



NOTAS EM TORNO DA ARBITRAGEM

*Juvêncio Vasconcelos Viana*¹

RESUMO

A arbitragem é meio de resolução de conflitos envolvendo um ou mais terceiros imparciais, escolhidos pelas partes em conflito, ante as quais sua decisão é vinculante.

Palavras-chave

Processual. Constitucional. Arbitragem

ABSTRACT

Arbitration is a method of dispute resolution involving one or more neutral third parties who are chosen by the disputing parties and whose decision is binding.

Key-words

Procedural. Constitutional. Arbitration

1. INTRODUÇÃO.

Quando, modernamente, discorre-se acerca dos diversos meios de solução dos conflitos, a palavra de ordem há de ser “convivência”; convivência, entenda-se, a mais harmoniosa possível entre a solução oficial (*jurisdição estatal*) e os meios alternativos de composição das lides.

Não é de agora que a doutrina se preocupa com esse tema. É cada vez mais crescente a “onda” dos chamados *ADR’s* (*Alternative Dispute Resolution*). Trata-se de um movimento moderno que, no final, se vale de antigos e conhecidos meios de solução dos conflitos.

A demora na entrega da prestação jurisdicional - todos sabem - não traz nenhum bem à coletividade, seja sob o aspecto social, psicológico ou mesmo econômico.

A morosidade dos processos civis e comerciais repercute, como é sabido, desfavoravelmente na produção e nos investimentos de capitais, paralisando

¹ Advogado, Procurador do Estado do Ceará. Professor da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito Processual pela USP.

atividades, gerando gastos improdutivos e ocasionando perdas econômicas significativas. A justiça lenta deixa de ser justa. A morosidade na tramitação das causas submetidas aos tribunais gera na população sentimentos de insegurança jurídica e de desapego frente às instituições públicas que devem garantir seus direitos. O sentimento de cidadania se enfraquece e o resultado do inconformismo nem sempre é o mais salutar. A justiça que chega atrasada deixa de ser justa.²

A busca desses meios alternativos, com tamanha intensidade, tem a ver, pois, não somente com o próprio fenômeno da demora da prestação jurisdicional, mas também com uma apontada incapacidade do Judiciário de dirimir com eficiência determinados conflitos e, ainda, um certo ressurgir de idéias do liberalismo, autonomia da vontade etc.

Ainda hoje, uma das mais destacadas manifestações de autonomia – entendida não como margem de liberdade concedida e regulada pelo Estado, mas como capacidade de determinar-se e organizar-se independentemente das suas leis – é aquela pela qual muitos grupos prevêem, no seu seio, uma justiça arbitral que se desenvolve de fato (segundo regras de procedimento e de juízo peculiar pelo menos) e se afirma em virtude da própria autoridade do grupo, dos seus membros e do respeito a eles.³

Contudo, apesar daquela necessária idéia de boa convivência, muitas vezes nos encontramos diante de (sérios) óbices à efetividade daqueles meios alternativos de composição das lides.

Dentre aqueles, dê-se especial destaque aos obstáculos de natureza cultural e intelectual.

Não se pode ignorar que, ainda hoje em dia, a formação que se dá nos bancos de nossas Faculdades de Direito é a *formação jurídica adversarial*, mostrando o processo judicial aos acadêmicos como sendo uma espécie de “arena de astúcias”.

Daí dizer Pedro A. Batista Martins⁴ que “os advogados se formam, se deformam e se conformam com o contencioso”.

De todo conveniente, sem dúvida, repensar-se os currículos jurídicos, submetendo-os à necessária revisão, incluindo ali disciplinas que versem adequadamente sobre tais meios alternativos.

Há também o obstáculo da falta de informação. O cidadão, potencial destinatário e usuário de tais meios, tem que saber da existência dos mesmos.

² BASSO, Maristela, Ampliação do uso da Arbitragem – A revitalização da Arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente. *Revista da XVI Conferência Nacional dos Advogados*. OAB Nacional, p. 16.

³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif, São Paulo: Bookseller, 2006, p. 567.

⁴ *Invocando lição do Des. Cláudio Vianna de Lima*.

É preciso dar-se conhecimento da instituição e da mecânica de tais meios alternativos à população.

Todos os meios de solução dos conflitos devem ser amplamente difundidos, seu funcionamento deve ser explicado em linguagem acessível a todos, devem ser abolidas a linguagem complicada e a nomenclatura ultrapassada e sem sentido. Essa postura é exigível da própria atividade estatal da jurisdição, pois sabe-se que um dos obstáculos ao acesso à justiça é justamente o excesso de tecnicismo, que provoca um imenso abismo entre o cidadão e o Estado.⁵

Especificamente quanto ao juízo arbitral (tema que vai nos interessar), costuma-se dizer que falta nos operadores uma “*cultura da arbitragem*”.

Existe, mesmo no plano doutrinário, posição negativa ao efetivo emprego de tal via.

Para Pontes de Miranda, por exemplo, o juízo arbitral “é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo”.⁶

O juízo arbitral não teria criado “raízes firmes na prática do nosso direito interno”.⁷ O Brasil, “talvez por força de suas vinculações com o *civil law* e pela sua herança cultural portuguesa, a ela [*arbitragem*] sempre se mostrou arredo, assim como à solução por equidade, de inegável sucesso nos países mais desenvolvidos”.⁸

Uma insatisfatória regulamentação do instituto – que a Lei 9.307/96 procurou resolver (*v. infra*) – também era apontada como uma séria causa àquela maneira (negativa) de pensar.

Passando, agora, para uma ótica mais otimista sobre o tema, é de se destacar que a arbitragem investe exatamente contra obstáculos comuns à efetiva prestação jurisdicional – lentidão, alto custo do processo, ritualismos etc.

Costuma-se apontar como vantagens dessa técnica, comparativamente à jurisdição estatal:

a) privacidade ou confidencialidade (o conteúdo da arbitragem fica circunscrito às partes e aos árbitros); b) melhor propicia o alcance da conciliação; c) celeridade; d) especialização do árbitro; e) possibilidade do emprego de equidade; f) confiança (o “juiz” é eleito pelas partes).

⁵ CALMOS, Petrónio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 164.

⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XV. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 344.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Arbitragem: perspectivas.*, *Revista Consulex*, Ano I, n. 10, out/1997, p. 32.

⁸ TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. *Revista do Advogado*, n. 51, AASF, out/1997, p. 16.

A arbitragem surge como interessante meio heterocompositivo (infra) de solução de controvérsias.⁹ Contudo, alerta-se que, embora “o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro”.¹⁰

A opção pela via arbitral há de ser consciente. Implica na análise e ponderação de diversos aspectos, que vão desde os de ordem prática (v.g., boa logística para prática dos atos procedimentais) até os de natureza jurídica.

Por exemplo, a escolha da *sede* do juízo arbitral traz repercussão para:

- (i) a definição de nacionalidade do laudo com reflexos na execução;
- (ii) definição da competência do Judiciário para controle do laudo via ação de nulidade;
- (iii) a lei da sede tem papel subsidiário para regular a validade da convenção arbitral;
- e (iv) a lei da sede também desempenha papel importante nas disposições procedimentais imperativas.¹¹

Dessa forma, ao optar-se pela via do juízo arbitral, é preciso que os interessados, previamente, estudem os custos, verifiquem a especialização dos árbitros e tudo mais a se colocar no compromisso, afim de não se ter surpresas mais adiante.

2. O CONTEXTO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS.

Como dito, o emprego e a sistematização na ordem jurídica de tais meios alternativos é algo moderno e cada vez mais crescente.

Antigas vias são abraçadas pelo direito positivo e, ainda, objeto de reforma e ampliação de seu alcance.

Existem vias autônomas e heterônomas. Essa uma classificação doutrinária que toma por critério a *titularidade do poder de decidir* o conflito. Assim, se

o titular do poder de decidir são as partes, individual ou conjuntamente, temos a *autonomia* [autotutela; autocomposição:

⁹ É comumente utilizado entre particulares, mas é crescente a proposição de seu emprego para solução de conflitos oriundos de contratos com a Administração. O processo arbitral nesse caso teria suas dificuldades (publicidade dos atos da administração [iria embora o sigilo], legalidade [que atrapalharia o emprego da equidade], indisponibilidade de seus interesses, prerrogativas processuais), podendo gerar um emperramento do instituto em tais casos. “A cláusula compromissória que viesse a ser incluída em contratos com a Administração Pública, em consequência, teria de vir recheada de limitações que, a pretexto de viabilizar a utilização da jurisdição arbitral, acabariam por minimizar as proclamadas vantagens oferecidas por esse meio alternativo de solução de controvérsias”. (DINAMARCO, Julia Raquel de Queiroz, Arbitragem e Administração Pública. *Revista do Advogado*, n. 51, AASP, out/1997, p. 56).

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988, p. 82.

¹¹ BRAGHETTA, Adriana, A escolha da sede na arbitragem. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 10.

negociação, conciliação, mediação]. Se o titular desse poder é um terceiro, temos a *heteronomia*. ... A heteronomia é modo de tratamento dos conflitos em que a decisão é produto de um terceiro, que não auxilia nem representa as partes em conflito [arbitragem e jurisdição estatal].¹²

Vejamos, em rápida amostragem, manifestações dessas vias no direito positivo, especialmente com as inovações trazidas pela reforma processual brasileira.

Recorde-se, por exemplo, que o *instrumento de transação referendado pelos advogados dos transatores* (inc. II, art. 585, parte final, CPC) foi colocado como modalidade de título executivo extrajudicial.

Normas dessa natureza servem para demonstrar que o advogado, modernamente, precisa estar também preparado para esse tipo de atuação autocompositiva, em mesas de negociação etc.

Como ressaltamos, os advogados se preparam normalmente para a advocacia contenciosa. Pior, em algumas situações, até tendem a tomar para si o litígio das partes. Esquecem que a busca de uma solução amigável ao conflito é também papel seu, como bem enfatiza o Código de Ética da Advocacia. Consta ali que constitui dever do advogado "... estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios" (art. 2º, pr. único, VI).

Lembremos, ainda, que alguns protagonistas importantes desses meios alternativos serão buscados exatamente na classe dos advogados, v.g., os juízes leigos (art. 7º, Lei 9.099/95) e os mediadores judiciais.¹³

Especificamente quanto à *arbitragem*, também se tem previsão legal da possibilidade de atuação do advogado (§3º, art. 21, LArb).

Nesse território, além dos cuidados com a confecção da convenção de arbitragem ou mesmo com a adequada instalação do juízo arbitral, não pode o advogado esquecer, mais do que nunca, de seus deveres éticos, que não caberão excessos de litigiosidade. Ou seja, a postura do advogado, em tal sede, não deve ter aquele comum tom belicoso, impõe-se, mais que nunca, boa fé e espírito conciliador, esclarecendo ao cliente que ali não cabem recursos ou outros expedientes puramente procrastinatórios.

O advogado deve estar preparado, portanto, para esse novo tipo de advocacia, que exige, de igual, novo paradigma de conduta.

É preciso que o advogado estude técnicas de negociação. Buscar uma via autocompositiva não significa estar despreparado para tratar o conflito. Da

¹² ROCHA, Jose de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 28-29.

¹³ Os quais serão colhidos entre advogados com 3 anos de experiência, como se prevê em projeto de lei que regulamentará o instituto.

mesma forma quando vai entrar em juízo, também tem que se estar preparado tecnicamente para o manejo da negociação.¹⁴

É importante saber transmitir ao cliente as vantagens da negociação, que buscá-la não significa, de forma alguma, sinal de fraqueza. É conveniente ainda mostrar ao cliente, inclusive, que a bem sucedida negociação virá como algo fruto do trabalho do profissional.¹⁵ Seguindo, vamos à *conciliação*. Essa é antigo instituto do direito processual. Mais do que nunca, o legislador tem-se preocupado em mostrar que aquela constitui relevante papel entregue ao Judiciário, que o juiz tem participação fundamental e conclusiva em tal atividade.

Quanto à conciliação, convém lembrar toda uma evolução do instituto, desde a previsão legal de um momento único na fase inicial da audiência de instrução e julgamento, até a possibilidade moderna de tentá-la a qualquer momento.

Primeiro, o art. 125, IV, CPC, o qual permite o juiz “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. É preciso que essa norma não seja interpretada ao extremo e que juizes, por exemplo, ao despachar iniciais de procedimento ordinário não venham, de logo, designando sessão de conciliação, numa espécie de sumarização do procedimento padrão, em todo e qualquer caso, independente de captar clima favorável ou não a tal tentativa.

É, ainda, exatamente com base em tal dispositivo que alguns tribunais da nação têm montado “mesas de conciliação”, levando apelações e agravos a um momento de tentativa de conciliação em segundo grau. Extremamente louvável a iniciativa. Contudo, é importante tomar alguns cuidados práticos para evitar que esse poder conciliatório não funcione, ali, como medida de retardo dos processos. Faz-se necessária, por exemplo, uma adequada triagem dos feitos, para que não sejam levados à mesa processos que não comportam conciliação ou que as partes definitivamente não a queiram. Mais ainda, frustrada que seja essa iniciativa, deve o processo retornar exatamente para a mesma posição anterior da fila, mantendo sua expectativa cronológica de julgamento.

Segundo, temos a *sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo*, como título executivo judicial (art. 475-N, III, CPC).

Essa foi uma previsão bem útil e interessante. Evita que, solucionada que fosse a lide *em parte*, as mesmas partes voltassem, mais uma vez, perante o

¹⁴ Cf. NASCIMENTO, Alessandra Gomes do. *Técnicas de Negociação para Advogados*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12-13.

¹⁵ Até para mostrar-se o cabimento da adequada remuneração. Vale notar que tabelas de honorários de algumas Seccionais da OAB-CE precisam ser revistas para conter norma mais atual e específica acerca dessa advocacia autocompositiva. Há, em algumas normas, quando muito, cláusula genérica de “intervenção para a solução amigável de qualquer pendência”. Em termos práticos, o que importa é que tal remuneração seja proporcional ao benefício (resultado satisfatório, celeridade na solução do conflito) que a atuação do advogado traz para o cliente.

Judiciário para duelar por outros pontos da mesma lide, não apresentados no processo extinto. Compondo-se a lide integralmente mediante o ato transaccional, devidamente homologado esse, evita-se que aquelas mesmas partes voltem a demandar por outros aspectos e fundamentos que não estivessem naquela ação proposta. Com toda essa amplitude conciliatória, evita-se a perpetuação do conflito por um ou outro ponto específico e, mais importante, alcança-se, com eficiência, o escopo pacificador da jurisdição.

Por fim, temos, também como título executivo, o *acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente*. Vem na mesma linha do exemplo anterior, fruto de uma boa experiência inicial ainda nos *Juizados de Pequenas Causas*.¹⁶ A idéia foi mantida na Lei dos Juizados Especiais (art. 57, LJE) e, agora, repetida no CPC (art. 475-N, V).¹⁷ A redação da atual norma do código é mais ampla que a regra do Juizado.

O ato trazido à homologação poderá ter diferentes conteúdos (renúncia, concessões recíprocas). Diz a lei que pode ser um acordo de *qualquer natureza ou valor*. Basta que o acordo seja levado ao *juízo competente*, como ali se prevê. Esse será aquele órgão definido pelas normas de competência aplicáveis (CPC, leis de organização judiciária). A homologação de tal acordo vale como título executivo *judicial*.¹⁸ Isso naturalmente diminui as possibilidades de impugnação oponíveis em sua execução. Não fosse tal homologação, no máximo, contaríamos com um título extrajudicial (inc. II, art. 585, CPC).

É preciso que o magistrado tenha o conhecimento e habilidade necessária no emprego desses amplos poderes. Muitos desses operadores são bacharéis oriundos daquela formação adversarial de que falamos. É fundamental que o juiz (ou mesmo o conciliador que lhe auxilia)¹⁹ não trate a audiência de conciliação como uma “perda de tempo”. Já se disse que “tanto maior é a possibilidade de êxito na conciliação quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta” (Chiovenda).

A *mediação*, por sua vez, é a *atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual*.²⁰

É, como dito, uma “*atividade técnica*”, algo que revela o aspecto profissional da função. Há um terceiro imparcial, mas não é esse que profere a solução do

¹⁶ Foi uma grande inovação à época (década de 80) porque, na disciplina comum (CPC), somente se conhecia a homologação de acordo trazido na pendência do processo, para extingui-lo “com julgamento de mérito” (incs. II, III e V, art. 269).

¹⁷ A demonstrar que não se cuida, exatamente, de uma inovação.

¹⁸ É claro, desde que traga os requisitos para isso: uma prestação a cumprir; obrigação com certeza, liquidez etc.

¹⁹ Aliás, é fundamental que o Tribunal de Justiça faça boa seleção e treinamento de pessoas que se coloquem como efetivamente preparadas para tal encargo.

²⁰ Conceito extraído do projeto de lei acerca do tema.

conflito;²¹ esse não tem poder de decisão acerca do conflito, apenas ajuda os envolvidos a alcançarem a tal solução.

Envolve todo um procedimento voluntário e confidencial, com método próprio e informal.²² A mediação propriamente dita conta com:

Abertura – ... Faz-se a colocação das regras do procedimento. O mediador ouve cuidadosamente os mediados. ...

Investigação – aqui aborda-se profundamente o conflito buscando suas causas e genealogia.

Levantamento das opções - ... Levantam-se as necessidades e os desejos de cada um, sem haver, num primeiro momento, compromisso com a aplicabilidade das alternativas.

Negociação das opções - ... É o momento em que aspectos da realidade e da possibilidade de cada mediando são levados em consideração. Concessões são feitas dentro do espírito de ganhos mútuos.

Agenda – compromissos parciais e provisórios podem ser feitos com o objetivo de testar se as alternativas acordadas realmente funcionam na prática.

Fechamento – testadas as alternativas na prática (quando for o caso), é feito o acordo, e o caso volta aos advogados, que farão a redação e o adequado encaminhamento jurídico²³

Vê-se, pois que cabe ao mediador investigar, levantar opções e proceder negociação (negociação das opções levantadas; verificação da exequibilidade dessas). Observe-se que a *negociação* acaba sendo meio de consecução da *mediação*; técnicas daquela chegam em prol dessa.

Há certa confusão entre *conciliação e mediação*. Alguns vão dizer que simplesmente não há qualquer diferença ou que essa é pura filigrana. Outros vão dizer que uma e outra servem a modalidades diferentes de conflitos. A conciliação seria voltada mais para conflitos “pontuais”; mediação, uma via mais adequada para conflitos “permanentes”, que se projetam no tempo (v.g, direito de família, parcerias comerciais, sociedades).

Há também quem encontre diferenças a partir de critérios de finalidade, método e vínculos:

Quanto à finalidade, observa-se que a mediação visa resolver com abrangência o conflito entre os envolvidos, ou na linguagem de CARNELUTTI, visa por fim à lide sociológica. Por seu turno, a

²¹ Não necessariamente apenas um terceiro. Conforme a situação, pode haver uma “co-mediação”, o auxílio de um outro mediador (especialista).

²² Cogita-se também da denominada “mediação paraprocessual”. Trata-se da conhecida via alternativa, com todas as suas marcas principais, mas contando com o incentivo e controle judicial.

²³ NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 132.

conciliação possui escopo menos ambicioso, contentando-se em resolver o litígio conforme seus pontos elementares, ou seja, as posições apresentadas pelos envolvidos. ... Quanto ao método, em poucas palavras pode-se afirmar que o conciliador assume posição mais participativa, podendo chegar a apresentar uma fórmula de autocomposição, ou seja, pode sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente com elas a este respeito. Já o mediador jamais interfere nos termos do acordo, devendo abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, procurando não se manifestar sobre as propostas apresentadas pelos envolvidos. ... Por último, o critério dos vínculos, em que se avalia a eventual ligação de determinado mecanismo com alguma estrutura preexistente. Por esse critério distinguem-se mediação e conciliação, porquanto esta é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada pelo próprio juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerce a função específica de conciliador. ... Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos poderes públicos.²⁴

Agora, a arbitragem.

3. ARBITRAGEM E SEUS ANTIGOS PROBLEMAS.

A arbitragem aparece como forma (meio alternativo) de *resolver conflitos* civis, de dirimir controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, por meio de terceiro(s) escolhido(s) pelas partes, os quais recebem seus poderes através de uma convenção privada, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das decisões proferidas no Judiciário.

Sempre se discutiu qual ramo do direito regularia o compromisso arbitral, peça fundamental dessa via, entendendo alguns cuidar-se de matéria processual, outros colocando aquele no campo do direito substancial.

Prende-o ao direito material o fato de nascer o compromisso arbitral de um acordo de vontades, para fugir à jurisdição comum, ou ordinária, isto é, ao trato das controvérsias por seus juízes e em obediência total ao seu processo. Liga-se o compromisso ao Direito Processual pelo fato de ser dele a disciplina do juízo arbitral.²⁵

Exatamente por isso o sistema brasileiro, por muito tempo, teve o tratamento simultâneo da matéria no CC e no CPC. Um instituto *bifronte*, pois. Um “*negocio jurídico processual*”, na dicção de outros.

Pois bem, no sistema anterior, regido pelo Código Civil e Código de

²⁴ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 111-112.

²⁵ MORAES E BARROS, Hamilton de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 461.

Processo Civil, tínhamos ao menos dois sérios problemas em relação à arbitragem: primeiro, a falta de um adequado tratamento à denominada cláusula arbitral ou cláusula compromissória; segundo, a exigência de homologação judicial posterior em relação à decisão do árbitro (então denominada *laudo arbitral*).

Era uma disciplina, como dito, insatisfatória, que não atendia aos principais objetivos (e vantagens) do instituto.

Depois de algumas tentativas e elaboração sucessiva de anteprojetos, veio iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco (1991), com o lançamento da *Operação Arbiter*, a qual acabou contando com a colaboração e conagração de diversas outras instituições empresariais e acadêmicas.²⁶

Veio, no final, a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LArb), a qual procurou atuar sobre aqueles “pontos crônicos” (v. infra).

4. ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO TEMA.

A chegada Lei 9.037/96 trouxe à tona, mais uma vez, a questão da constitucionalidade do juízo arbitral. O problema, como dito, não era novo²⁷ e foi *reaquecido* pelo advento da LArb.

O principal questionamento acerca de arbitragem diz respeito, exatamente, à sua confrontação com o princípio do acesso à jurisdição (ou da “inafastabilidade do controle jurisdicional”, como preferem outros), reforçado que foi com a Constituição de 1988 (inc. XXXV, art. 5º, Const.).

Não há inconstitucionalidade na espécie, adiantamo-nos em dizer.

Primeiro, é de se ver que a Constituição garante – e não impõe – ao cidadão o acesso à justiça, o juiz natural etc.. Havendo o conflito, nada impede o cidadão, no campo da disponibilidade, buscar outra via que não a judiciária para resolver o seu conflito. Nesse sentido, pronuncia-se Carmona: “Em síntese apertada, a norma inserida na Constituição Federal (art. 5º, XXXV) encarta uma proibição dirigida ao legislador, e não àqueles que precisam resolver um litígio”.²⁸

Segundo Hamilton de Moraes e Barros, seria erro grosseiro dizer-se que a Constituição proíbe o juízo arbitral. Na verdade, ela até estimula o emprego de tal via (vide art. 114, §1º, Const.).

O que as Constituições não admitem, nem toleram, é que os indivíduos e pessoas, ainda que queiram, não possam recorrer ao Poder Judiciário, porque a lei tenha fechado esse caminho. Ao prever o

²⁶ Acerca das diversas tentativas de elaboração legislativa até a chegada a vigente lei da Arbitragem, cf. TEIXERA, S. op. cit. p. 12-14.

²⁷ Pela inconstitucionalidade da via arbitral, cf. LIMA, Alcides Mendonça. O juízo arbitral e o art. 150, § 4o. da Constituição de 1967, RT 402/9-14.

²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 257.

juízo arbitral e ao discipliná-lo, não está a lei excluindo a lesão ao direito individual, ou pessoal, da apreciação ao Poder Judiciário. Está, apenas, oferecendo às pessoas mais um meio – facultativo – de acertarem as suas relações²⁹

Nery Junior, pela sua vez, afirma que,

O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade, é a exclusão, *pela lei*, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estadual, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral.³⁰

A lei seria inconstitucional se a arbitragem fosse obrigatória, vedando o acesso ao Judiciário. Furtado e Bulos ensinam que “ninguém obriga outrem a usar a arbitragem. Ela é uma *opção*, uma faculdade a mais posta a serviço dos sujeitos, jamais uma imposição, um dever, uma exigência”.³¹

José de Albuquerque Rocha faz distinção oportuna entre o conceito de poder e o de exercício do poder, recordando que uma pessoa pode ser titular de poderes e não ter o seu exercício ou deferi-los a terceiro.

Assim, arremata o professor,

é justamente isso que acontece com a jurisdição: o Estado é seu titular, mas defere seu exercício a agentes privados, constituindo a instituição da arbitragem que, portanto, não nega o monopólio da titularidade da jurisdição pelo Estado, pois o que este transfere ao árbitro é, repetimos, apenas o exercício do poder e não sua titularidade que permanece privativa do Poder Público.³²

A rigor, *não é a lei que exclui da apreciação do Poder Judiciário a “lesão de direito”*, mas sim as próprias partes, por manifestação inequívoca de sua vontade em sede da convenção de arbitragem.

É de se registrar que aquela técnica *alternativa* (atente-se para tal qualidade) de solução dos conflitos somente será utilizada por partes *capazes* e em casos de direito patrimonial *disponível* (art. 1º, LArb), *v. infra*.

Ora, tão disponível quanto o direito é a *ação* que instrumentaliza a tutela desse mesmo direito.³³

²⁹ MORAES E BARROS, H. op. cit. p. 464.

³⁰ NERY, JUNIOR, Nery. *Princípios do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 77.

³¹ FURTADO, Paulo Furtado. BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9.

³² ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *A lei de arbitragem*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 29.

³³ Se o titular do direito “pode renunciar ao direito (princípio da autonomia da vontade), com maior razão pode renunciar a seu exercício eventual por intermédio do Judiciário. Aplica-se ao caso o princípio lógico dos poderes implícitos: quem pode o mais (renunciar ao direito) pode o menos (renunciar a uma forma de exercício do direito)” (ROCHA, J. op. cit. (1998) p. 30).

Assim, as partes não vão “obrigadas” ao juízo arbitral. Se assim fosse – ou seja, se tal via fosse única e obrigatória – aí sim, nos depararíamos, como dito, com inconstitucionalidade da disciplina do instituto.

Decerto a vulneraria [a *garantia do acesso à jurisdição*] se tornasse obrigatória a utilização da arbitragem, cortando às partes, mesmo contra a vontade delas, o acesso à Justiça estatal. *São elas mesmas, porém, que acordam voluntariamente submeter a árbitro, o litígio.*³⁴

A parte não vai “coagida” à via do juízo arbitral; vai porque assim pactuou previamente, através de um *ato jurídico perfeito*,³⁵ irradiador de certos efeitos. Furtado e Bulos acrescentam que “o que não é possível deixar de existir é a certeza e a segurança daquilo que foi decidido em comum acordo, frise-se bem”.³⁶

Ademais, a intervenção do Poder Judiciário não está excluída por completo.

Ela não ocorrerá – é certo – quanto à substância do julgamento do árbitro. Contudo, eventual ilegalidade praticada pelo árbitro permite controle pelo Poder Judiciário.

A *LArb* traz situações nas quais a sentença arbitral é reputada nula, podendo a parte interessada pugnar esse reconhecimento judicial (arts. 32 e 33, *LArb*). Não bastasse isto, há diversos outros momentos na legislação de intersecção (necessária relação) do juízo arbitral com o juízo comum: para instituição da arbitragem (art. 7º); para efetivação de medidas de condução de testemunha, cautelares ou coercitivas (§§ 2º e 4º, art. 22); na controvérsia acerca de direitos indisponíveis (art. 25); para fixação dos honorários do árbitro (pr. único, art. 11).

A lei deveria, contudo, ter sido mais precisa quanto à dinâmica dessa relação *árbitros-juizes* (v. *infra*).

5. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL.

A cláusula arbitral (ou cláusula compromissória) consiste no dispositivo contratual no qual as partes estabelecem que resolverão eventuais litígios nascidos daquele negócio através da arbitragem.

Em outros termos, é a “previsão de problemas futuros e a sua submissão ao método extrajudicial de solução”.³⁷

Ao lado dessa, existe o compromisso arbitral.

O compromisso arbitral é “a base da arbitragem”; de outro lado, a cláusula compromissória “é a obrigação assumida de celebrar compromisso, fixada no

³⁴ MOREIRA, J. op. cit. p. 32. Também pela constitucionalidade da lei, cf. TEIXEIRA, S. op. cit. p. 14.

³⁵ Também tutelado constitucionalmente (inc. XXXVI, art. 5º, Const.).

³⁶ FURTADO, P. BULOS, U. op. cit. p. 9.

³⁷ BASSO, M. op. cit. p. 19.

instrumento que o formaliza, o qual pode ser perfeito em juízo ou fora dele”.³⁸

A cláusula compromissória é promessa de sujeição ao juízo arbitral, devendo posteriormente ser realizado o compromisso, no momento em que surgir o litígio ... A cláusula compromissória é na realidade *um compromisso condicional* em que as partes podem ou não indicar, desde logo, os árbitros que vão funcionar no caso e o modo pelo qual poderão dirimir o litígio.³⁹

A cláusula arbitral (compromissória) já nasce, pois, com o contrato, diverso do que ocorre com o compromisso arbitral, o qual sucede ao litígio.

Daí ser difícil mesmo verificar o “objeto do processo” na cláusula arbitral.

Quando a convenção de arbitragem é uma cláusula compromissória, os que a pactuam não tem ainda diante de si um conflito já eclodido (quer seja ela ajustada simultaneamente ao contrato ou depois); por isso, é ao menos extremamente improvável que uma cláusula dessa ordem já possa conter em si a precisa e concreta delimitação da matéria a ser confiada ao julgamento por árbitros.⁴⁰

Essa especificação virá quando as partes decidirem instituir o juízo arbitral ou quando vier sentença com força de compromisso (art. 7º, §7º, LArb).

Pois bem, no anterior sistema brasileiro, não se dava a devida eficácia à cláusula compromissória, mas somente ao compromisso arbitral. A cláusula não era vinculante; o compromisso sim.

A cláusula compromissória então tinha efeito de mera obrigação de fazer, a qual se resolvia em perdas e danos, não importando em instituição automática do juízo arbitral, dependente que ficava da elaboração do compromisso, segundo os requisitos então previstos no CPC e no CC.

Era o compromisso arbitral - somente esse - que autorizava à parte erigir matéria de defesa capaz de extinguir o processo, segundo a antiga redação do art. 301, inc. IX, CPC.⁴¹

A cláusula compromissória não permitia levar a cabo a vontade da parte de instituir o juízo arbitral; sua inobservância não permitia que a parte interessada obtivesse execução específica de obrigação de fazer, levando essa a contentar-se com meras perdas e danos – essas, diga-se de passagem, extremamente difíceis de se apurar e quantificar, na ausência de clausula penal.⁴²

³⁸ SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil – Histórico e contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 278.

³⁹ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 10ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 106-107.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. *Revista do Advogado*. n. 65, AASP, dez/2001, p. 44.

⁴¹ Contudo, a atual redação da norma é mais abrangente, cuidando ali da “Convenção de arbitragem”.

⁴² Cf. MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *Juízo Arbitral. Clausula compromissória: efeitos*. In: *Temas de Direito Processual*, 2ª. Série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 210.

Era uma situação de trato não uniforme entre uma e outra modalidade de convenção.

Doutrina e jurisprudência – existe a reclamação - atuaram de forma negativa para “transformar o *pacto de contrahendo* [*clausula compromissória*] em verdadeiro *pactum nudum*, contribuindo para que os agentes do comércio internacional (especialmente estes!) abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil”.⁴³

Para a lei vigente (LArb), tanto uma como a outra instituirão o juízo arbitral. A lei equipara os dois tipos de convenção em termos de eficácia.⁴⁴

Tudo foi levado para um mesmo capítulo da lei (*Capítulo II, LArb*).

Doravante, vale a expressão, adotada legalmente - “*convenção de arbitragem*” - terminologia mais ampla, abrangente das duas espécies: cláusula compromissória (art. 4º.) e compromisso arbitral (art. 9º.).

Ambas, com a nova lei, são capazes de gerar a exclusão da jurisdição estatal na sua função de composição de lides e solução de controvérsias (art. 267, inc. VII, CPC).

A cláusula compromissória, diversamente ao silêncio legislativo que lhe atingia no passado, passa a ter uma disciplina específica (vide arts. 4º-5º, LArb).

6. VENCENDO A RESISTÊNCIA DA PARTE.

Havia o velho obstáculo da recusa de qualquer das partes em cumprir a obrigação de submeter-se a arbitragem (cláusula compromissória).

Como medida final de reforço, ficou previsto na lei um procedimento especial para lavratura do compromisso e instituição da arbitragem, em caso de resistência de alguma das partes (art. 7º., LArb).

Nesse, o juiz, mediante sentença, dispõe acerca do conteúdo do compromisso.

Tal previsão tem razoável utilidade para as denominadas “cláusulas compromissórias vazias”.

Criou-se, dessa forma, um procedimento judicial com amplos poderes para o magistrado fixar as condições do juízo arbitral.

Daquela sentença, caberá recurso de apelação, mas, como forma de aceleração, desprovido de efeito suspensivo (art. 520, VI, CPC).

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei*. In: *O Processo Civil contemporâneo*. MARIONI, Luiz Guilherme (coord.). Curitiba: Juruá, 1994, p. 131.

⁴⁴ Acerca do moderno alcance das espécies de convenção, ver parecer da lavra de ALVIM, Arruda. *Cláusula compromissória e compromisso arbitral* - Efeitos, Repro 101/191.

Traz-se, com isso, solução para aquele conhecido problema.

O pactuado (mediante cláusula compromissória), no final, terá de ser cumprido. Nada de se resolver tudo em simples reparação de dano.

Propiciou-se uma modalidade de tutela específica do direito do contratante, portanto.

7. DO “LAUDO” À “SENTENÇA ARBITRAL”.

Outro obstáculo, como anunciado, consistia na necessidade homologação do laudo arbitral, decisão final do árbitro.

No passado, obtido o laudo arbitral, a parte tinha que levar aquele ato ao juiz togado para fins de homologação, momento em que o mesmo alcançaria a eficácia idêntica da sentença advinda do aparelho jurisdicional estatal, tornando-se, só então, título executivo judicial.

Isso era algo bastante criticado pelos defensores da arbitragem por ser atentatório a todas aquelas vantagens que a parte que foi ao juízo arbitral buscava (celeridade, sigilo etc. – *v. supra*).

Ao andar nessa linha, o sistema não seguia o que havia de mais moderno acerca do tema.

Estava na mão contrária do que demonstrava o direito comparado, onde tal homologação judicial era desnecessária.

Pregava-se que o caminho adequado era o da “jurisdicionalização” da arbitragem.

Com a Lei 9.307/96 desapareceu a necessidade de homologação da decisão do árbitro.

Temos, a partir dali, a “*sentença arbitral*”, modalidade de título executivo judicial (art. 475N, inc. IV, CPC; art. 31, LArb), mesmo com as opiniões que se ergueram em sentido contrário a isso.⁴⁵ Vai se dizer ainda que seria inapropriada sua inclusão entre os títulos judiciais, até porque sua possibilidade de impugnação é mais ampla, envolvendo fatos anteriores à formação do próprio título.

Mas, não foi apenas uma mudança terminológica.

O art. 31, LArb, vem para dizer que a sentença arbitral produz “os *mesmos efeitos* da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”.

⁴⁵Há a posição contrária ao emprego da expressão (sentença), haja vista que o árbitro seria uma pessoa privada, e, então, a expressão “sentença” lhe seria inadequada. Sob tal ótica, o “laudo arbitral” seria um ato privado e, ao reconhecer-lhe eficácia executiva, no máximo, adquiriria status de título extrajudicial. Na verdade, não há motivo para tal perplexidade. “Sentença” é uma terminologia usada no plano internacional. O próprio CPC brasileiro de 1939 já usava a expressão. Dizia o então art. 1.041 daquele código: “A execução da sentença arbitral dependerá de homologação”. Apesar da troca terminológica, a própria LArb ainda fez referência `expressão laudo (vide art. 33, §2º, inc. II).

Afirmar isso significa dizer que uma e outra (sentença arbitral e sentença judiciária) “têm a mesma essência jurídica: ambas são declarações de vontade do Estado, no caso concreto, formuladas pelos magistrados judiciais ou pelos árbitros, estes últimos agentes privados no exercício da função jurisdicional”.⁴⁶

É fato que, no passado, mesmo no regime anterior, já se afirmava que “ontologicamente, são a sentença [*judiciária*] e o laudo [*arbitral*] a mesma coisa: uma decisão”.⁴⁷ Agora, essa idêntica natureza é assumida plenamente.

Mais ainda:

... além da extinção da relação jurídica processual e da decisão da causa (declaração, condenação ou constituição), a decisão de mérito faz coisa julgada às partes entre as quais é dada (e não beneficiará ou prejudicará terceiros). Sendo condenatória, a sentença arbitral constituirá título executivo e permitirá a constituição de hipoteca judicial.⁴⁸

Assim, ao mencionar que os efeitos de uma e outra sentença são iguais, deixa-se claro que a sentença arbitral, quando de índole condenatória (art. 31, LArb), permite de logo execução, do mesmo modo que a sentença condenatória do juiz estatal.

Em tempo, vale destacar que nada impede, às vezes, a prolação de “sentença estritamente processual, por exemplo, quando o árbitro entende que a questão não pode sujeitar-se à arbitragem ou quando entende ser nulo o compromisso arbitral”.⁴⁹

Alguns vão admitir também a prolação de sentenças executivas e mandamentais. Ainda que se admita tais provimentos em sede arbitral, o credor terá, de qualquer forma, de propor ação “executiva” no juízo comum para o cumprimento da prestação.⁵⁰

Sempre se teve ciência de duas correntes acerca da natureza da atividade do árbitro.

Uma, a *privatista* (“contratualista”), para a qual o árbitro não possuiria os poderes próprios e inerentes ao exercício da jurisdição. Seu pronunciamento equivaleria a um mero parecer jurídico. Os poderes do árbitro seriam apenas

⁴⁶ ROCHA, J. op. cit. (1998), p. 116.

⁴⁷ MORAES E BARROS, H. op. cit. p. 511.

⁴⁸ CARMONA, C. op. cit. p. 258.

⁴⁹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. Execução e impugnação da sentença arbitral. In: *Processo de Execução*. SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords), São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 687.

⁵⁰ Apesar de, “em tese, o árbitro possuir poder decisório para emitir provimentos com eficácia mandamental e executiva lato sensu, o fato é que não é ele, mas o juiz togado, quem deve cumprir essa decisão, instado por meio da ação executiva da parte interessada quando se tratar de sentença, e de ofício quando se tratar de decisão interlocutória, impedindo, assim, que se pudesse falar verdadeiramente em sentenças arbitrais mandamentais e executivas lato sensu” (AMENDOEIRA, S. op. cit. p. 690).

aqueles que as partes outorgassem, sendo assim, o mesmo não passaria de um mandatário comum daquelas.

Outra, a *publicista*, que destaca a identidade entre a decisão do árbitro e a sentença do magistrado. Haveria, nessa atuação, a nota da substitutividade, com a presença de um terceiro que dirigirá o procedimento em busca da aplicação do direito objetivo no caso concreto. A função do árbitro não seria diversa daquela do juiz, pois aquele declara o direito e estabelece a certeza jurídica sobre a lide, observando um procedimento marcado pela imparcialidade e pelo contraditório.

A falta de poderes coercitivos seria algo decorrente de mera “divisão funcional de competência”, onde o árbitro, por não ter tal atribuição, requeria ao juiz togado a prática dos atos coercitivos/executivos/cautelares.

Parece que, com o sistema vigente, adotamos a segunda corrente.

Afinal, a lei vem afirmar categoricamente que o árbitro é “juiz de fato e de direito” (art. 18, LArb). A esse se impõem atributos de imparcialidade, independência e discricão (§6º, art. 13 LArb), ficando equiparado aos funcionários públicos para os fins penais (art. 17).

Vieram posicionamentos no sentido de que “sendo a arbitragem espécie de justiça privada, e sendo o árbitro (art. 18) ‘juiz de fato e de direito’ (embora não integrante do Poder Judiciário), exerce ele jurisdição sob certa perspectiva, no sentido lato, na medida em que contribui para a pacificação social dirimindo conflitos de interesses”;⁵¹ a lei “tornou flagrante o caráter jurisdicional da arbitragem” ... “não há como prosperar qualquer tentativa no sentido de ressuscitar a teoria privatística, já que não acatada em nosso sistema legal”.⁵²

Candido Rangel Dinamarco, em posição mais recente, tem afirmado

uma natureza *parajurisdicional* das funções do árbitro, a partir da idéia de que, embora ele não as exerça com o escopo *jurídico* de atuar à vontade da lei, na convergência em torno do escopo *social* pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal.⁵³

8. ARBITRAGEM NOS JUIZADOS.

A Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95 (LJE), também prevê uma modalidade de *juízo arbitral*.

Nada há que se estranhar nisso haja vista que o processo dos Juizados, na onda do chamado *Acesso a Justiça*, investe em formas céleres e flexíveis

⁵¹ TEIXEIRA, S. op. cit. (1997), p. 15.

⁵² MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Arbitragem no Brasil. *Revista do Advogado*, n. 51, AASE, out/1997, p. 39 e 40.

⁵³ DINAMARCO, C. op. cit. p. 40.

ou de composição – inclusive consensual - mais rápida possível do conflito (art. 2º, LJE).

Cuida-se de um regime *específico* de juízo arbitral, com características próprias. Vejamos:

O compromisso arbitral é celebrado de maneira extremamente informal (em ficha ou ata de audiência), em plena sessão de conciliação; não há normas procedimentais para o árbitro (como na *LArb*);⁵⁴ o compromisso se celebra sem maiores formalidades; o árbitro, de forma automática, sem necessidade de declaração expressa, já está autorizado a julgar por equidade.

Vale destacar: ali, o árbitro, ao final, ainda profere “laudo” o qual será *a posteriori* homologado pelo juiz, quanto então tornar-se-á título executivo judicial.

Mas essa via (juízo arbitral) tem se mostrado de pouca utilidade, na prática forense, para as causas cíveis de menor complexidade.

Aliás, já na época da Lei 7244/84, “Lei das Pequenas Causas” (art. 25), a constatação era de que as partes não se utilizavam, naquele processo, da técnica da arbitragem.⁵⁵

Pois bem, a Lei nº 9.307/96 entrou em vigor e revogou os dispositivos relativos à Arbitragem constantes do CC/1916 (arts. 1.037-1.048) e do CPC/1973 (arts. 1.072-1.102), tão somente.

Esse o ponto. Nada foi dito acerca do regime especial da LJE.

Em outras palavras, por princípio de especialidade, tal regime permanece mantendo a exigência de homologação do laudo arbitral (mantém-se também a velha terminologia) para, só após, vir execução daquele perante o juiz togado do Juizado.

9. ASPECTOS RELEVANTES DA LEI N. 9.307/96.

Vale destacar do texto da Lei n. 9.307/96 algumas notas particularizantes:

a) *aplicação do instituto somente a direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1º, *caput*). Uma nota marcante da *LArb* é o prestígio à idéia da autonomia da vontade. Daí porque os interessados que ali acorrem devem ser *capazes*. Aquele princípio (da autonomia da vontade) é “a mola propulsora da arbitragem”.

⁵⁴ Acerca dessa ausência de normas procedimentais para o árbitro, explica Cândido Rangel Dinamarco que o “princípio da liberdade das formas foi aqui aplicado, portanto, de modo ainda mais decidido que no próprio processo jurisdicional dos juizados. Essa liberdade está reafirmada mediante remissão expressa ao art. 5º da lei (cfr. art. 25); e a remissão ao art. 6º é mais uma exortação ao árbitro, para que ele instrua a causa, interprete a lei e seja sensível aos fatos da causa, sempre com vista à justiça substancial que tem o dever de dispensar às partes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141).

⁵⁵ Uma observação de Carlos Alberto Carmona. (CARMONA, C. op. cit. p. 130.)

E isto em todos os quadrantes da lei, “desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de solução de conflitos (art. 1º), até como será desenvolvido o procedimento arbitral ... Enfim, o princípio da autonomia da vontade *atinge a sua quinta-essência na lei 9.307/96*”.⁵⁶

Não somente o princípio da autonomia, mas também – e até como corolário desse – o da boa-fé.

Esse é um outro princípio ali regente. É exatamente a boa-fé que faz, por exemplo, as partes normalmente cumprirem espontaneamente a sentença arbitral, sem necessidade de recurso ao judiciário.

É possível mesmo que, no curso do processo arbitral, surja questão acerca da disponibilidade (ou não) do direito envolvido. Aí, as partes serão “remetidas” ao Poder Judiciário e virá a paralisação do processo (art. 25, LArb). Cuida-se de circunstância que poderá comprometer o benefício da celeridade do juízo arbitral.

b) Permissão para o emprego da equidade (art. 2º). Diz a lei que a “arbitragem pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. Enquanto o juízo comum somente pode valer-se da *jurisdição de equidade* em casos excepcionais, quando autorizado legalmente (art. 127, CPC), aqui se vê caminho mais fácil ao emprego da equidade enquanto técnica de julgamento.

É fato que, apesar de acenar-se com a possibilidade do emprego da equidade, isso não libera o árbitro da exigência (constitucional até) da motivação de sua “sentença” (vide art. 26, inc. II, LArb; art. 93, inc. IX Const.).

No passado, ainda na vigência das regras do CPC sobre o tema, anotava-se que

não é o laudo [⁵⁷] um julgamento de plano, uma decisão arbitrária e muito menos caprichosa, inteiramente distanciada dos termos da controvérsia. Mesmo que esteja autorizado a decidir por equidade, *ex bono et equo*, tem o árbitro de fundamentar a sua decisão, dizendo os fatos a que se apegou, os existentes e os inexistentes, bem como os motivos por que chegou a uma determinada solução. Decisão é o fim de um raciocínio e não o resultado de um jogo.⁵⁸

c) a escolha das “regras de direito” (§1º, art. 2º). As partes poderão escolher as regras de direito aplicáveis. Veja-se: “... regras de direito”; normas de direito material e processual, inclusive.

Isto é mais uma evidência da adoção ampla da autonomia da vontade (*supra*). É a liberdade das partes na disciplina do procedimento do árbitro. São as

⁵⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*, n. 51, AASP, out/1997, p. 32.

⁵⁷ Hoje, a “sentença arbitral” (v. *supra*).

⁵⁸ MORAES E BARROS, H. op. cit. p. 510-511.

partes escolhendo as “*regras do jogo*”. Elas (partes) podem criar regras processuais específicas para o caso ou ainda reportarem-se às normas de um órgão arbitral institucional ou a procedimentos lei estrangeira.

O modo como se dará a arbitragem, pois, pode ser descrito pelas partes ou essas simplesmente fazem alusão a uma instituição especializada.

Na primeira situação, temos a *arbitragem ad hoc*, cujo regulamento fixado pelas partes é somente para aquele caso; na segunda, na qual se reporta a uma instituição com regulamento próprio (e até lista de árbitros), temos a *arbitragem institucionalizada* (vide art. 5º.; art. 11, inc. IV; art. 21).⁵⁹

d) a “*processualização*” da arbitragem. Quando se falava em processualizar a arbitragem, parte da doutrina alertava acerca dos “perigos” de tal fenômeno para o êxito do instituto:

Daí que a processualização da arbitragem, com a adoção de medidas processuais típicas do Judiciário, com sucessivos requerimentos sobre matéria processual e invocação de preclusões, pode retirar o seu grande mérito, que é a rapidez e atenção maior ao cerne da controvérsia: o mérito.⁶⁰

Mas não é isso, de maneira alguma, que se quer.

Na verdade, ao instaurar-se o juízo arbitral, termos um procedimento que não poderá afastar-se, absolutamente, de valores fundamentais que protegem o cidadão-parte.

Ademais, na linha da corrente publicista, reconhecido o árbitro como “juiz de fato e de direito”, admitindo-se ali uma atuação jurisdicional, impõe-se àquela a observância de princípios típicos do devido processo (v.g., igualdade de tratamento entre as partes, contraditório, competência, imparcialidade, motivação da decisão).⁶¹

Como bem anota Cândido Rangel Dinamarco:

Essa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do *direito processual constitucional*, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição da República aos institutos processuais.⁶²

Evidente que a lei da arbitragem jamais teria o condão de excluir a incidência e eficácia de direitos fundamentais das partes no seu procedimento.

Da Constituição não pode se afastar a arbitragem, quer em seu

⁵⁹ BASSO, M. op. cit. p. 19.

⁶⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem e o processo judicial *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 65.

⁶¹ Nesse sentido, observe-se: §6º art. 13; §2º, art. 21; art. 26, inc. II, LArb.

⁶² DINAMARCO, C. op. cit. p. 40

procedimento quer em sua decisão. Violação desses mandamentos legais-constitucionais leva à nulidade do procedimento e da sentença ali produzida (art. 32, inc. VIII, LArb).

e) *medidas de coerção ou cautelares* (§4º, art. 22). O árbitro não possui poderes para a efetivação de tais medidas. Fica sempre a pergunta - de ordem bastante prática - de como tais medidas se realizam.

Como dissemos, a lei é por demais silente quanto à disciplina da concessão e efetivação de tais medidas.

Apesar da redação do dispositivo, não parece querer a lei negar ao árbitro competência para apreciação de medida cautelar.

Tem-se entendido que é o árbitro quem detém competência para decidir acerca da necessidade e cabimento da medida urgência (cautelar ou mesmo antecipação de tutela).

O árbitro decretaria a medida; havendo resistência, aí sim caberia ao juiz togado mandar cumprir a medida.

Observe-se, nessa atividade, seria o árbitro quem verificaria os pressupostos à tutela de urgência (*fumus boni juris e periculum in mora*), não o juiz, o qual apenas controlaria os limites da convenção, numa análise similar a do cumprimento de uma precatória.

De outro lado, se antes da instauração do juízo arbitral, houver necessidade de medida cautelar, essa será requerida a autoridade judiciária.

Nesses casos,

à exceção da medida cautelar de antecipação de provas (art. 846 do CPC), que se esgota com a simples produção, os demais provimentos cautelares ou de urgência deverão, após concedidos pela Jurisdição Estatal (arrestos, seqüestros etc.), ser realizados pelo juízo arbitral a se instaurar, remetendo-lhe o juiz os autos tão logo tenha ciência da aceitação da nomeação pelos árbitros, preservando-se assim, competência plena da Jurisdição privada sobre o litígio.⁶³

Em síntese: de regra, o árbitro conhece e decreta a medida coercitiva ou cautelar; o juiz a executa.

Esse relacionamento entre juizes e árbitros seria de *coordenação* e não de *subordinação*.⁶⁴

Em prol da adequada efetivação das medidas de força do juízo arbitral, será

⁶³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 59.

⁶⁴ É a opinião de Carlos Alberto Carmona (CARMONA, C. Das boas relações entre os juizes e os árbitros. *Revista do Advogado*, n. 51, AASP, out/1997, p. 21-24.

conveniente que a organização judiciária estabeleça, em cada comarca, alguma unidade jurisdicional competente ao menos para a execução dos ofícios de requisição de medidas coercitivas pelos árbitros (Lei n. 9.307/96, art. 22, §2º), a fim de que o atendimento seja realizado por juízo estatal perfeitamente afeiçoado ao sistema da jurisdição arbitral, e para que essas medidas não se frustrem nos desvãos da burocracia da distribuição cível de 1º Grau nas comarcas mais complexas.⁶⁵

f) a *revisão da sentença arbitral* (arts. 18 e 33). Lançada a sentença arbitral, com os requisitos previstos em lei (art. 26, LArb),⁶⁶ há meios legalmente previstos para revisão, em certos limites, daquela: a) correção de erro material ou o espantar de vícios de clareza (incs. I e II, art. 30) – uma espécie de “embargos declaratórios” –; b) a ação de anulação, a qual seguirá procedimento comum (art. 32 e 33).

A existência de “recurso” vai depender do procedimento que as partes adotarem (*v. supra*).

Seriam “recursos arbitrais” para uma Câmara ou grupo de árbitros de uma instituição, por exemplo. Mas, não é comum previsão de tais “recursos”.

Nem se compreende que, havendo as partes optado pelo processo arbitral em busca das vantagens que ele é apto a oferecer (..), depois se vejam sistematicamente autorizadas a rebelar-se contra julgamentos desfavoráveis. Lá se vai a celeridade e até se terá perdido tempo indo primeiramente à arbitragem. Lá se vão a privacidade e o sigilo. Lá se vai o aproveitamento do conhecimento específico dos árbitros especializados.⁶⁷

Mesmo quanto à possibilidade de deduzir-se “nulidade” da sentença arbitral (arts. 32 e 33, LArb), críticas são erguidas por parcela da doutrina, no que diz respeito à sistematização daquelas hipóteses.

Para Barbosa Moreira, por exemplo, uma

sentença arbitral nula, na acepção rigorosamente técnica da palavra, poderia ser declarada tal em qualquer oportunidade, sem necessidade de ação proposta com essa finalidade específica. A ação prevista no art. 33 equivale, *grosso modo*, à rescisória, constitutiva (e não meramente declaratória); o legislador incidiu aqui em equívoco semelhante ao do art. 798 do antigo Código de Processo Civil, que qualificava ‘nula’ a sentença rescindível. Por outro lado, pelo menos em um dentre os casos enquadráveis nos incisos do art. 32, antes que de nulidade (ou de anulabilidade), é de autêntica inexistência que se trata: assim se dá, sem sombra de dúvida, com a decisão que na contiver dispositivo (art. 32, nº III, combinado com o art. 26, nº III), com relação à qual nenhuma ação é necessária,

⁶⁵ BENETTI, Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 108.

⁶⁶ Os quais vão na linha do art. 458 do CPC.

⁶⁷ DINAMARCO, C.op. cit. p. 47.

ficando salvo ao interessado alegar, seja onde for, que na verdade não existe sentença arbitral.⁶⁸

g) *Execução da sentença arbitral.* A rigor, considerando que a arbitragem é uma via alternativa e de consenso; que a confiança norteia esse negócio jurídico processual; que as partes vêm dizer que se submeterão à decisão de um árbitro, seria de se esperar, diante de tudo isso, que o cumprimento voluntário sempre viesse, uma vez findo o procedimento.

Contudo, não havendo o cumprimento espontâneo, abrir-se-á a via executiva para a parte vencedora.

Os árbitros não contam, como visto, com poderes executivos. Proferida a sentença arbitral, não observada voluntariamente, essa será levada ao juízo comum,⁶⁹ segundo as modernas regras do CPC (“Do cumprimento da sentença” - art. 475-J e ss, CPC).

Se a sentença arbitral condenatória é ilíquida, primeiro, vai-se à fase de liquidação perante o Poder Judiciário,⁷⁰ para somente depois, adentrar-se a fase executiva propriamente dita.

Cuidando-se então a sentença arbitral de título judicial (v. supra), esse será submetido ao procedimento do art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil. Nessa situação, o requerimento de provocação do credor conterà pedido de citação do devedor para que esse cumpra a obrigação no prazo de 15 dias; não cumprida, incidirá a multa e virá o requerimento do credor para a penhora-avaliação.

Quanto à defesa do executado, nessa fase, a LArb (1996) fazia remissão aos embargos do art. 741, CPC (norma que cuida, atualmente, de uma outra situação: dos embargos à Execução contra a Fazenda Pública, art. 730, CPC).⁷¹

Hoje, após a vigência da nova sistemática executiva do título judicial, citado o devedor, esse deverá interpor impugnação incidental (Art. 475-L, CPC) e não embargos executivos.⁷²

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Cláusula compromissória e compromisso arbitral** - Efeitos, Repro 101/191.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. Execução e impugnação da sentença arbitral. In:

⁶⁸ MOREIRA, C. op. cit. p. 33.

⁶⁹ Art. 475-P, inc. III, CPC.

⁷⁰ Arts. 475-A a 475-H, CPC.

⁷¹ Com a alteração trazida pela lei 11.232 de 22-12-2005.

⁷² FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral – Apontamentos sobre os reflexos da Lei n. 11232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. *Revista do Advogado*, n. 87, AASP, setembro/2006, p. 86.

Processo de Execução. SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords), São Paulo: Revista dos Tribunais.

BASSO, Maristela, Ampliação do uso da Arbitragem – A revitalização da Arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente. **Revista da XVI Conferência Nacional dos Advogados.** OAB Nacional.

BENETI, Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.

BRAGHETTA, Adriana, A escolha da sede na arbitragem. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo.** São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.

_____. A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. In: **O Processo Civil contemporâneo.** MARIONI, Luiz Guilherme (coord.). Curitiba: Juruá, 1994,

_____. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. **Revista do Advogado**. n. 65, AASP, dez/2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos Juizados Cíveis.** São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Julia Raquel de Queiroz, Arbitragem e Administração Pública. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.

FAZZALARI, Elio, **Instituições de Direito Processual.** trad. Elaine Nassif, São Paulo: Bookseller, 2006.

FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral – Aparentamentos sobre os reflexos da Lei n. 11232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.

FURTADO, Paulo Furtado. BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de Arbitragem Comentada.** São Paulo: Saraiva, 199.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.

LIMA, Alcides Mendonça. O juízo arbitral e o art. 150, § 4o. da Constituição de 1967, RT 402/9-14.

- MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem e o processo judicial **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006..
- MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Arbitragem no Brasil. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.
- MORAES E BARROS, Hamilton de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Arbitragem: perspectivas., **Revista Consulex**, Ano I, n. 10, out/1997.
- _____. Juízo Arbitral. Clausula compromissória: efeitos. In: **Temas de Direito Processual**, 2ª. Série, São Paulo: Saraiva, 1988.
- NASCIMENTO, Alessandra Gomes do. **Técnicas de Negociação para Advogados**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. **Revista do Advogado**, n. 87, AASP, setembro/2006.
- NERY, JUNIOR, Nery. **Princípios do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XV, Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- ROCHA, Jose de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. **A lei de arbitragem**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SIDOU, J. M. Othon. **Processo Civil – Histórico e contemporâneo**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- TEIXERIA. Sálvio de Figueiredo Teixeira. A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Revista do Advogado**, n. 51, AASP, out/1997.
- WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. 10ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.