução juridicamente viável para utilização do procedimento arbitral. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça inclina-se para este mesmo entendimento:

A cláusula compromissória, por meio da qual as partes convencionam submeter eventuais e futuros litígios à arbitragem, é autônoma no tocante à relação contratual subjacente. Desse modo, o exame acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem não se confunde com o do contrato a que se relaciona. E, sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. É o que, claramente, dispõe o art. 4º da Lei n. 9.307/96, in verbis:

Art. 4º 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. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Segundo a lei de regência, a exigência de aposição de assinatura no documento em que inserta a cláusula

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.302.900. Relator: Minsitro Sidnei Beneti, Brasília, 09 de outubro de 2012.

compromissória dá-se apenas nos chamados “contratos de adesão” [...].¹²

Deste modo, há uma inequívoca viabilidade jurídica para se estipular o pacto arbitral através de um termo apartado ao contrato de transporte marítimo de carga, reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Superior responsável pela uniformização da interpretação das normas federais.

2.2 O contexto da utilização de cláusula compromissória em termo apartado do contrato de transporte marítimo de carga

O transportador marítimo, que, em regra, possui a capacidade de definir quais cláusulas irão compor o contrato de transporte a ser celebrado, torna inequívoca a sua preferência pela utilização do procedimento arbitral ao incluir o compromisso de arbitragem no contrato a ser aderido pelo expedidor.

Assim, para que não haja margem para discussões sobre a eficácia da convenção arbitral inserida em um contrato de adesão, deve-se observar os critérios especiais estabelecidos pela Lei de Arbitragem:

Artigo 4º, §2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Atendidos os requisitos legais, a cláusula compromissória presente em termo apartado produzirá todos os seus efeitos. O Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possuem entendimento pacífico sobre o tema, como se pode observar pelas ementas dos precedentes abaixo:

RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA
VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO

12 Recurso especial nº 1.569.422/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26 de abril de 2016, publicado em 20 de maio de 2016.

INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR).

APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO.

DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE DELEGA A TERCEIRO A SOLUÇÃO DE ESPECÍFICA CONTROVÉRSIA (VALOR DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA A SER ADQUIRIDA), CUJA DECISÃO SERIA FINAL, DEFINITIVA E ACATADA PELAS PARTES. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, AINDA QUE VAZIA, APTA A SUBTRAIR DO PODER JUDICIÁRIO O JULGAMENTO DA QUESTÃO. EFEITO NEGATIVO. OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória - em não se tratando de contrato de adesão -, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consintam.

1.1 De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que insere. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem.

2. Por meio da cláusula compromissória, as partes signatárias ajustam convenção de arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou não, advindos de uma relação contratual subjacente, cuja decisão a ser prolatada assume eficácia de sentença judicial. Desse modo, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes elegem um terceiro - o árbitro, que pode ser qualquer pessoa que detenha, naturalmente, a confiança das partes -, para dirimir, em definitivo, a controvérsia a ele submetida. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência / necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância – ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada.

2.2 Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.

2.3 No caso, para a específica divergência quanto aos valores das ações a serem adquiridas, as partes avençaram que a correlata decisão do terceiro / árbitro seria final, definitiva e aceita pelas partes, o que encerra, inarredavelmente, convenção de arbitragem, ainda que vazia, a merecer, necessariamente, o respaldo do Poder Judiciário. Para tal propósito, é irrelevante o termo utilizado na avença (“avaliador”, “arbitrador”, etc).

3. As demandadas reconhecem, sem qualquer ressalva, a obrigação de adquirir a participação acionária, assumida por ocasião do acordo de unificação das companhias de navegação, nos moldes dispostos na Primeira Carta a ele anexada, não se eximindo, é certo, de seu cumprimento. Pugnam, tão-somente, que se observe a integralidade das disposições inseridas na aludida correspondência, notadamente em relação ao valor das ações a serem adquiridas, no que reside propriamente a controvérsia, cuja solução, como visto, foi atribuída à arbitragem, de modo definitivo e irrevogável, de modo a subtrair do Poder Judiciário o julgamento da questão. Ressai evidenciado, no ponto, a própria ausência do interesse de agir.

3.1 A jurisdição estatal, caso haja resistência de qualquer das partes em implementar a arbitragem convencionada – o que, por ora, apenas se pode atribuir ao próprio demandante – poderá, como visto, ser acionada para o exclusivo propósito de efetivar a instauração da arbitragem, a quem caberá solver a controvérsia reservada pelas partes, conforme dispõe o art. 7º da Lei n. 9.307/96.

4. Recurso especial provido, para extinguir o processo sem julgamento de mérito.¹³

13 BRASIL. Recurso especial nº 1.569.422. Recorrente: Haakon Lorentzen. Recorrido: Hugo Pedro de Figueiredo. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 26 de abril de 2016.

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE FRANQUIA. INADIMPLENTO CONTRATUAL. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. Contrato de franquia elaborado pela embargada ao qual aderiu a embargante, franqueada. Convenção de arbitragem como causa de extinção sem resolução do mérito (art. 485, VII do CPC/15). Competência do juízo arbitral para apurar a validade, existência e eficácia da cláusula arbitral. Princípio da Kompetenz-Kompetenz. **Cláusula compromissória de arbitragem. Possibilidade de previsão em contrato de adesão, desde que observados os requisitos do art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96.** Exame pelo juízo estatal que se restringe à hipótese de "compromisso teratológico". Precedente do STJ. Embargante que não se insurge contra a validade ou eficácia da convenção. Validade incontroversa. Impossibilidade, portanto, de apreciação dos demais fatos e pedidos. Competência da Justiça arbitral para análise do feito. Sentença mantida. Recurso improvido¹⁴. (grifo acrescentado).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro compartilha deste entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DIREITO DOS CONTRATOS. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA ENTRE PARTICULAR E INCORPORADORA. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL COM O OBJETIVO DE EMPREGÁ-LO EM ATIVIDADE HOTELEIRA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO, UMA VEZ QUE A AUTORA ADQUIRIU O IMÓVEL PARA UTILIZÁ-LO NA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE EMPRESARIAL DE HOTELARIA, COM O INTUITO DE LUCRO. ENUNCIADO Nº 84, DO AVISO TJ N. 15. **CONTRATO DE ADESÃO. EXIGÊNCIA DE REQUISITOS DA LEI FEDERAL 9.307/96 PARA ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULA ARBITRAL. COMPROMISSO ARBITRAL, EM CONTRATO DE ADESÃO, SEM A ANUÊNCIA EXPRESSA DO ADERENTE A ESTE TÍTULO, DEVE SER RECONHECIDO COMO INVÁLIDO.** PRELIMINAR DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM QUE NÃO DEVE SER ACOLHIDA. PARTE AUTORA QUE ADIMPLIU 34 (TRINTA E QUATRO) DAS 38 (TRINTA E OITO) PARCELAS DEVIDAS. PERCENTUAL DE RETENÇÃO PELO PROMITENTE VENDEDOR DE 10% QUE SE MANTÉM. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE NÃO MERECE REFORMA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO¹⁵. (grifo acrescentado).

14 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1117297-46.2016.8.26.0100,. Relator: Desembargador Hamid Bdine, São Paulo, 23 de maio de 2018.

Como o transportador marítimo não terá nenhum ônus com a inclusão da cláusula compromissória arbitral em um termo apartado ao conhecimento de embarque, pode-se concluir que, de tal forma, estarão atendidos os requisitos legais, sendo esta a solução viável para garantir a validade da cláusula compromissória e a instauração da arbitragem.

CONCLUSÃO

Como se viu, a arbitragem, enquanto meio alternativo para solução de controvérsias, é método capaz de suprir os problemas apresentados pelo modelo jurisdicional adotado pelo Estado.

Não por outro motivo deve a cláusula compromissória arbitral ser introduzida nos padronizados contratos de transporte marítimo, notadamente os de carga, que é a “espinha dorsal” da economia global, de acordo com então secretário-geral da Organização das Nações Unidas, Ban Ki-moon¹⁶.

Porém, a simples inserção da cláusula arbitral no contrato de adesão não é apta a produzir seus efeitos positivo e negativo de atração da competência do juízo arbitral e o conseqüente afastamento da jurisdição estatal, pois a ausência de manifestação de vontade expressa do aderente viola não só a própria Lei de Arbitragem brasileira, como também a Constituição da República de 1988.

Assim, em um primeiro momento pode-se concluir que o padronizado contrato de transporte marítimo de carga largamente utilizado no comércio nacional e internacional não atende aos requisitos necessários para a instauração do procedimento arbitral.

No entanto, as restrições impostas à cláusula compromissória nos contratos de adesão não quer dizer, de forma alguma, que a arbitragem não possa neles ser utilizada. Afinal, se assim o fosse, não haveria a necessidade da própria Lei de Arbitragem, no §2º de seu artigo 4º, dispor sobre as condições especiais que devem ser atendidas quando da celebração do compromisso arbitral.

Nesse contexto, a inclusão da cláusula compromissória arbitral em um termo apartado ao contrato de transporte marítimo de carga surge como uma solução para atender ao interesse do proponente em utilizar a arbitragem para dirimir os eventuais conflitos decorrentes do contrato celebrado sem abrir espaço para discussões acerca da (in)validade da convenção realizada.

De todo modo, o aderente apesar de não poder discutir e tampouco modificar substancialmente a cláusula arbitral inserida em um termo apartado,

16 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/transporte-maritimo-e-espinha-dorsal-da-economia-global-diz-onu-em-data-especial/>>. Acesso em 27 maio 2018.

tem a opção de assinar ou não o termo anexo ao contrato de adesão. No entanto, se o assinar, o oblato terá decidido, de forma inequívoca e em manifestação da sua livre autonomia privada, que não poderá recorrer ao Poder Judiciário para solucionar eventual litígio oriundo do contrato celebrado.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, p. 13-21, 2006.

BONILHA, Márcio Martins. Do efeito vinculante da cláusula arbitral. *Revista de arbitragem e mediação*, v. 3, 2004.

CABRAL, Maurício Pereira et al. DEMURRAGE: A Sobre-estadia de Contêiner no Transporte Marítimo Internacional. 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CREMONEZE, Paulo Henrique. A invalidade do compromisso arbitral nos contratos internacionais de transportes marítimos de cargas.

DA SILVA, JOÃO MARÇAL RODRIGUES MARTINS. A Extensão dos Efeitos da Cláusula de Arbitragem para Partes não Signatárias.

DE ARAUJO, Nadia; E SOUZA JR, Gama. Arbitragem Internacional nos Contextos Interamericano e Brasileiro, *A. Rev. Bras. Arb.*, p. 69, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: vol. 3: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. 2012.

GAMA, Mariana Casati Nogueira da et al. O regime jurídico do contrato de transporte marítimo de mercadorias. 2005.

GONÇALVES, Eduardo Damião; MAGALHÃES, José Carlos de. Arbitrabilidade objetiva. 2008. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. Arbitragem em contratos: análise econômica. Nova Lima, 2010.

GOUVEIA, Bruno Paiva. A possibilidade de utilização da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo relações de consumo e os princípios do código de defesa do consumidor.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, 2013.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Curso de Direito Civil. Direito dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol. III: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINTO, José Emilio Nunes. Contrato de adesão. Cláusula compromissória. Aplicação do princípio da boa-fé. A convenção arbitral como elemento de equação econômico-financeira do contrato.

PLATCHEK, Ricardo Moisés de Almeida et al. Limites e possibilidades de aplicação do código de defesa do consumidor ao contrato de transporte marítimo. 2007.

REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. Cláusulas arbitrais patológicas e cuidados na redação de cláusulas compromissórias. 2017. Tese de Doutorado.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem, confiança e boa-fé: a autoridade do pacto ético entre os sujeitos da arbitragem. Revista da Faculdade de Direito Uniritter, v. 1, n. 13, 2015.