

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E A ANÁLISE DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA E DO COMPROMISSO ARBITRAL NOS CONTRATOS CIVIS E
DE CONSUMO.**

ELAINE CRISTINA DE MORAES BUARQUE

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de Concentração: Direito Privado**

Recife
2005

ELAINE CRISTINA DE MORAES BUARQUE

**O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E A ANÁLISE DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA E DO COMPROMISSO ARBITRAL NOS CONTRATOS CIVIS E
DE CONSUMO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/ Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Privado

Orientadora: Prof. Dra. Fabíola Albuquerque

Recife
2005

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Buarque, Elaine Cristina de Moraes

O instituto da arbitragem e a análise da cláusula compromissória e do compromisso arbitral nos contratos civis e de consumo / Elaine Cristina de Moraes Buarque. – Recife : Edição da Autora, 2005.

226 f.

Orientadora: Fabíola Santos Albuquerque.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2005.

Inclui bibliografia.

1. Arbitragem - Brasil. 2. Cláusula compromissória - Brasil. 3. Compromisso (Direito). 4. Sentença arbitral. 5. Juízo arbitral. I. Albuquerque, Fabíola Santos. II. Título.

341.4618 (CDDir-Dóris de Queiroz Carvalho)

(4.ed)

RESUMO

ELAINE CRISTINA DE MOARES BUARQUE

**O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E A ANÁLISE DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA E DO COMPROMISSO ARBITRAL NOS CONTRATOS
CIVIS E DE CONSUMO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/ Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.
Área de Concentração: Direito Privado
Orientadora: Prof. Dra. Fabíola Santos Albuquerque

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADA

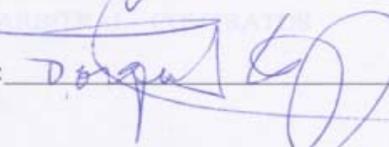
Prof. Aurélio Agostinho da Bôaviagem, Dr. UFPE

Julgamento: APROVADA Assinatura: 

Prof. Fernando Antônio de Vasconcelos, Dr. UFPB

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Prof. Torquato Castro da Silva Júnior, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovada Assinatura: 

Recife, 29 de julho de 2005.

Coordenador do Curso:
Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa

RESUMO

BUARQUE, Elaine Cristina de Moraes. O instituto da arbitragem e a análise da cláusula compromissória e do compromisso arbitral nos contratos civis e de consumo. 2005. 226p. Dissertação de Mestrado - Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O presente trabalho tem por objeto a análise da utilização da arbitragem para dirimir litígios provenientes dos contratos civis e de consumo. Parte-se da constatação da crise do acesso à justiça, procurando-se um mecanismo que pudesse auxiliá-la. Inicia-se assim o estudo da Lei 9.307/96, verificando-se como pessoas capazes de contratar podem eleger a arbitragem para resolver controvérsias a respeito de direitos disponíveis. A arbitragem não fere o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e os contratantes podem inserir no contrato a cláusula compromissória e celebrar o compromisso arbitral para dar início à arbitragem. A cláusula compromissória é considerada um verdadeiro contrato, autônoma em relação ao contrato da qual faz parte e que, através dela pode-se prever o órgão arbitral ou a entidade especializada que irá regulamentar as regras do procedimento arbitral, na existência de controvérsia contratual. Quanto ao compromisso arbitral, ele fixa os limites da arbitragem e é celebrado após o surgimento da lide. O árbitro assume a função de juiz de fato e de direito e sua sentença é verdadeiro título executivo judicial, mas o Poder Judiciário não está afastado de intervir na arbitragem, competindo-o a execução e a anulação da sentença arbitral. Finalmente, da análise de duas decisões do STF encontrar-se-á um dos pontos mais relevante à arbitragem: o reconhecimento da constitucionalidade da execução específica da cláusula compromissória.

Palavras-chave: ARBITRAGEM - CONVENÇÃO ARBITRAL - CONTRATOS

ABSTRACT

BUARQUE, Elaine Cristina de Moraes. The arbitral institute and the analyses of the arbitration clause and the arbitral compromise in the civil and consumer's contracts. 2005. 226p. Dissertação de Mestrado - Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The present work intends to analyze the utilization of the arbitration to solve litigues from civil and consumer's contracts. Beginning with the verification about the judiciary crises and looking for a mechanism to help it, we initiated the study of the 9.307/96 Law, verifying how people who are capable to contract can choose the arbitrage to solve controversies about patrimonial rights. The arbitrage doesn't offend the Judiciary inafastable principium so the contractors are able to insert in the contract the arbitration clause and are able to celebrate the arbitral compromise in order to start the arbitrage. The arbitration clause is a real contract and autonomous from the contract that it belongs, through it we are able to preview the arbitral organism or the specialized institution that has the duty to regulamented the arbitral procedures when some contract's controversial begins. The arbitral compromise establishes the arbitration's limits and it's celebrated after the initiation of the litigue. The arbiter takes the judge place in the arbitrage and his sentence is a executive judicial title, otherwise the Judiciary is not apart from the arbitrage intervention, his function is to execute and annulated the arbitral sentence. Trough the analyzes of two Supreme Court decisions we could demonstrate one of the arbitrage's most important aspects that is the constitutionality of the enforceability of an arbitration clause.

Keywords: ARBITRAGE – ARBITRATION CLAUSE - CONTRACTS

SUMÁRIO

Introdução	8
Capítulo 1 - A crise do acesso à justiça e a demora na prestação jurisdicional: possíveis razões e alternativas para minimizá-la.	15
Capítulo 2- Outra perspectiva: por uma nova política judiciária	28
2.1 A Arbitragem	30
2.1.1 Breves notas históricas sobre o instituto da arbitragem.....	33
2.1.2 A arbitragem e institutos jurídicos congêneres: arbitragem, peritagem, transação, conciliação e mediação. Distinções e similitudes ônticas.....	47
2.2 Da Lei n. 9.307/96	51
2.3 Natureza jurídica da arbitragem.....	58
2.4 Pressupostos da arbitragem.....	62
2.5 Os direitos das partes na arbitragem.....	65
2.6 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei 9.307/96?.....	66
Capítulo 3 - Convenção de arbitragem	75
3.1 Cláusula compromissória.....	76
3.1.1 Elementos essenciais e a natureza jurídica da cláusula compromissória.....	78
3.1.1.1 Cláusula compromissória como mera promessa de contratar.....	80
3.1.1.2 Cláusula compromissória como contrato.....	81
3.2 Espécies de cláusula compromissória.....	82
3.3 Autonomia da cláusula compromissória.....	85
3.4 Cláusulas compromissórias ditas defeituosas, imperfeitas ou incompletas e sua interpretação.....	88
3.5 Diferenças e semelhanças entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.....	90
3.6 Instituição da arbitragem através da cláusula compromissória.....	92
3.7 Cláusula compromissória nos contratos de adesão.....	100
3.8 Cláusula compromissória e testamento.....	107
3.9 Execução da cláusula compromissória.....	108
Capítulo 4- Compromisso arbitral	114
4.1 Natureza jurídica do compromisso.....	116
4.2 Formas do compromisso.....	119
4.3 Cláusulas opcionais do compromisso arbitral.....	120
4.4 Espécies de compromisso arbitral.....	124
4.5 A previsão do compromisso no Código Civil e a aplicação do compromisso com o processo em curso.....	126
4.6 Diferentes funções do compromisso.....	128
4.7 Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1º da Lei 9.307/96.....	131

Capítulo 5- A sentença arbitral e a revisão judicial	135
5.1 O árbitro.....	136
5.1.1 Natureza jurídica na atividade exercida pelo árbitro.....	140
5.1.2 Das boas relações entre os juízes e árbitros.....	143
5.1.3 Direitos e deveres dos árbitros.....	146
5.1.4 Poder Jurisdicional do árbitro.....	150
5.2 A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI.....	154
5.3 Irrecorribilidade da sentença arbitral.....	156
5.4 Nulidade da sentença arbitral.....	159
Capítulo 6 - Discussão e Estudo de casos	170
6.1 Teka vs. Aiglon	171
6.2 M B V Commercial and Export Management Establisment vs. Resil Indústria e Comércio Ltda.....	182
Considerações finais	211
Bibliografia	220

INTRODUÇÃO

Não se pode deixar de constatar que é fato notório nos nossos dias a expansão da arbitragem em todo o mundo. A arbitragem, na realidade, não é um instituto novo, ela sempre esteve presente nos ordenamentos jurídicos em maior ou menor grau. A sua viabilidade decorre da verificação de que o Poder Judiciário não tem mais condições de atender satisfatoriamente a todas as lides que são postas à sua apreciação.

A arbitragem assume a função de, paralelamente ao Poder Judiciário, e não em seu detrimento, solucionar questões que envolvam direitos disponíveis. Por meio desse mecanismo alternativo de composição dos litígios, posto à disposição das partes capazes, as mesmas poderiam eleger um árbitro, especializado na matéria sujeita à análise, que, no prazo estipulado e aplicando as normas eleitas por elas, solucionaria de forma mais célere, sigilosa e menos dispendiosa, a controvérsia advinda de um contrato.

Quando houver a instituição da arbitragem, em princípio, ficará afastada a análise e a solução do conflito pelo Poder Judiciário passando ao árbitro, eleito pelas partes, a competência para dirimir a controvérsia que foi instaurada em decorrência de um contrato que não fora cumprido ou o fora apenas parcialmente.

Não obstante a arbitragem, no entanto, poderá sofrer intervenções externas do Poder Judiciário, seja por meio da ação de nulidade da sentença arbitral, seja por meio da ação de execução da sentença arbitral, pois ambas são de competência exclusiva do Estado.

Com o objetivo de discorrer sobre a aplicação da arbitragem nos contratos civis e consumeiristas, organizamos a apresentação do nosso trabalho, da seguinte maneira: no primeiro capítulo, apresentamos o que cremos ser alguns dos motivos ensejadores da atual crise pela qual passa o Poder Judiciário, a fim de justificar a criação de instituições autorizadas pelo próprio

Estado (dentre as quais se insere a arbitragem) para “descongestionar” e “desobstruir” as vias judiciais, assegurando às partes uma maior democratização da justiça. Deixando claro, desde já, que a expressão “justiça” será por nós empregada, ao longo de todo o trabalho, em referência aos órgãos prestadores de serviços judiciais (judiciais ou extrajudiciais) e não como um valor axiológico.

A fim de entendermos porque a arbitragem possui suas características atuais, conferidas pela Lei 9.307/96, ateremo-nos, no segundo capítulo: à análise da possibilidade de instauração da arbitragem; sua origem histórica; sua natureza jurídica; seu disciplinamento legal ao longo dos anos no Brasil; como também, verificaremos, através das discussões travadas a nível constitucional, a sua aplicabilidade aos contratos de consumo e civis. Tudo isso com o intuito de, num primeiro momento, entender a importância do instituto arbitral para solução de controvérsias contratuais civis e consumeristas, destacando que nem sempre foi pacífico o atual posicionamento quanto à constitucionalidade da aplicação da arbitragem, em razão da discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da execução específica da cláusula compromissória e do questionamento quanto à possível violação do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Não serão objeto de nosso estudo a arbitragem internacional, a arbitragem nos contratos administrativos e a arbitragem nos contratos eletrônicos.

Foi escolhida apenas a arbitragem interna como base principal do nosso trabalho, afastando-se o estudo da arbitragem internacional, pois nosso objetivo principal seria enfocar: os entraves colocados pela doutrina e pela jurisprudência quanto à aplicação da Lei 9.307/96; as vantagens e desvantagens trazidas pela Lei de Arbitragem; se a arbitragem vem conseguindo cumprir o papel para o qual foi designada; e verificar como Supremo Tribunal Federal dirimiu a questão a respeito da polêmica discussão quanto à constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Arbitragem (parágrafo único do artigo 6º e os artigos 7º, 41 e 42).

Em virtude da atual controvérsia que se trava a respeito da possibilidade de participação ou não da administração pública na arbitragem, excluimos de nossa apreciação a aplicação da mesma como solução de controvérsias dos contratos administrativos.

Também não será objeto de nosso estudo a arbitragem como solução das controvérsias surgidas a partir dos contratos eletrônicos, porque os mesmos possuem uma regulamentação diferenciada, na realidade, não tão bem consolidada, apresentando distinções em relação ao procedimento trazido à arbitragem interna pela Lei 9.307/96.

Sendo assim, o trabalho limitou-se à análise dos contratos interpessoais, dentre os quais nos limitaremos apenas ao estudo dos contratos civis e consumeiristas.

Ainda no segundo capítulo, dirigiremos-nos à apreciação da Lei 9.307/96 a fim de verificar como ela mudou dispositivos constantes nas legislações anteriores que disciplinavam a arbitragem (como o Código Civil e o Código de Processo Civil), para então, discutir como a mesma representou um avanço à implementação da arbitragem no Brasil, e analisar os motivos para que seja afastada a alegada inconstitucionalidade de alguns dos seus dispositivos.

Posteriormente no terceiro capítulo, iremos analisar como a arbitragem pode ser instituída. Para isso, verificaremos a existência, nos contratos, da convenção de arbitragem que, por sua vez é o gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies.

Com relação à cláusula compromissória, discutiremos sua natureza jurídica, antes controvertida, mas hoje considerada como cláusula autônoma do contrato em que foi celebrado, não sendo mais vista como mera promessa de contratar e possível de ser submetida a uma execução específica prevista na Lei 9.307/96, diversa da execução da obrigação de fazer do Código de Processo Civil (artigo 461 – A).

O estudo da cláusula compromissória faz-se relevante à medida que o reconhecimento de sua autonomia traz implicações práticas importantes como: a possibilidade da continuidade de

sua existência ainda quando da declaração de nulidade do contrato; e a subsistência da resolução do conflito através da arbitragem, ainda que haja questionamento a respeito da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (artigo 8º da Lei de 9.307/96).

Estudaremos ainda, nesse terceiro capítulo, a forma e os mecanismos de estipulação da cláusula compromissória nos contratos civis e de adesão e os problemas quanto à possibilidade da efetiva aplicação da arbitragem nestes últimos.

Verificaremos as espécies de cláusula compromissória, suas diferenças quanto ao compromisso arbitral e a viabilidade da instauração da arbitragem, sem a necessidade de celebração do compromisso arbitral. Analisaremos ainda como se procede a execução específica da cláusula compromissória e as dificuldades de aceitação dessa execução específica como um procedimento constitucional.

No quarto capítulo, passaremos a tratar do compromisso arbitral. Como o mesmo é capaz de dar início à arbitragem através da existência ou não de cláusula compromissória anterior, quais são seus elementos essenciais, qual o resultado da ausência de um destes, a possibilidade de utilização da equidade pelo árbitro, quando da existência dessa permissão no compromisso arbitral, a natureza jurídica do compromisso arbitral, suas funções, o compromisso judicial e extrajudicial e os mecanismos necessários à sua aplicação pelas partes.

Nesse capítulo passaremos a estudar como a arbitragem começa a tomar seus contornos, já que é diante à presença do compromisso que estará delineado o objeto específico a ser levado em consideração pelo árbitro no momento de seu julgamento.

No capítulo seguinte, analisaremos a possibilidade do Poder Judiciário intervir na arbitragem. Para isso, estudaremos as funções e os poderes do árbitro, sua relação com o juiz estatal (quando houver a necessidade da tomada de medidas cautelares e quando houver a

necessidade de execução da sentença arbitral), a sentença arbitral e seus requisitos de validade, a irrecorribilidade da sentença arbitral e a possibilidade da ação de nulidade da sentença arbitral pelo Poder Judiciário.

Esse capítulo quinto terá como objetivo mostrar que a arbitragem poderá excluir, em princípio, a total participação do Poder Judiciário na medida em que as partes cumprirem as determinações contidas na sentença arbitral, de todo modo a apreciação estatal, em relação à arbitragem, não restará totalmente comprometida, pois as partes possuem ao seu dispor a ação de nulidade da sentença arbitral que, autoriza a intervenção do Estado no procedimento arbitral, ora para tomar para si a função de re-analisar e conferir a solução ao litígio, ora para devolver à apreciação da decisão ao árbitro, a fim de que o mesmo profira nova sentença arbitral que substitua a anterior, conforme se verá.

Por fim, no capítulo sexto, com a finalidade de verificar como a arbitragem vem sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, trouxemos ainda à análise duas das mais importantes decisões emitidas por aquele Tribunal a respeito da implementação do instituto arbitral no nosso ordenamento jurídico interno.

Escolhemos essas duas decisões, na realidade, por se tratarem de algumas das decisões mais polêmicas já discutidas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da arbitragem. Ambas tratam da homologação de duas sentenças arbitrais estrangeiras a fim de que as mesmas possam passar a valer no Brasil como título executivo judicial.

A importância dessas duas decisões dá –se pelo fato de ter sido através delas que pudemos voltar à análise, desta vez mais objetiva e com maior aplicabilidade prática, dos conceitos que foram trazidos ao longo de nosso trabalho.

Na realidade, não discorreremos sobre o conceito da sentença arbitral estrangeira, mas, mesmo não sendo a sentença arbitral estrangeira, seus requisitos de admissibilidade e suas

condições de validade objetos de nosso trabalho, trouxemos a análise das mesmas no nosso trabalho, com o intuito maior de verificarmos como as referidas sentenças, homologadas pelo Supremo Tribunal Federal, passam a ter aplicação e executoriedade interna no Brasil.

Iremos, então, nos ater à análise e à discussão dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, proferidos ao longo das duas decisões, com a finalidade de destacar como nossa Suprema Corte chegou à declaração de constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 9.307/96.

A finalidade desse capítulo foi, portanto a de esclarecer, como havíamos defendido nos capítulos anteriores que, mesmo havendo discussões doutrinárias a respeito de alguns aspectos da arbitragem, o Supremo Tribunal Federal já firmou posicionamento que: a arbitragem não fere o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (em virtude da possibilidade da ação de nulidade da sentença arbitral); que a cláusula compromissória pode dar início à arbitragem, sem a necessidade de se firmar o compromisso arbitral; e que a execução específica da cláusula compromissória, mediante a intervenção judicial para a celebração do compromisso em juízo, com a participação do juiz estatal no lugar da parte recalcitrante, não é inconstitucional, já que o juiz, neste momento, não estaria substituindo a vontade da parte que se nega à celebração da arbitragem, mas ele apenas faz cumprir o que as próprias partes já haviam predeterminado no contrato que é a determinação da solução das controvérsias, advindas do mesmo, através da instauração do procedimento arbitral.

Como se verá, o intuito do trabalho não será o de defender a arbitragem como mecanismo para afastar o Poder Judiciário, nem mesmo o de afirmar que a arbitragem é o melhor mecanismo de solução para todos os conflitos, até porque a mesma só tratará de controvérsias a respeito de direitos disponíveis. Mas a arbitragem poderá servir como forma de solução de conflitos contratuais civis e consumeiristas, paralela ao Poder Judiciário. Fazendo com que algumas

questões inicialmente levadas a este possam ser mais rápida e sigilosamente resolvidas por alguém que tenha maior especialidade na matéria que está sendo discutida.

Isso se torna possível a partir do momento em que se reconhece a arbitragem como instrumento válido a desobstruir o Poder Judiciário, conferindo às partes a faculdade de inserir no contrato a cláusula compromissória que, junto ou não ao o compromisso arbitral tornam-se mecanismos possíveis de se instituir o procedimento arbitral, cabendo pois, ao juiz estatal implementar a viabilidade da arbitragem, a partir do momento em que o mesmo, através da interposição válida da ação de execução específica da cláusula compromissória, faz firmar o compromisso arbitral em detrimento da vontade da parte recalcitrante.

Entender de outra forma, ou seja, determinar inconstitucional a possibilidade do juiz assim agir, terminaria por pôr fim à existência da arbitragem em nosso direito interno quando uma das partes se negasse, perante a existência de uma cláusula compromissória a firmar o compromisso arbitral, instrumento inicializador da arbitragem.

Gostaríamos, portanto, de deixar a imagem da arbitragem que, em seguida passaremos a estudar, como um instituto de viabilidade concreta e apto a servir como um forte instrumento a ser utilizado pelas partes para solução de desavenças contratuais.

CAPÍTULO 1

Capítulo 1 - A crise do acesso à justiça e a demora da prestação jurisdicional: possíveis razões e alternativas para minimizá-la.

1. A CRISE DO ACESSO À JUSTIÇA E A DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: POSSÍVEIS RAZÕES E ALTERNATIVAS PARA MINIMIZÁ-LA.

A propugnação por uma maior facilitação de acesso ao Judiciário surge, inicialmente, como uma reação contra o dogmatismo jurídico. A partir da única realidade da norma, seu operador manteve uma confortável posição passiva, em que sua preocupação maior era apenas a de aplicar a lei ao caso concreto.¹

Prestigiava-se, tão somente, o silogismo judicial, verificando-se a decisão como um mero resultado objetivo de um cálculo dedutivo, o que era considerado ideal, pois favorecia a segurança do julgamento, reduzindo o risco da escolha subjetiva do julgador.

A tentativa era de identificação do direito positivo com a justiça. O que quer dizer que esse mesmo direito positivo estaria relegando algumas bases tais quais: os critérios de justiça sociais, éticos, políticos e econômicos.

Fenômenos como a proliferação legislativa, por exemplo, começara a denunciar que o efeito da vinculação positivista - normativista precisaria ser revisto, a obsolescência da lei e sua elaboração encomendada, deixavam aos poucos de refletir o ideal necessário da relação proveniente da natureza das coisas.

Pouco a pouco o conceitualismo abstrato formalístico da jurisprudência dogmática foi sendo contestado em virtude da constatação de que a realidade é muito mais complexa e que o

¹ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.20.

juiz não poderia se recusar ao exercício de sua responsabilidade política e ética, sob o argumento de querer permanecer na neutralidade inerente às normas.

Inicia-se então uma tentativa de se alcançar alguma espécie de ceticismo normativo, provocado pelo realismo jurídico, o que gerou, portanto, um descrédito em todo tipo de norma, levando à sua substituição por um esquema de valores, expressão da ideologia, da postura política, das indossicrasias e das circunstâncias de cada julgador.

A incômoda situação a respeito da postura dos juízes, juntamente com a crescente insatisfação dos jurisdicionados, ofendem sobremaneira a proteção estatal de natureza civil. Na realidade, o problema da jurisdição civil bem como a crise que a mesma vem atravessando envolveria não só a chamada justiça da norma, como também a justiça do processo.²

Sob a ótica, irrecusável, de que a função do operador jurídico torna-se mais difícil, mais fascinante e realística, é imprescindível afirmar que o juiz não deve mais se conformar com a aplicação mecânica da lei, mas sim com a aferição de seus resultados e com a máxima convicção de que se aproximou, o quanto possível, da resolução do conflito e de sua institucionalização.

Compreender que a sociedade já não é mais idêntica à do momento histórico em que a norma foi elaborada, que os anseios da sociedade já não se conformam mais com a demora, com a onerosidade excessiva e com os privilégios sociais, que terminam por causar uma exclusão processual, levam à necessidade da busca por outra maneira de solucionar conflitos.

Dentre os objetivos dos processos de modernização do Poder Judiciário para o acesso à justiça, um dos mais importantes, no que concerne à mudança social, ainda que pouco percebido pela sociedade, está na diminuição da tutela estatal em detrimento do aumento dos poderes da cidadania.

² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 106.

Tentam-se criar, portanto, mecanismos de proteção e garantias individuais que se conformem, não apenas sob o ponto de vista jurídico, mas também sob aspectos econômicos e sociais, com o pleno exercício dos direitos humanos, ainda que tais transformações se pareçam pouco notadas.

A constatação de que as desigualdades sociais sempre foram motivos de ameaça à legitimidade dos regimes políticos, assentes na igualdade de direitos, deu margem a outras discussões, como a análise da igualdade dos cidadãos perante a lei e a desigualdade da lei perante os cidadãos, o que, por sua vez, resultou na análise da questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte de diferentes classes e estratos sociais.

Dentro desse contexto é relevante ressaltar a transformação pela qual passou o Estado, para que possamos entender a evolução dos direitos que foram, paulatinamente, sendo assegurados aos cidadãos, no sentido de minimizar os problemas do acesso à justiça. O Estado passava a perceber que era necessária não só a criação de novos mecanismos para desobstruir o judiciário, mas intervir efetivamente nas relações interpessoais, para reequilibrá-las, em virtude do natural desequilíbrio do poder econômico, determinante de verdadeiros desequilíbrios processuais.

A finalidade inicial das primeiras constituições que surgiam era a de delimitar o Estado mínimo, conseqüentemente elas nada regularam sobre as relações privadas. Caberia ao Estado regular a igualdade formal dos cidadãos, assim como elencar quais seriam suas liberdades privadas, abstraindo-se, nesse contexto, suas desigualdades reais. A Justiça social cedia, portanto, lugar à hegemonia do economicamente mais forte. Por outro lado, a presença de uma codificação

liberal, juntamente com a ausência de uma constituição econômica, resultaria, inexoravelmente, na tendência natural da exploração dos mais fracos pelos mais fortes.³

Essa exploração contínua dos mais fortes sobre os mais fracos trouxe como consequência reações e conflitos da classe desfavorecida, advindo daí a constatação da necessidade de evolução da participação do Estado nas relações sociais, a fim de reequilibrá-las.

Portanto, ao longo dos anos, o Estado passa de uma fase reconhecidamente liberal, para um Estado de providência (Estado social). Ou seja, passa-se a exigir um Estado que seja ativamente envolvido na gestão dos conflitos, e que aposte na minimização possível das desigualdades sociais e nas relações econômicas, no âmbito e no modo de produção capitalista dominante.

Assim, com o término da Segunda Guerra, houve a consagração da expansão de novos direitos sociais e econômicos. Entretanto, estes direitos não passaram de meras declarações políticas, em virtude da ausência de mecanismos que os fizessem ser respeitados.

Dessa constatação, resultou que a organização da justiça civil, e claro, por conseguinte, a tramitação processual, não podia estar reduzida à sua dimensão técnica.

A consolidação do Estado – social, por sua vez, significou, na expansão dos direitos sociais, através da intervenção legislativa, administrativa e judicial, e nas atividades privadas, possibilitando-se a integração de classes trabalhadoras nos circuitos do consumo.⁴

O Estado passava, portanto, não mais a ser aquele que garantiria apenas a liberdade e a autonomia contratual dos indivíduos (pois, de nada adiantaria a liberdade sem a igualdade), mas

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de Informação legislativa**. Brasília, Senado Federal, nº 141, p. 101, jan/ março, 1999.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, nº 55, março, 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 22 de maio de 2005.

aquele que interviria profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça eqüitativa, a fim de promover, não apenas a justiça distributiva, mas a justiça social.⁵

Enquanto o Estado liberal havia assegurado os direitos de primeira geração, tais como a liberdade, a vida e a propriedade individual, o Estado Social, impulsionado por estes movimentos populares, procurou assegurar-nos os direitos sociais e igualdade material.

O Estado social passa, pois, a incluir na Constituição a regulação da ordem econômica e social, a limitar o poder político e econômico, além de reconhecer aos indivíduos direitos, que através deles mesmos são projetados, como o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, etc.⁶

Seriam, então, considerados como elementos necessários à liberdade individual e, conseqüentemente, inerentes aos direitos civis dos indivíduos: a liberdade de expressão, do pensamento e de religião, o direito à propriedade, o direito a firmar contratos válidos e o direito à justiça.⁷

O direito à justiça, dentro desse contexto, representará a constatação da necessidade do Estado adotar, não mais apenas uma conduta passiva, no sentido de se abster de violar os direitos anteriormente conferidos aos indivíduos, mas de conferir mecanismos para que estes mesmos indivíduos possam, ao serem violados nos seus direitos (seja por outros indivíduos, seja pelo próprio Estado), façam cessar e restaurar os mesmos, defendendo-se e fazendo valer, em igualdade com os demais, por meio de procedimentos legais, dentre os quais, se situará o objeto do nosso trabalho que é a análise do instituto da arbitragem.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz, Netto. Transformações gerais do contrato. In: **Revista ESMAL**. Maceió, ESMAL, n° 1, ISSN 1678-0450, p. 244, 2002.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de Informação legislativa**. Brasília, Senado Federal, no. 141, p. 102, jan / março, 1999.

⁷ MARSHALL, T. H.& BOTTMORE, Tom. **Ciudadanía y classe social**. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

Alguns motivos podem ainda ser apontados como responsáveis pelo acréscimo cada vez maior dos litígios que iriam parar no Judiciário: a participação dos trabalhadores - consumidores nas relações de consumo, a integração da mulher no mercado de trabalho, o acréscimo de rendimentos familiares, bem como a mudança de padrões familiares, entre outros aspectos das transformações sociais, e outras causas, de natureza estrutural, como a constitucionalização de novos temas, decorrente da tendência do constituinte por um modelo analítico para a Constituição, os conflitos emergentes das crises sociais que passaram a ser eminentemente jurídicos (e, para dirimi-los era necessário recorrer-se às vias judiciais).⁸

Da explosão da litigiosidade resultou a dificuldade da administração da justiça, no que tange à prestação jurisdicional, terminando por gerar uma recessão estrutural do Estado, relativamente ao Poder Judiciário.

Aliado a isso, a redução dos recursos financeiros do Estado e o crescimento de sua incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais, assumidos para com as classes populares, geraram uma verdadeira crise financeira que repercutiu diretamente na necessidade de expansão dos serviços de administração da justiça.

A exposição da fragilidade judicial, divulgada pelos meios de comunicação social, como também a vulnerabilidade política que foi trazida às elites dirigentes, deram ensejo a um novo e abrangente campo de estudo sobre a administração da justiça; sobre a organização e formação dos tribunais e dos juízes e a motivação de suas sentenças, levando a se pensar, em outras medidas, quem sabe até mesmo extrajudiciais, para desobstruir o aparato judiciário.

Tanto o STF quanto os Tribunais superiores, de uma forma geral, assistiram à multiplicação de processos abrangendo novos assuntos, idênticos no pedido e no fundamento,

⁸ CABRAL, Bernardo. A reforma do Judiciário. In: **Revista Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Ed. Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 5, nº10, 1º semestre, p. 51, 2001.

sem que dispusessem das ferramentas indispensáveis para impedir essa inócua proliferação de causas processuais.

Outro aspecto preocupa-nos ainda mais: o despreparo técnico de muitos juízes, a deficiência na elaboração de normas jurídicas, o desaparelhamento do judiciário, a prática de um sistema abusivo e irracional de recursos e o excessivo apego ao formalismo. Em resumo, podemos dizer que causas: estruturais, funcionais, individuais, operacionais, conjunturais e orgânicas complicam o funcionamento do Judiciário.

Por outro lado, graças às prerrogativas e privilégios das entidades estatais, os prazos para contestar e apelar são demasiadamente longos, o que resulta, muitas vezes, em abusos processuais, constantemente praticados pela advocacia pública, contribuindo a cada dia para uma efetiva falência do Poder Judiciário. Isso representa uma afronta direta ao art. 1º da nossa Magna Carta, que pretende garantir aos jurisdicionados a celeridade na tramitação dos processos.¹⁰

Daí a necessidade premente que se faz de buscar, ao menos no que tange aos direitos disponíveis, uma solução que seja mais eficaz, que seja dada em menor intervalo de tempo e que seja menos custosa, que é a arbitragem.

Urge, pois, que seja realizada uma reforma estrutural e, junto com ela, a democratização externa e interna, bem como o controle externo. O judiciário está carente de eficiência, o que resulta em uma demora de prestação de justiça ao cidadão. Não deixando de atribuir ao mesmo, claro, o mérito das conquistas como, por exemplo, a criação dos juizados especiais cíveis e criminais, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que são exemplos de medidas que, a cada dia, vão materializando demandas e aspirações coletivas e,

⁹ CABRAL, Bernardo. A reforma do Judiciário. In: **Revista Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Ed. Diretoria de comunicação social da AMB, ano 5, nº10, 1º semestre de 2001, p.52.

¹⁰ MANSO, Richard. Democratização do Poder Judiciário. In: **Revista Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Ed. Diretoria de Comunicação Social da AMB, ano 4, nº 8, 1º semestre, pp. 88- 90, 2000.

conseqüentemente, vão proporcionar uma maior cobrança na eficiência do Estado em relação à educação, à proteção social e ao funcionamento da justiça.

O que se propugna, na verdade, através de todas essas inovações, é buscar mecanismos institucionais, a fim de normatizar as práticas usuais da política, dando um valor maior à conciliação, buscando solucionar de maneira pacífica os conflitos, procurando sempre garantir de um lado a coesão social e a legitimidade; e de outro, a própria governabilidade.

Novos e inéditos canais de articulação entre as instituições públicas vêm sendo criados a cada dia e, em decorrência da evolução natural, muita experiência tem sido acumulada, o que permite uma maior mobilização daquelas instituições, pela força do imperativo da eficácia.

Logo, de um lado, temos a organização judiciária e a racionalidade ou irracionalidade dos critérios de distribuição territorial dos magistrados, e de outro, temos a distribuição dos custos, decorrentes da lentidão da justiça, como objetos a serem analisados profundamente, de forma a se declarar a necessidade unânime e urgente de reformas no processo, no intuito de fazer baixar os custos econômicos e a demora na prestação jurisdicional, constituindo uma prioridade no atual sistema.

Embora o acesso à justiça tenha sido, e venha sendo, portanto, um direito social básico que esteja crescendo nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago.

A efetividade propriamente dita poderia ser expressa como a “igualdade de armas”, isso significa dizer que deveria haver uma “garantia de que a conclusão final do litígio dependesse apenas dos méritos jurídicos, relativos às partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos”.¹¹

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

Claro é que a perfeita igualdade é utópica. As diferenças entre as partes são praticamente impossíveis de serem dirimidas. A questão que se põe, entretanto, é a de saber onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo.¹²

Um outro fator importante a ser observado é o fato de que, nas sociedades capitalistas, os custos da litigação são muito altos. A relação entre o valor da causa e o custo da demanda, por outro lado, aumenta à medida que o valor da causa diminui. Ou seja, a justiça civil é bastante cara para a maioria dos cidadãos, e mais, ela é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis.¹³

O fato é que são esses mesmos cidadãos os principais autores, ou os diretamente mais interessados nas ações de menor valor, para os quais a justiça é proporcionalmente mais cara, resultando, portanto, na dupla vitimação das classes populares face à administração da justiça.

Na realidade, por outro lado, a vitimação que sofrem os menos abastados financeiramente é tripla, se se tem em mente a observância, não só da dificuldade de acesso à justiça, e da sua dispendiosidade, mas também a morosidade, que redundando, obviamente, no acréscimo adicional das custas processuais.

A distância hoje que separa os cidadãos da administração da justiça é, portanto, tão maior quanto for a sua baixa condição social. Aliada a esta constatação há ainda o aspecto do desconhecimento dos direitos, quase sempre massificado nas classes sociais menos abastadas, o que, diretamente, dificulta, quando não inviabiliza, a busca pela solução de uma violação jurídica.¹⁵

¹² CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. São Paulo: Cortês Editora, 2001, p.168.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. São Paulo: Cortês Editora, 2001.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa, 2001, p.168.

Ainda que essa classe menos abastada tivesse conhecimento de seus direitos, por outro lado, há um outro fator que aparece como óbice ao acesso à justiça, configurada na figura dos representantes destes. Verificamos, de um lado, a classe privilegiada financeiramente com bons e conceituados advogados; e de outro, a classe economicamente mais frágil, inferiormente representada. Sob outro aspecto, encontramos nestes últimos a situação de dependência, de insegurança e o medo de represálias que têm daqueles economicamente mais bem estabelecidos.

Quem quer que ingresse, pois, em juízo, com uma ação judicial, terá de estar preparado para suportar um ônus em benefício do próprio judiciário; são as denominadas custas judiciais.

Mas, não só as custas judiciais afastam o acesso à justiça, acrescente-se a esse fato o ônus da sucumbência que cabe ao vencido suportar (como honorários a serem pagos ao seu advogado e ao advogado da outra parte). Isso faz com que o litigante em potencial só ingresse, na maioria das vezes em juízo, quando está certo de que vencerá a batalha judicial, o que é obviamente raro, dadas as incertezas do processo.

Aliado aos fatores acima expostos, na maioria dos países, dentre os quais o Brasil se insere, as partes que buscam uma solução judicial têm que esperar dois ou três anos, quem sabe mais, por uma decisão exequível. Se adicionarmos a essa delonga os altos níveis de inflação, os efeitos dessa demora na prestação judicial podem ser devastadores, terminando por pressionar, ainda que indiretamente, os economicamente mais fracos, a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que teriam direito.

Façamos, pois, uma breve análise quanto às vantagens e desvantagens das partes em um processo judicial. Senão vejamos:

Aqueles que, em uma demanda judicial, tenham mais recursos financeiros a serem utilizados, têm mais vantagens ao propor e defender demandas. Primeiramente porque podem pagar para litigar, além disso, podem também suportar as delongas de um litígio. Julgadores

passivos exacerbam claramente esse problema, à medida que deixam às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa.

As vantagens dos litigantes habituais (ou seja, aqueles que freqüentemente demandam em juízo), são maiores do que aqueles que têm contatos isolados e pouco freqüentes com o sistema judiciário.

Isso porque o litigante habitual, por meio da sua maior experiência com o Direito, ajuda-o a planejar melhor o litígio; ele terá uma maior economia de escala, pois tem mais casos; terá, portanto, maiores oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora.

Através dessa análise simples e breve, podemos, de imediato, retirar uma conclusão evidente: é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação deles envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grandes organizações, contra um litigante economicamente superior ou contra os litigantes habituais. Os novos direitos substantivos, que são característicos do moderno Estado de bem-estar social, no entanto, têm precisamente alguns contornos: por um lado, envolvem esforços para apoiar os cidadãos contra os governos, os consumidores contra os comerciantes, os locatários contra os locadores, etc; por outro lado, o interesse econômico de qualquer indivíduo será provavelmente pequeno, seja ele autor ou réu.

Ou seja, muitos problemas do acesso à justiça são mais complicados de serem solucionados, pois não podem ser resolvidos isoladamente, mas tão somente enquanto um conjunto unitário, o que torna a tarefa mais árdua e mais difícil de ser concluída.

Enquanto, de um lado, temos a democratização efetiva e crescente do acesso à justiça; de outro lado, como vimos, temos a sobrecarga dos tribunais que não conseguem alcançar uma exigência do mundo moderno: a rapidez e menores custos processuais para as partes litigantes.

O obstáculo processual mais visível que afeta o acesso à justiça, sem dúvida, poderia ser apontado como a duração dos processos, que, por sua vez, não é só um problema brasileiro, mas universal.

Se a demora na prestação jurisdicional é um dos problemas da crise da justiça, em contrapartida, a idéia de que todos os jurisdicionados pleiteiam a celeridade na apreciação das demandas não se verifica, bastando apenas observar o dia –a –dia dos tribunais em que, na grande maioria das vezes, um dos litigantes deseja que o feito se prolongue o máximo possível. Os advogados tendenciam a utilizar-se de todos os meios ao seu alcance, lícitos, ou, por vezes, ilícitos, para procrastinar a finalização do processo, como por exemplo: retirada dos autos do processo sem devolução no prazo correto, criação de incidentes processuais infundados, apresentação de documentos fora da oportunidade própria, interposição de recursos cabíveis, e muitas vezes incabíveis, contra todas as decisões desfavoráveis, etc.

Fato que contribui bastante para a proliferação desses problemas apontados é, sem dúvida, a não aplicação das penalidades legais estabelecidas para os advogados que agem de alguma das formas acima exemplificadas.

Some-se a isso os próprios defeitos existentes na legislação processual, que fazem com que a demora processual aumente cada vez mais. Os nossos códigos, inegavelmente, mantêm um formalismo exacerbado. No campo cível tem-se tentado, a passos lentos, minimizar, através de reformas parciais, os excessos de formalismo da lei processual, sendo assim: simplificou-se o

procedimento da citação e da prova pericial; extinguiu-se a liquidação por cálculo do contador, e ao agravo foi dada disciplina menos burocrática, etc.¹⁶

Logo, é de se ver que a demora é resultado da conjugação de inúmeros fatores, dentre os quais conclui-se que possivelmente não é em si a lei que ocupa o máximo relevo.

No novo cenário internacional com o qual nos deparamos, percebe-se que as Cortes estatais de justiça já não mais são os únicos meios de solução dos conflitos.

Sob esta ótica, queremos não só nos referir à atual situação caótica a qual enfrentamos hoje, com relação à crise no acesso e na distribuição da justiça realizado pelo Poder Judiciário através dos juízes e tribunais, mas também enfocar, inicialmente, os problemas organizacionais, estruturais e institucionais, assim como os problemas sociais, políticos e culturais, e, enfim, em um segundo momento, nos posicionarmos favoravelmente no que acreditamos como meio para contornar a morosidade da aplicação para soluções de justas demandas, através de um recurso de decisão pacífica dos conflitos intitulado arbitragem.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Revista Jurídica**. Rio Grande do Sul, Notadez, ano 49, n° 282, p. 21, abril, 2001.

CAPÍTULO 2

Capítulo 2- Outra perspectiva: por uma nova política judiciária; 2.1 A Arbitragem; 2.1.1 Breves notas históricas sobre o instituto da arbitragem; 2.1.2 A arbitragem e institutos jurídicos congêneres: arbitragem, peritagem, transação, conciliação e mediação. Distinções e similitudes; 2.2 Da Lei nº 9.307/96; 2.3 Natureza jurídica da arbitragem; 2.4 Pressupostos da arbitragem; 2.5 Os direitos das partes na arbitragem; 2.6 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei 9.307/96?

2. OUTRA PERSPECTIVA: POR UMA NOVA POLÍTICA JUDICIÁRIA.

Na modernidade da sociedade liberal-burguesa ocidental, como sabemos, a regra é que toda a tradição da produção legislativa e as práticas de produção da justiça, bem como a resolução dos conflitos são formalmente controlados pelos órgãos oficiais do Estado.

Porém, tem-se notado que, ao longo dos anos, quanto maior é o poder de intervenção, dirigismo e responsabilidade administrativa, maior é a necessidade que tem o Estado de criar “mitos - fundantes” para proteger e justificar sua onisciência face às outras instâncias sociais.¹⁷

Por mais ampla, forte e totalizadora que possa ser esta “regulamentação jurídica”, o Estado não consegue frear todo fenômeno de regulação informal proveniente de grupos sociais não-estatais, existindo, portanto, hoje, ao lado dos organismos estatais, no que tange à produção e distribuição de justiça, uma pluralidade de níveis autônomos e semi-autônomos de instâncias “legislativas e jurisdicionais” que fogem ao controle estatal.

Esses procedimentos societários, não – estatais, envolvem a convenção de padrões normativos de conduta e a solução consensual de conflitos, informalmente articulados por segmentos ou vontades individuais e coletivas, começando a assumir características e validade

¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Ed. Alfa - Omega, 2001.

distintas, diferenciada do poder judiciário, mas nem por isso menos legítimas e nem menos verdadeiras.

Essas práticas descentralizadas, provenientes de setores marginalizados, reprimidos e injustiçados irão, pois, formar meios de resolução para os seus conflitos que passarão a se denominar “alternativo”. São vistas como meio normativo, porém dotadas da espontaneidade e informalidade, o que as diferem, portanto, dos meios judiciais estatais.

Não estamos aqui nos reportando ao “Direito Alternativo”, mas tão somente queremos refletir sobre formas que andem em paralelo ao procedimento jurisdicional sem, necessariamente, desejar excluí-lo, mas, por outro lado, considerá-lo como algo indissociável, que constitui uma unidade dialética, em que um é a condição de possibilidade do outro e vice-versa. Queremos, pois, referir-nos ao alternativo institucionalizado, não excludente, mas associado e presente no “interior” do próprio sistema oficial.¹⁸

Nas últimas décadas do século XX, a cultura jurídica dos países capitalistas de industrialização globalizada experimentou considerável avanço na substituição da tradicional regulamentação centralizadora do Estado por crescentes processos de auto-regulação da sociedade civil.

De um lado, temos a diminuição da intervenção do poder estatal e de outro, o aumento cada vez maior da organização societária, o que resulta, não só na informalização da administração da justiça como também na expansão crescente de novos pólos de criação espontânea do Direito e na flexibilização e, conseqüentemente, na informalização da resolução dos conflitos.

¹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Ed. Alfa - Omega, 2001.

Fenômenos esses que só se tornaram possíveis com a democratização, alcançada pelas instituições sociais e pelas profundas transformações vivenciadas por um aparelho do Estado, receptivo e implementador das mais variadas modalidades de políticas públicas.

No Brasil – marcado por crescentes desigualdades sociais, pela marginalização de vários setores da população, cujo intervencionismo patrimonialista estatal tem como característica a ineficácia de uma justiça e que é por demais formalista e burocrática – as prioridades passam a ser a democratização do Estado, pela formação de uma cidadania coletivo - participativa, acentuada pela descentralização e avanço da sociedade civil.

O que transparece com muita nitidez, nos dias atuais, é a consciência da existência da crise de fundamentos que atravessa o paradigma jurídico dogmático, para trazer uma percepção de que o Estado atual não possui mais o monopólio absoluto e irrestrito da produção e distribuição do Direito, bem como a de que a “juridicidade oficial” positivista, cada vez mais, é obrigada a reconhecer e conviver com outras formas mais dinâmicas e mais justas de manifestações extralegais e informais, no âmbito da sociedade civil.

Sob este prisma, gostaríamos de dar uma maior ênfase às resoluções de conflitos institucionalizadas, com base em produção alternativa, existente dentro do Direito positivo oficial do Estado, especificamente, a arbitragem.

2.1 A Arbitragem

A arbitragem, como mecanismo de ajudar o Poder Judiciário na solução dos conflitos, não trata de excluir do Estado a apreciação de uma demanda, mas sim de uma autorização, conferida pelo próprio Estado, para que as partes possam eleger uma terceira pessoa, ou até mesmo um órgão institucional, no intuito de pôr fim a um litígio que se instaurou no seio social.

A arbitragem vem sendo utilizada não só no âmbito interno dos países, mas internacionalmente, em questões envolvendo não apenas direito privado, mas também direito público. Por ser uma forma mais rápida, mais discreta e mais econômica, a arbitragem ganha cada vez mais espaço no nosso ordenamento.

A arbitragem é composta por um julgador que não pertence à jurisdição normal, as partes o escolhem por entender ser o mesmo de confiança de ambas e por acreditar ser o mesmo um *expert* no assunto que lhe fora levado à análise. Sem dúvida é uma forma paraestatal de solucionar um conflito, uma espécie de justiça privada, em que as partes decidem conferir a análise e a solução do litígio a um órgão não estatal, mas com a autorização do Estado.

As partes têm ainda amplo poder para escolher até mesmo ao fonte do direito que querem que seja aplicado na resolução dos conflitos. Assim sendo, determinarão se o árbitro, para solucionar o conflito, se baseará na lei, nos costumes, em um tratado internacional, na equidade, etc. Porém há uma limitação: apenas poderão ser decididas, através da arbitragem, questões patrimoniais disponíveis.¹⁹

Geralmente a arbitragem refere-se à interpretação de um contrato; seu objeto é marcadamente de natureza contratual. Ao se referir à arbitragem, muitos questionamentos são inexoravelmente levantados, tais como: a diferença entre arbitragem e outros meios pacíficos de solução dos conflitos, sua constitucionalidade, seus requisitos, natureza jurídica, sua aplicação nos contratos, etc.

¹⁹ “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

“Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direitos que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. §2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

É sob esse panorama que vamos delinear nosso trabalho, buscando identificar quais os principais aspectos da arbitragem, verificar como a mesma se aplica às questões contratuais de consumo e civil, como se dará a interpretação da convenção arbitral, estudar a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (suas diferenças e semelhanças), a constitucionalidade da Lei 9.307/96, analisar como o juiz deve julgar uma arbitragem utilizando-se da equidade, e esclarecer, através de dois casos práticos, como está o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à aplicabilidade da arbitragem, etc.

Através de um assunto que desperta muito interesse que é a crise do judiciário, vamos defender a utilização da arbitragem, mas como dissemos, não como um meio de afastar a aplicação da solução do litígio pelo Poder Judiciário, nem vamos aqui sugerir que a arbitragem é uma solução única e possível para tal crise. Queremos, tão somente, explicar quais seriam as bases para sua melhor implementação, suas vantagens, demonstrar como a mesma pode ser aplicada aos contratos, apontar quais são suas mazelas e finalmente analisar criticamente se é ou não um instituto que poderá, enfim, servir de forma a funcionar como meio garantidor e democratizador do princípio de acesso à justiça.

Acreditamos que a primeira solução para o acesso à justiça seria a assistência judiciária ou a representação jurídica aos interesses “difusos”, mas este enfoque não será objeto de investigação. Apesar de reconhecermos a sua fundamental importância, procuramos delimitar o tema, e levar o problema do acesso à justiça sob uma outra ótica, ou seja, focar o acesso à justiça de um modo mais articulado, defendendo, inicialmente, a criação de resoluções de conflitos que sejam realizadas por órgãos que não os estatais.

Assim sendo, proclamamos por uma nova política judiciária, tal qual passaremos a expor posteriormente. Antes disso, vejamos como surgiu a arbitragem e como a mesma evoluiu a fim de entendermos porque ela possui suas atuais características.

2.1.1 Breves notas históricas sobre o instituto da arbitragem

Para que melhor possamos entender o que, de fato, vem a ser o instituto da arbitragem, precisamos fazer uma incursão histórica no tema, a fim de descobrir suas origens e compreender como a mesma está se desenvolvendo no Brasil, especialmente no que tange à sua aplicação em virtude de uma relação contratual, objeto principal de nosso trabalho.

A arbitragem já encontrava seus primeiros indícios históricos na mitologia grega. Páris, filho de Príamo e Hécuba, no Monte Ida, já atuava como árbitro entre Atena, Hera e Afrodite que disputavam a maçã de ouro, que deveria ser conferida à mais bela delas. O litígio foi decidido em favor de Afrodite que teria oferecido a Paris, como suborno pela sua vitória, o amor de Helena.²⁰

A arbitragem na Grécia se destacava, face à justiça do direito comum, desde aquela época por ser mais rápida e mais brilhante.

O árbitro, diferentemente do juiz que deveria julgar conforme a lei existente nas Cidades–Estados ou *polis*, poderia decidir conforme a equidade. Nesta época, em Atenas, as funções dos árbitros dividiam-se em duas fases: a primeira era aquela em que iria se tentar uma conciliação entre as partes; a segunda, puramente arbitral, resultaria na publicação da sentença. Porém, sendo decisível e incontestável a prova apresentada, a função do árbitro resumir-se-ia em acolhê-la e dar o veredicto, caso contrário, a decisão seria prolatada de acordo com sua convicção pessoal.²¹

Antes mesmo do aparecimento do Estado, com sua estrutura político-jurídica formada, podemos indicar algumas fases pelas quais passaram a resolução dos conflitos de interesses, até chegarmos à justiça pública tal qual temos nos dias atuais.²²

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, Senado Federal, ano 25, nº 98, p.128, abr / jun, 1988.

²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. 1988, p. 128.

²² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.14.

Em uma etapa preliminar às civilizações, os indivíduos, sem a participação do Estado, dirimiam seus próprios litígios. A justiça privada era predominante, intervindo o Estado, tão somente, quando as questões versavam sobre religião. Nessa mesma época, começa então a haver os primeiros indícios de distinção entre a violência legítima da ilegítima.

Assim, à medida que as instituições, à época existentes, apresentavam-se incapazes de resolver os conflitos de interesses, a justiça privada era a maneira pela qual se colocava fim aos conflitos interpessoais.

Da justiça privada, passamos a uma outra forma de justiça colocada nas mãos ainda dos indivíduos, não mais de forma direta pelo ofendido, mas pelo grupo social ou por terceiro, destinado especialmente para esta finalidade.²³

Em um segundo momento, aparece o arbitramento facultativo. Sem usar a violência individual ou coletiva contra o agressor, a vítima passava a preferir receber uma indenização que a ambos parecesse justa, ou caberia a um terceiro, o árbitro, fixá-la.

Só em uma terceira fase é que apareceria o arbitramento obrigatório. O Estado passava a obrigar as partes a escolher o árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo declarado ofensor, se elas facultativamente não o tivessem feito. Assegurando ainda a execução da sentença, e caso o réu não viesse a cumpri-la, mesmo assim, havia a resolução dos conflitos por meio da vingança privada.

Apenas em um último momento é que o Estado, definitivamente afastando a justiça privada, através de seus funcionários, resolve os conflitos e interesses, passando a assumir para si a execução forçada das decisões, é a fase intitulada *justiça pública*. Entretanto, nessa última fase, se as partes anuissem, era perfeitamente possível solucionar o litígio utilizando a arbitragem, ou seja, a arbitragem passa a ser de regra à exceção.

²³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: RT, 1997, p.16.

Em Roma, cada direito correspondia a uma ação em específico, sendo os direitos encarados, mais pelo aspecto processual do que material, sendo, por isso, comum dizer-se que o Direito Romano era muito mais um sistema de ações do que um sistema de direitos.

O Direito Romano conheceu bem as quatro etapas que elencamos, entre a justiça privada e a justiça pública. A primeira fase, com a Lei de Talião, estabelecida com a Lei das XII Tábuas; a segunda, basicamente durante todo o período de evolução do direito romano; a terceira, durante os sistemas de processo civil romano conhecidos como *legis actiones* (período pré-clássico) e *per formulas* (período clássico); a quarta, com a *cognitio extraordinária* (período pós-clássico).²⁴

As *legis actiones* (ações da lei), já presentes na época da Lei das XII Tábuas, no direito pré-clássico, conservadas pela idade republicana, ainda apresentavam traços característicos da justiça privada, pelo uso de um extremo formalismo, conseqüência de uma forte influência do recurso da autodefesa privada e do arcaico elemento religioso no processo.²⁵ Essa fase ocorreu entre 754 a.C, até 130 a.C.²⁶

A partir das XII Tábuas houve uma bipartição do processo. Uma primeira fase, intitulada de *in iure*, desenvolvia-se perante um tribunal, onde eram praticados os atos preliminares do processo, na presença do magistrado, que por sua vez fixava os pontos da controvérsia; uma outra fase, denominada *apud iudicem*, era realizada perante um juiz privado (cidadão) que analisava as razões das partes e proferia a sentença.²⁷

²⁴ Esclarecendo-se desde já, de outra sorte, que os procedimentos que iremos, brevemente, analisar não foram estanques, porque o sistema romano caracterizou-se pela interpenetração de fases.

²⁵ BURDESE, Alberto. **Manuale di Diritto Privato Romano**. Milão:UTET, 1993, pp. 74 , 75.

²⁶ FILOMENO, José Geraldo Britto. Conflitos de consumo e juízo arbitral. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 21, p.39, jan/ mar 1997.

²⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1999, p. 27.

Em um primeiro momento, portanto, caberia ao magistrado conhecer as pretensões contrapostas dos litigantes, através de um procedimento oral.²⁸

Por meio da contraposição de pedidos a ele apresentada, o magistrado analisaria se teria ou não lugar a *actio*, o que quer dizer que, em caso positivo, a concedia; em caso negativo, ou seja, se o magistrado verificasse que não se caracterizava nenhuma das hipóteses previstas na lei, denegava-a.

Verificada a admissibilidade da *actio*, a sua concessão dependeria ainda de um contrato judicial, denominado *litis contestatio*, que representaria o fecho do procedimento inicial, como vimos, intitulado *in iure*.

Esse contrato judicial pressupunha uma formalidade essencial que estava representada na necessidade das partes, não apenas em aceitarem o árbitro que participaria da próxima fase *in iudicium*, indicado de comum acordo por elas, mas ainda que declarassem a aceitação da decisão daquele como soberana.

Uma vez indagados pelo magistrado, dava-se por aí encerrada a primeira fase da *legis actiones* (salvo alguns casos que passaremos posteriormente a analisar). O juiz deveria fazer a seguinte pergunta às partes: “*Spondes?*”, ou seja: “aceitas o árbitro e sua decisão?”, por sua vez, as partes, cada uma delas, deveria, singelamente, respondê-lo “*Spondeo*”, que queria dizer que concordava com as condições.²⁹

No procedimento *in iure* poderia haver o reconhecimento, pelo demandado, do direito do demandante, caracterizando assim a *confessio in iure*. Essa seria uma forma do processo ter seu fim perante o magistrado. Da mesma forma, teria fim o processo perante o magistrado se

²⁸ FILOMENO, José Geraldo Britto. Conflitos de consumo e juízo arbitral. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 21, jan/ mar, p.39, 1997.

²⁹FILOMENO, José Geraldo Britto. 1997, p.39.

houvesse a subordinação espontânea do réu ao juramento do autor, denominado *iusiurandum in iure delatum*.

Não ocorrendo, no entanto, nenhuma das hipóteses acima elencadas, e, não havendo a *denegatio actiones* pelo magistrado, ter-se-ia a *litis contestatio*.

A *litis contestatio* consistia no contrato processual entre os litigantes, por meio do qual se definia objetiva e subjetivamente o litígio. Sua função, portanto, era a de estabelecer uma delimitação objetiva e subjetiva da lide, possibilitando que somente em torno dela se estabelecesse o *iudicium* que se processaria perante um árbitro ou juiz privado.

Ao juiz privado ou árbitro, após o magistrado remeter-lhe o processo, era dada a função de proferir uma sentença, na conformidade da evidência exaurida através das provas que lhe fossem apresentadas, e a partir de sua própria consciência (*ex animi sententia*).

Com a criação da *Lex Iulia iudiciorum privatorum* deu-se origem ao processo por fórmulas que, em relação ao processo civil por ações, preservava a característica da existência de duas fases processuais: uma destinada à colocação da controvérsia e preparação do juízo; a segunda direcionada ao exame da lide e à formulação do juízo.

Na Idade Republicana mais avançada, afirma-se um novo tipo de processo o *per formulas*. Começa a ficar superado o rígido formalismo arcaico, dando lugar a um formalismo mais aberto, consistente na necessidade de fazer valer um juízo, baseado numa fórmula.

Somente o cidadão romano, dotado de *status civitatis*, poderia pretender a tutela jurisdicional, entretanto a população de Roma e suas províncias não se constituíam apenas de cidadãos. Havia, além destes, os peregrinos aos quais não se outorgava a tutela jurisdicional. Surgia assim um impasse: como aos peregrinos não era conferida a tutela jurisdicional através das já citadas *legis actiones* e não se podia recusar as relações existentes entre estes e os cidadãos

romanos, surgiu a necessidade de se estabelecer uma tutela que abrangesse também os estrangeiros. Por essa razão, foi criado o processo fórmular.

Para a criação do referido processo por fórmulas foi, pois, necessária a intervenção legislativa, isto é, na intenção de se criar, paralelamente às *legis actiones*, outro elenco de ações.

Coube, portanto, ao pretor romano a responsabilidade de elaborar o denominado *ius honorarium*. O pretor, através da criação de fórmulas por ele elaboradas, começou a conceder ações para a tutela dos direitos disciplinados no *ius gentium*, ou seja, para aquele direito que ao lado do *ius civile*, regulava as relações entre os peregrinos. O processo *per formulas* teve, pois, como pôde se ver, uma origem, eminentemente pretoriana.³⁰

Em razão, pois, do *imperium* de que era dotado o pretor, para atender às relações dominadas pelo direito das gentes, foi que no ano de 242 a. C, criou-se em Roma o *praetor peregrinus* ao lado do *praetor urbanus*, passando-se a estender a proteção jurisdicional às relações entre os peregrinos. Com o pretor peregrino, ao lado do pretor urbano, passou-se à legitimação do procedimento anteriormente concebido por ele, reconhecendo-se a função específica de tutela dos direitos dos estrangeiros.

Quando da falta de proteção dos interesses dos peregrinos pelo *ius civile*, o pretor urbano conferia aos litigantes uma fórmula escrita. Sendo assim, o procedimento deixava de ser originalmente oral, como ocorria na *legis actiones*, passando-se à inserção no processo de um documento escrito, que era a **fórmula**. O conteúdo da fórmula possuía os mesmos elementos que o pretor, na *legis actiones*, transmitia ao *iudex* privado.

³⁰ FILOMENO, José Geraldo Britto. Conflitos de consumo e juízo arbitral. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 21, jan/ mar 1997, p.39.

Inicialmente, o sistema formular foi concebido para que pudessem ser resolvidos os problemas trazidos pelos litigantes ao pretor, de maneira que o magistrado consignava, na fórmula, apenas aquilo que fosse restrito à hipótese do que se tratasse, daí a limitação objetiva e subjetiva dos contornos da lide, por meio da fórmula escrita.

As prescrições do pretor passaram a constituir o próprio édito, o que lhe conferia o caráter de verdadeira preceituação de ordem geral. Dotadas de abstração, assumiam tais prescrições caráter legislativo do próprio *ius honorarium*.

A maior característica desse tipo de processo é a superação do formalismo e o abrandamento da utilização da autodefesa, em contrapartida começa a ser consolidada a autoridade estatal. O formalismo ainda continuava a existir, porém de forma mais aberta, tendente a articular as pretensões, tomando como base determinadas fórmulas. Ainda se tinha o processo em duas fases *in iure* e *apud iudicem*, permanecendo, portanto, o poder de decidir a controvérsia, até então, nas mãos de um terceiro, eleito pelas partes.

Logo, é de se verificar que no sistema *per formulas*, assim como acontecia no sistema *legis actiones*, a fase denominada *apud iudicem* desenvolvia-se perante o juiz particular ou popular (*iudex priuatus* ou *iudex unus*), que era o encarregado da cognição, apuração dos fatos e de proferir a sentença.

O *iudex priuatus* era, normalmente, um juiz único, porém, em certos litígios, na fase do *apud iudicem*. No lugar do *iudex unus*, tínhamos os *recuperatores* em número de três ou cinco, mas que não chegavam a formar um tribunal permanente.

Se o *Iudex unus* não fosse escolhido livremente pelas partes, na ausência de concordância destas, ele seria escolhido entre os nomes constantes de uma lista intitulada *album iudicum*. A escolha, através dessa lista, era realizada da seguinte forma: o autor indicaria alguns dos nomes da lista e o réu, sucessivamente, poderia recusar aqueles que não gozavam de sua confiança. A

escolha resultaria naquele que primeiro o autor escolhesse e o réu não impugnasse. Porém, a recusa do réu com relação a todos os nomes da lista, deveria ser interpretada pelo magistrado como intenção do réu de não se defender convenientemente.

Segundo Moreira Alves:

As pessoas que integravam o álbum *iudicum* variaram no decorrer da história de Roma, em virtude das questões de ordem política. A princípio, só os senadores tinham ingresso no álbum; com a lei Semproniaudiciaria, de 123 a.C., passou ele a ser constituído de 300 senadores e de 600 membros da ordem eqüestre (os cavaleiros); posteriormente, em 180 a.C., a lei Serulia Gláucia eliminou do álbum os senadores, e estabeleceu que nele figurariam os nomes de 540 cidadãos – que não podiam ser filhos de senadores – escolhidos entre os membros da ordem eqüestre, de 30 a 60 anos, e sem interesses além-mar; nos fins da República, em 70 a.C., passaram a ser incluídos no álbum os nomes de senadores membros da ordem eqüestre e de *tribuni aerarii*. No principado, de início o álbum apresentava quatro decúrias de pessoas capazes de ser *iudex*; a partir de Calígula, as decúrias aumentaram para cinco, e eram colocadas em gradação conforme os haveres integrantes de cada uma.³¹

Os denominados *recuperatores* teriam uma função mais específica: depois das guerras, em virtude dos tratados internacionais, eles deveriam fazer restituírem-se as coisas capturadas ao inimigo, assim como retomar as coisas de que este se apossara. Normalmente, como já dissemos, em número de três ou de cinco, até provavelmente a Lei *Aebutia*, apenas funcionavam na fase *apud iudicem*, e nos litígios entre estrangeiros, ou entre os estrangeiros e os romanos. Não se sabendo, entretanto, ao certo, se os mesmo eram escolhidos pelo pretor peregrino, ou se era designado por sorteio.

Os juízes populares estavam, assim como os magistrados, sujeitos a observar regras de tempo, lugar e forma. Para os primeiros, a Lei das XII Tábuas determinava como horário limite, para que as partes se apresentassem, o meio-dia. Caso isso não acontecesse, a parte que não se apresentasse perderia a causa; os atos poderia ser praticados nos dias nefastos (consagrados às

³¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.189, vol. I.

festas religiosas pagãs), mas até o pôr do sol. Se os debates, no entanto, não pudessem ser concluídos nesse mesmo dia, prosseguiriam em outro dia.³²

Em relação ao lugar, os atos processuais deveriam ser realizados no *fórum* ou *comitium*, mas o magistrado poderia fixar o lugar onde o juiz iria desempenhar suas funções. Em qualquer caso, a audiência era sempre pública.

No que diz respeito à forma, os atos eram orais, podendo ser, no processo formulário, a sentença escrita.

Entretanto, nessa mesma fase processual começava-se a notar que, aos poucos, o *iudex privatus* cedia lugar a tribunais permanentes.

Nos fins da República e durante o principado, em Roma já se faziam notar alguns tribunais permanentes: *decemuiri stlitibus iudicandis* – os quais, julgavam as questões relativas à liberdade e ao estado civil da pessoa; e os *centumuiiri* – a partir do principado, julgavam qualquer ação real.³³

Então, enquanto na realeza era o rei que distribuía a justiça, na República esse poder passou, de início aos cônsules, que normalmente eram dois, e exerciam –no, alternadamente: um em um mês e o outro noutra mês. Somente a partir de 367 a.C os cônsules passariam a exercer a jurisdição graciosa passando, pois, os pretores a exercer a jurisdição contenciosa, e, quando as vendas ocorressem nos mercados públicos a jurisdição contenciosa passaria a ser exercida em parte pelo *edis curuis*.³⁴

Dentre os magistrados encontrávamos as figuras do pretor urbano que era o responsável pela solução dos litígios entre os cidadãos romanos; o pretor peregrino que solucionava as

³²32 MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.192, vol. I.

³³33 MOREIRA ALVES, José Carlos, 2003, p.190, vol. I.

³⁴34 MOREIRA ALVES, José Carlos, 2003, p. 184, vol. I.

questões entre os peregrinos e *cives* e *peregrini*; e o *edil curul* que era designado apenas para solucionar as controvérsias que versassem sobre escravos e animais.

Já a segunda fase, denominada, *apud iudicem*, realizava-se diante de um órgão judicante, que era por regra um *iudex unus* privado, também chamado de *arbiter*.³⁵ Este, quando designado pelo juiz e as partes acordavam, era eleito para conhecer da matéria com certa discricionariedade. A eleição do *arbiter* era realizada através de uma lista de pessoas detentoras de certos requisitos. Mas, quando as partes não estivessem de acordo com tal árbitro eleito, ele poderia ser constituído apenas para determinados tipos de controvérsias ou para questões individuais concretas, a partir de um colégio de *reciperatores*, escolhidos também através da mesma listagem.³⁶

Com o título de *De receptis* o instituto arbitral recebeu disciplinamento no Digesto (Livro IV, Título 8; Cód. Liv. II, Título 55). O *receptum* representava a assunção, de maneira não formal, da responsabilidade sancionada pelo pretor, das partes, árbitros, etc. De forma que havia três formas de *recepta*: *arbitrii*, *nautarum cauponum* e *stabulariorum argentarii*.³⁷

Não nos ateremos especificamente às distinções entre cada uma delas, mas a que mais de perto nos interessa é, sem dúvida, a *receptum arbitrii* que representava o compromisso firmado pelo árbitro, escolhido pelas partes, de solucionar a controvérsia posta sob sua apreciação.

O pretor, por seu turno, no lugar de uma ação, comprometia-se em adotar meios de coerção, como por exemplo, a imposição de multa para que o árbitro executasse o compromisso assumido.

Já na idade pós-clássica, ainda no direito justiniano, o pacto de compromisso era sancionado por ação quando reforçado pelo juramento das partes e dos árbitros, ou quando as

³⁵ Alguns textos, entretanto, no lugar de *iudex*, referem-se ao *arbiter*, embora as fontes não esclareçam muito bem sobre a diferença entre eles, divergindo os romanistas. O mais correto seria determinar que o *arbiter* é o juiz popular que se deslocaria para o lugar do litígio (e.g. questões sobre limite de terras) e, que em face da natureza dessas lides teria poderes mais amplos que o *iudex*.

³⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1999, p.27.

³⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. 1999, pp.28,29.

partes tivessem aceitado por escrito a sentença arbitral e deixado de impugná-la no prazo de dez dias, passando assim a ser obrigatória a pronúncia arbitral, cujo inadimplemento espontâneo era atacado através da *actio in factum* ou *conditio ex lege*, que era uma ação ajuizada perante o magistrado para forçar a parte vencida à execução do laudo arbitral, ficando vedado ao juiz o julgamento do mérito.

Na primeira constituição de Justiniano, verificada a intenção das partes em iludir o laudo arbitral, estaria o juiz autorizado a intervir nele, desde que as próprias partes tivessem realizado uma anterior *stipulatio poenae* no compromisso ou na cláusula compromissória.

Com o início do Principado, passa-se a ter também outro tipo de processo: o *cognitio extra ordinem* tornando-se, após a idade pós-clássica, a única forma de processo civil romano. O *cognitio extra ordinem* caracterizava-se pelo abandono do formalismo até então existente no processo formular e passando o Estado a ter maior participação. As duas fases em que se dividia o processo, deixava aos poucos de existir, assim como diminuía a intervenção das partes e reduzia-se a vingança privada. O processo passava então a se desenvolver do seu início ao final perante o órgão estatal, que seria responsável não só por impulsionar o feito, mas também por reservar a este a elaboração e prolação da sentença.

Como vimos, o pretor romano, em face de certos interesses, começou a expedir decretos, ordens, interditos, em face de certas relações, sem recorrer à fórmula que pressupunha a atividade ulterior do juiz privado. Sendo assim, o pretor passava a exercer cognição diversa. Ao examinar as situações descritas pelos interessados, conferia ele mesmo a proteção que entendesse adequada, através de atos que eram intitulados decretos e interditos (que não constituíam sentenças), mas que continham ordens decorrentes do exercício do império pelo magistrado.³⁸

³⁸ FILOMENO, José Geraldo Britto. Conflitos de consumo e juízo arbitral. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 21, p.42, jan / mar, 1997.

Em virtude da atuação pretoriana e da eliminação das fases pelas quais passavam os procedimentos anteriores à *extraordinaria cognitio*, o procedimento passou a ser único e ser todo ele perante o magistrado romano.

Aproximava-se o Baixo Império Romano e a Era Clássica estava sendo superada, passando-se à estatização do processo romano. Começavam a surgir os primeiros magistrados, como verdadeiros funcionários do Estado.

Estava, pois, estabelecido o monopólio estatal e a jurisdição. A tutela processual já não era mais uma função própria do juiz privado, mas do juiz público.

Na Idade Média, com a ausência de leis ou quando da sua existência, em virtude de sua excessiva dureza ou incivilidade, a falta de garantias jurisdicionais, a grande variedade de ordenamentos, fraqueza dos Estados, os conflitos entre o Estado e a Igreja faziam com que o instituto da arbitragem pudesse se desenvolver mais rapidamente.

A partir do século XII surge então a arbitragem comercial, recurso bastante utilizado pelos comerciantes da época, em virtude da celeridade e eficiência que a mesma apresentava.

Nessa mesma época, a arbitragem passava a ser também difundida entre os cristãos, com a participação da Igreja Católica. São Paulo, na Primeira Carta aos Coríntios, Capítulo 1, versículo 6, determinava que não se deveria recorrer à justiça romana, devendo os conflitos serem resolvidos dentro da própria comunidade escolhendo-se, portanto, entre eles, um irmão e assinalava como características inerentes ao juízo arbitral: a livre escolha feita pelas partes; o tipo

de árbitro, que deve ser da mesma fé (religião, classe ou casta)ou que adote os mesmos princípios dos litigantes.³⁹

Na sociedade medieval era, pois, o Papa o árbitro supremo, e os bispos, enquanto senhores de terras, utilizavam-se da justiça privada para a aplicação das penalidades religiosas, tais como a excomunhão e o interdito.

O instituto arbitral, inicialmente aplicado em Portugal, no direito lusitano medieval, desenvolvido pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas vem a ser finalmente aplicado no Brasil através desta última.

Sendo assim, na Constituição do Império (1824) em seu art. 160 já se estipulava que: “Nas ações cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as mesmas Partes”.⁴⁰

A obrigatoriedade da arbitragem surgiria logo após, através das Leis de 1831 e 1837 aplicáveis à solução dos litígios que versassem sobre seguro e locação, sendo aplicável apenas em 1850 com o surgimento do Código Comercial, passando a abranger todas as controvérsias de natureza mercantil. A partir de 25.11.1850, as causas que versavam sobre aqueles assuntos passariam a ser disciplinadas pelo Regulamento 737, que trazia a distinção entre a arbitragem necessária e a voluntária. Mas, a voluntariedade da arbitragem logo voltaria a prevalecer por força da Lei 1.350, de 1866, regulamentada pelo Decreto 3.900 de 26.06.1867.⁴¹

Como advento da República, a arbitragem passa a ser tratada nos Códigos Civil (Lei 3.071/1916) e de Processo Civil, este unificado apenas após 1939.

³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, Senado Federal, ano 25, nº 98, pp.130, 131,abr / jun 1988.

⁴⁰ JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem questionamentos e perspectivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.12.

⁴¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1999, p. 32.

Duas restrições do direito brasileiro tradicional fizeram com que a arbitragem não saísse da letra apenas da lei, passando a não entrar no hábito dos litigantes: a) a exigência de que o laudo, para adquirir eficácia, dependesse de homologação judicial; e b) não reconhecer à cláusula compromissória, inserida no contrato, a força de conduzir-se necessariamente ao juízo arbitral. A cláusula compromissória era tratada apenas como simples promessa de contratar, e, sua inexecução não resultava em execução específica, mas tão somente em perdas e danos, caso a parte após o surgimento do litígio, não se dispusesse a firmar o contrato definitivo, que era o compromisso arbitral.⁴²

O juiz, uma vez descumprida a obrigação de formalizar o compromisso arbitral por uma das partes litigantes, não poderia suprir a declaração de vontade da parte sonegada, o que fazia com que a simples ausência ou oposição de vontade de uma das partes em celebrar o compromisso arbitral, ainda que no contrato houvesse a estipulação da cláusula arbitral, já era motivo ensejador de não se poder levar o litígio ao procedimento arbitral.

Além de tudo isso, o procedimento imposto pelo CPC ao laudo arbitral, necessitando o mesmo ser homologado judicialmente, fazia do instituto arbitral algo extremamente burocrático, visivelmente em oposição à agilidade que o mesmo pretendia apresentar.

Apenas com o surgimento da Lei de Arbitragem (9.307/96) é que pudemos verificar reais condições práticas à implementação da arbitragem na realidade jurídico – brasileira.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo: RT, ano I, n° 2, p.10, nov/ dez, 1999.

2.1.2 A arbitragem e institutos jurídicos congêneres: arbitragem, peritagem, transação, conciliação e mediação. Distinções e similitudes.

Antes mesmo de nos adentrarmos no tema objeto de nosso trabalho, é importante que se façam algumas distinções acerca dos temas ora propostos.

Apesar de serem meios alternativos de solução pacífica de conflitos, e da existência de similitudes entre alguns, os institutos, ora em comento, não podem e não devem ser confundidos.

Não se trata de institutos novos, mas que tomaram, ao longo dos tempos, novas feições e forma, a fim de assumirem uma função mais dinâmica e de vigorosa orientação social, com o objetivo de transformarem-se em uma organização institucionalizada.⁴³

Como já esclarecemos anteriormente, estes institutos não são utilizados com a finalidade de substituir o processo jurisdicional, mas de facultar as partes à escolha de uma solução mais célere para seus litígios, através de instâncias diferenciadas e alternativas, autorizadas pela própria lei.

Dentre estes institutos estará a arbitragem, em que nos atermos mais profundamente em momento posterior. A arbitragem tem natureza nitidamente publicista e paraestatal. É uma forma alternativa e facultativa de solução dos conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas. Ela se desenvolve sob a autorização e garantia do Estado, mas não por meio de seus órgãos ou seus representantes, e sim por meio de terceiro, eleito pelas partes (árbitro), cujas decisões terão força de sentença judicial, sendo, portanto, considerada título executivo judicial.

Com o surgimento da possibilidade de aplicação dessas formas alternativas de solução dos conflitos passou-se a questionar se os mesmos não estariam violando a exclusividade do

⁴³ BERIZONCE, Roberto Omar. Los médios alternativos de solucion da conflictos: bases para su implementacion. In: **Análise de la Facultad de Ciências Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**. Plata: Editorial de la Universidade Nacional de La Plata, Tomo XXXII, p. 143, 1996.

monopólio da jurisdição estatal na resolução dos conflitos. Tal monopólio teria de ceder espaço a outras instâncias próprias da denominada, genericamente, justiça coexistencial, que elabora, frente ao excessivo formalismo, inerente ao processo judicial, mecanismos de solução das controvérsias que tenham como características essenciais uma maior simplicidade, celeridade e uma maior participação popular na justiça.⁴⁴

Todavia, estes institutos estão restritos à análise de apenas uma categoria específica de litígios: os que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A peritagem, representada pela consecução da perícia técnica, resulta na produção probatória fornecida por pessoa detentora de conhecimento técnico ou científico da matéria em questão, denominada perito.

Enquanto o árbitro, na arbitragem, funciona como um juiz, que irá decidir a lide, sendo-lhe apresentada uma questão que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, o perito limita-se à produção probatória que lhe foi confiada. Mas, o árbitro, existindo perícia na arbitragem, não está ao laudo pericial vinculado, sobretudo se estiver autorizado a julgar por equidade.

O árbitro realiza a cognição e o julgamento, dando uma solução ao conflito que lhe fora trazido, ele não tem poder de império, o que quer dizer que não pode fazer valer e exercer o direito que afirmou existir, não pode condenar, executar ou mandar forçosamente. Entretanto, a ausência de jurisdição coativa ou impositiva não retira do árbitro o poder jurisdicional de solucionar a lide e decidir quem tem razão. O que implica dizer que o árbitro diz o direito e nada mais.⁴⁵

⁴⁴ BERIZONCE, Roberto Omar. Los médios alternativos de solucion da conflictos: bases para su implementacion. In: **Análise de la Facultad de Ciências Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**. Plata: Editorial de la Universidade Nacional de La Plata, Tomo XXXII, p. 144, 1996.

⁴⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1999.

A transação será o negócio jurídico bilateral celebrado pelas partes que, através de concessões recíprocas, previnem (extrajudicialmente) ou extinguem (extra ou judicialmente) obrigações litigiosas ou duvidosas.

A conciliação, por seu turno, é uma composição amigável entre as partes, sem que haja a necessidade de haver concessões mútuas como, por exemplo: a desistência da ação, a renúncia ao direito e o reconhecimento do pedido.

A conciliação é um procedimento prévio, inerente ao processo civil, seja anterior ao processo (despida de maiores formalidades processuais, observando apenas os requisitos necessários à constituição do título executivo extrajudicial, quando as partes podem, através de termos expresso por elas assinado, compor seu litígio) ou uma alternativa dentro do mesmo.

Na conciliação o terceiro (conciliador) negocia, sugere, propõe, enfim, a sua atuação é direcionada ao acordo de vontade das partes no litígio, ele atua direta e internamente na lide, sua finalidade primordial é aproximar os interesses em litígio.⁴⁶

É papel fundamental do conciliador conduzir as partes a um consenso, sem afastar as suas vontades, mas é a vontade das próprias partes que possibilita o acordo e põe fim à demanda.⁴⁷

Logo, enquanto na conciliação a decisão dependerá do consenso entre as partes; na arbitragem o consenso das partes é anterior à sua instituição (através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral), e a sentença arbitral dependerá deste consenso.

O que resulta afirmar que a autocomposição ou composição amigável é o gênero no qual a transação e a conciliação são as espécies.

⁴⁶ PATU JÚNIOR, Ruy Trezena. Mediação, Conciliação e Arbitragem. Alternativas à prestação jurisdicional convencional. In: **Revista da ESMape**. Recife, ESMape, ano 1, no. 2, p.301, novembro 1996.

⁴⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, pp. 33, 34.

A transação representaria o encontro da vontade das partes, a conciliação é um instrumento direto de composição da controvérsia operada pelas próprias partes litigantes, já a arbitragem dependeria não da vontade das partes, mas da análise e composição do litígio por meio de um árbitro.

Temos ainda que distinguir a transação civil da transação processual. Esta é um tipo de composição que é celebrada no bojo do processo, extinguindo-se no momento do julgamento do mérito; já a transação civil indica a renúncia a direitos através de concessões mútuas, como ela visa extinguir uma obrigação entre as partes, não precisa se dar através de uma demanda judicial, mas as partes a podem ter eleito justamente com o intuito de não levar a lide ao Judiciário.

A mediação, por sua vez, mais uma forma alternativa de resolução das controvérsias, é também uma tentativa de aproximação dos litigantes a fim de que os mesmos possam encontrar uma solução amigável, capaz de resolver o conflito, seja através da conciliação, seja através da transação.⁴⁸ O que quer dizer, em última análise, que a mediação leva à autocomposição do litígio.

Por meio da mediação, as partes, através de um terceiro imparcial (mediador), dão início e encerram a demanda.

A mediação seria diferente da conciliação, na medida em que, na conciliação, a atividade do conciliador deve influenciar o ânimo das partes, indicando as vantagens e apontando os benefícios de se chegar a um acordo; enquanto o mediador deve apenas proporcionar uma aproximação das partes, para que elas mesmas negociem, fazendo-as chegar, inclusive, possivelmente, a uma conciliação.

⁴⁸ A característica mais importante destas formas alternativas de solução de controvérsias está no fato de que, nas mesmas, não há que se falar em ganhadores ou perdedores.

Não é incomum, no entanto, encontrarmos contratos que possam prever, como formas alternativas de solução das controvérsias, advindas dos mesmos, a arbitragem e a mediação.

Seria uma maneira de estimular as partes, antes de tentar solucionar seus conflitos através da arbitragem, procurar uma forma amigável, entre elas (a mediação), de resolver a lide. Mas, ao mesmo tempo, de estipular que, não havendo uma solução amigável entre elas, após tentarem se submeter a um procedimento prévio de mediação, a solução da desavença será determinada através da decisão de um árbitro.⁴⁹

Nestes casos, se uma das partes levar a decisão diretamente à instituição arbitral, em desobediência à necessidade de anterior tentativa de mediação, o próprio árbitro poderá suspender a arbitragem e aguardar possível solução amigável entre as partes, fixando prazo para a tentativa de composição amigável. Mas se a parte que tiver requerido a arbitragem, recusar, quando do pedido de sua instauração, a possibilidade de uma composição amigável do conflito, o árbitro estaria apto a desenvolver sua função de solucionar a controvérsia.

2.2 Da Lei n. 9.307/96

A estatização vigente no Brasil no período que antecedeu a Lei 9.307/96 é apontada como um obstáculo cultural à implantação da arbitragem. Como vimos, a autonomia da vontade sucumbia frente ao intervencionismo, que se projetava em todas as esferas do meio social. O protecionismo estatal provocara no inconsciente coletivo a convicção de ser o Estado a única instituição apta a solucionar questões envolvendo os seus jurisdicionados. A cultura antiarbitral, tão protagonizada, encontra aí suas raízes.

⁴⁹ BERTRAND, Edouard. Arbitration and mediation: an impossible conciliation? In: **Revue de Droit des Affaires Internationales**. Paris: International Business Law Journal, no. 2, pp.134, 135, 2001.

A timidez da sociedade em apreender a prática arbitral nas suas relações jurídicas internas, reflete o resultado prático arraigado na nossa cultura jurídica civilista, da forte intervenção estatal.

A verificação, como vimos, quanto à necessidade de reforma do nosso sistema judiciário, juntamente com o reconhecimento da ineficácia social da prestação jurisdicional trouxe à discussão não mais a independência e a autonomia do processo, mas a preocupação em verificar se este processo está conseguindo proporcionar a efetividade esperada, ou seja, se o processo confere a todos os jurisdicionados, de forma ampla, o direito substancial. Objetivando adequar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos às necessidades contemporâneas.⁵⁰

Logo, atendendo aos reclamos por uma nova solução às deficiências do aparelho judiciário é que o legislador brasileiro promulgou a Lei 9.307/96. Esta lei trata, na realidade, de uma ampliação de extensão do Poder Judiciário. Criando-se um novo mecanismo para a solução de controvérsias. Estabelecendo uma forma de jurisdição privada, paralela à jurisdição oficial. Por meio da aplicação desta lei é que se permitirá às partes socorrerem-se da arbitragem, como forma de solução de conflitos jurídicos, geralmente na interpretação e execução de contratos.⁵¹

O atraso, pois, de nossa legislação nacional com relação aos demais países, foi percebido pelo Governo Federal apenas no início da década de 80. As reformas legislativas e a reformulação da arbitragem – previsão da cláusula compromissória com seus efeitos, o reconhecimento da falta de necessidade da homologação da sentença arbitral, entre outros pontos inovadores trazidos pela Lei de Arbitragem – devem ser entendidas, partindo-se do contexto sócio- político- econômico e ideológico do qual afluíram.

⁵⁰ FREITAS, Elisabeth Cristina Campos Martins. Considerações acerca da arbitragem e sua constitucionalidade. In: **Revista Jurídica**. Campinas, vol. 15, n° 2, p. 90, 1999.

⁵¹ ROQUE, Sebastião José. A Arbitragem implanta-se enfim no Brasil. In: **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, RT, Ano 4, n° 11, p. 375, janeiro / março, 2001.

A partir de 23. 09. 96, portanto, passou o Brasil a contar com uma nova regulamentação da arbitragem, com 44 (quarenta e quatro) artigos, revogando expressamente as disposições anteriores do Código Civil e do Código de Processo Civil, ora introduzindo, ora modificando alguns incisos desses dois diplomas legais.⁵²

A finalidade desta lei é de fazer com que grande parte dos processos cíveis, bem como aqueles que envolvem questões comerciais e que têm relevantes interesses e recursos econômicos envolvidos, possam encontrar, através deste instituto, um caminho de solução natural, consensual e de enorme praticidade, desde que sejam criados paralelamente mecanismos e instituições capazes de agilizar a solução dos conflitos que, na área judiciária, poderiam levar anos para serem solucionados.⁵³

A lei concede às pessoas, capazes de contratar, a faculdade de solucionar suas controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, via de regra, provenientes de contratos e de interpretação de cláusulas contratuais, através da arbitragem. Isso é o que prevê, como já analisamos, os dois primeiros artigos da Lei 9.307/96.

O capítulo II trata da convenção de arbitragem e seus efeitos. Nele estará regulada a forma pela qual as partes se obrigam através do juízo arbitral: convenção de arbitragem; cláusula compromissória e seus requisitos; forma da instituição do juízo arbitral; o socorro ao judiciário no caso de resistência de uma das partes; os requisitos do compromisso e sua extinção.⁵⁴

Uma convenção ou acordo entre as partes pode, pois, designar o local onde o procedimento arbitral poderá ser realizado, desta forma também estarão escolhendo a lei que será aplicável ao procedimento.

⁵² ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem a solução viável**. São Paulo: Ícone, 1997, p. 33.

⁵³ MACIEL, Marcos. Arbitragem e avanço institucional. In: **Revista do SFI**. Brasília: SFI, nº 3, 1997.

⁵⁴ BRAGHETTA, Adriana. **Conflito entre lei interna e tratado no âmbito da arbitragem – O Brasil e o MERCOSUL**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Programa de Pós-graduação em integração da América Latina. USP. Orientador: Paulo de Borba Casella, pp. 45-53, fevereiro, 2000.

O tribunal ou o árbitro é escolhido pelas partes, as quais podem esclarecer também a instituição ou entidade arbitral responsável por regular os procedimentos arbitrais. A decisão do tribunal ou do árbitro é vinculante, mas deve ser prolatada à luz das evidências e argumentos submetidos ao tribunal. A sentença válida pode ser reconhecida e executada pelas Cortes estatais.

O capítulo III trata dos árbitros estipulando regras à sua nomeação, seu número; como se dá sua escolha pelas partes; o estabelecimento das regras institucionais; como devem proceder, com observância da imparcialidade, competência, diligência e discricção; quem estaria impedido ou suspeito para ser árbitro; sua recusa; equiparação dos árbitros aos funcionários públicos e a irrecorribilidade das sentenças proferidas.

Logo, aqui estariam inseridas já algumas outras regras a serem adotadas na arbitragem, desta vez não pelas partes, mas pelo responsável pela apresentação da solução da controvérsia, que é o árbitro, eleito por elas. O árbitro, pois, sendo juiz de fato e de direito do processo arbitral estará adstrito ao conteúdo da cláusula compromissória e do compromisso arbitral e, no exercício de sua função, deverá observar princípios processuais inerentes ao processo comum, sob pena de ver sua sentença passível de nulidade.

O capítulo IV da Lei dispõe sobre o procedimento arbitral, regulando o momento da instituição da arbitragem, através da aceitação e investidura do cargo pelo árbitro, momento oportuno para que as partes possam alegar os motivos de: suspeição, impedimento, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral; submissão das regras da arbitragem ao procedimento de uma instituição ou entidade determinada; requisitos mínimos do procedimento, direito das partes na produção de provas; recusa de depoimento e condução coercitiva da testemunha; medidas cautelares no procedimento arbitral; obrigatoriedade de busca por uma conciliação.

O capítulo V da lei versa sobre a sentença arbitral: seu prazo, sua prorrogação; formalidade; decisão por maioria; questões incidentais sobre direitos indisponíveis; requisitos e fundamentação da sentença; custas; litigância de má-fé; comunicação da sentença às partes; possibilidade de correção de erro material ou de esclarecimento de dúvidas a respeito da sentença; efeitos da sentença arbitral, e hipóteses de sua nulidade.

Não há ingerência do árbitro na função exercida pelo juiz no Poder Judiciário, ou seja, a atividade do árbitro percorre via paralela àquela exercida pelo juiz. O paralelismo das distintas atuações e mesmo sua complementaridade, poderiam funcionar, portanto, como aprimoramento da prestação jurisdicional.

O capítulo VI disciplina o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Tratando de sua homologação e aplicabilidade no território nacional como título executivo judicial.

Dentre as principais alterações trazidas pela Lei de Arbitragem, conforme analisaremos mais atentamente nos próximos capítulos, poderíamos aqui brevemente elencar as principais.

Quanto à **cláusula compromissória**, caso as partes já tenham previsto na celebração da mesma as regras de uma instituição ou entidade arbitral, a arbitragem será instituída e processada mediante tais regras. É a chamada cláusula compromissória cheia, que viabilizaria a instituição da arbitragem, sem a necessidade de se firmar o compromisso. Caso tal previsão não tenha ocorrido, a parte que queira instituir a arbitragem, deverá convocar a outra parte para que sejam convenionados os termos do compromisso arbitral.

Quanto ao **compromisso arbitral**, deverá, necessariamente, informar a qualificação das partes e dos árbitros (ou da instituição à qual foi delegada a indicação dos mesmos); a matéria que será objeto da arbitragem; o local em que será proferida a sentença arbitral (a legislação não

mais se refere a laudo arbitral). Além disso, poderá o compromisso arbitral estipular o prazo para que seja proferida a decisão (caso contrário, será de seis meses); a autorização para que o árbitro (ou tribunal arbitral) julgue por equidade, com base no direito positivado brasileiro ou de outro país, nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes ou práticas internacionais de comércio, ou ainda com base em regras corporativas aplicáveis à arbitragem. Também poderão as partes convencionar acerca da responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos árbitros e das despesas com a arbitragem.

Ao contrário da legislação anterior, se a parte que for convocada a comparecer para acordar quanto aos termos do compromisso arbitral, não cumprir com sua obrigação, a parte prejudicada pode convocá-la judicialmente, mediante procedimento especial. Caso, ainda assim, não compareça, ou, se comparecendo se recusar a acordar quanto aos termos da arbitragem, o juiz proferirá sentença que, se procedente, equivalerá ao compromisso arbitral, atendendo aos requisitos do mesmo. Neste caso a arbitragem prosseguirá, normalmente, fora do Poder Judiciário.

A **sentença arbitral** passa a ser definitiva e não será objeto de homologação judicial e, sendo condenatória, é considerada título executivo judicial. Não há possibilidade de recurso ao Poder Judiciário quanto ao mérito da decisão, mas apenas em relação a aspectos formais da sentença arbitral (que será nula se não atender aos requisitos previstos na própria Lei de Arbitragem ou no compromisso arbitral).

A **sentença arbitral, proferida no exterior**, fica apenas submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, que o não fará apenas quando a mesma ferir a ordem pública nacional ou o objeto do litígio não for passível de decisão por arbitragem no Brasil. No que diz respeito à citação na homologação da sentença estrangeira, determina a Lei de Arbitragem que não será

considerada ofensa à ordem pública nacional a citação da parte domiciliada no Brasil nos moldes da convenção de arbitragem (que se projeta na cláusula compromissória e no compromisso arbitral) ou da lei processual do país onde a arbitragem ocorreu. Admite-se, inclusive citação postal, com prova inequívoca de recebimento, desde que tenha sido assegurado tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Poderiam ser, portanto, apontadas como algumas vantagens da arbitragem: a rapidez com a qual é dada a solução do litígio pelo árbitro, já que o mesmo tem de obedecer a um prazo estipulado pelas partes para a prolação da sentença, que irá variar de acordo com a complexidade das questões (no silêncio das partes este prazo é de 6 (seis) meses); simplicidade de seus procedimentos, que não são dotados de tanto rigor formal, nem passam pela burocracia dos processos judiciais; menos dispendioso, na medida em que os árbitros são particulares eleitos pelas partes e há a negociação quanto aos seus honorários; decisão mais precisa, já que os árbitros são especialistas na matéria que está sendo objeto de debate; há uma flexibilidade maior quanto aos caminhos para decidir o litígio, já que o árbitro não está adstrito à lei, podendo optar por outras hipóteses legais como a aplicação dos costumes, equidade, princípios gerais do direito (desde que não fira a ordem pública e os bons costumes); a ausência do requisito da publicidade das decisões faz da arbitragem um processo sigiloso, mais vantajoso para as partes que não desejam a exposição das suas avenças; irrecorribilidade da sentença arbitral (que pode ser determinada pelas partes).⁵⁵

Se, por um lado, expusemos algumas das vantagens da arbitragem, não podemos, no entanto, deixar de comentar algumas de suas desvantagens que podem ser demonstradas como alguns pontos negativos trazidos pela Lei 9.307/96.

⁵⁵ SANTOS, Ricardo Soares Stersi. As vantagens da arbitragem. In: **Revista do Instituto da Pesquisas e Estudos. Divisão Jurídica**. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, n° 22, pp. 273-275, 1998.

A primeira delas é o fato de a irrecorribilidade da sentença arbitral ser apontada como reflexo da celeridade do procedimento arbitral. A decisão arbitral dá-se apenas em uma única instância, não cabendo recurso quanto ao mérito ao Poder Judiciário (exceto nos casos de ação anulatória e embargos do devedor, conforme analisaremos posteriormente).

Por outro lado, os árbitros podem ser bons especialistas nas práticas que estiverem analisando, mas aos mesmos podem não ser dotados de conhecimento jurídico, o que pode, por vezes dificultar o julgamento.

A sentença arbitral, apesar de constituir um título executivo, se descumprida pela parte vencida, não pode ser auto-executada. A parte vencedora terá que ingressar no Poder Judiciário para executar a decisão. Neste caso, apesar de não ser mais discutido o mérito da questão levada à arbitragem – salvo se a decisão arbitral for nula –, a execução judicial fica submetida aos procedimentos judiciais ordinários ou seja, suscetível a recursos, medidas protelatórias, etc.

2.3 Natureza jurídica da arbitragem

Um dos pontos de maiores debates e discussões na doutrina brasileira acerca da arbitragem é tentar definir sua natureza jurídica, a fim de se descobrir se a arbitragem teria natureza plubicista ou processual, equiparável à jurisdição estatal; ou privatística / contratual, similar à transação ou se ela poderia ser considerada como *sui generis*.

Os denominados contratualistas vêem no instituto uma obrigação criada por contrato, esclarecendo que a natureza da arbitragem se circunscreveria às conseqüências derivadas dos

pactos em geral. Já os jurisdicionalistas⁵⁶ continuam a afirmar que a arbitragem tem natureza jurisdicional argumentando a sua equivalência com a função do juiz estatal.⁵⁷

Entre nós, antes da Lei 9.307/96, predominava a tese contratualista⁵⁸, já que a sentença arbitral só teria validade uma vez homologada judicialmente. A coisa julgada decorreria, pois, do ato judicial que homologasse a sentença arbitral e não dos atos decisórios dos árbitros.⁵⁹

Enquanto os contratualistas argumentam que: a) a arbitragem inexistente sem que haja a convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso); b) a arbitragem só se instaura mediante comum acordo entre as partes, já a jurisdição é resultado da soberania do Estado; c) o árbitro não é parte do organismo estatal; d) o laudo arbitral não é dotado de coercibilidade.⁶⁰

Os defensores da tese de que a arbitragem é, na realidade, jurisdicional, não refutam os argumentos trazidos pelos contratualistas, mas pretendem revisar os conceitos trazidos para os elementos constitutivos da jurisdição. Sendo assim, a perfeição jurisdicional da arbitragem efetiva-se quando o árbitro realiza o *juris dicere*, independentemente de execução futura, de caráter administrativa, e não jurisdicional.

Mais recentemente, questiona-se uma natureza mista para a arbitragem, argumentando-se que a constituição da arbitragem, a partir da cláusula compromissória ou do compromisso, tem

⁵⁶ Para esta corrente, apesar de as partes serem a fonte dos poderes dos árbitros, antes mesmo da vontade das partes existe a vontade da lei que autoriza a instauração do juízo arbitral.

⁵⁷ BARRAL, Weber. Arbitragem e jurisdição. In: **Revista do Instituto de pesquisas e estudos**. Bauru, Instituição Toledo de Ensino, nº 21, p. 112, abril / junho, 1998.

⁵⁸ Tese sustentada por Chiovenda, Calamandrei, Betti, Lipari, Rocco, Fazzalari, doutrinadores italianos que vêem a arbitragem como um instituto de natureza jurídica meramente contratual, isto se deve ao fato de não possuir o laudo arbitral força de sentença, uma vez que para que essa força venha a ser adquirida, com base no ordenamento jurídico italiano, é preciso que haja homologação judicial. O que no Brasil não é mais necessário, após a entrada em vigor da Lei 9.307/96, passando, pois a decisão do árbitro a constituir verdadeira sentença sendo despiendo a sua homologação pelo órgão jurisdicional para que a mesma possa se tornar título executivo judicial.

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, RT, ano I, nº 2, p.11, nov / dez, 1999.

⁶⁰ BARRAL, Weber. Arbitragem e jurisdição. In: **Revista dos Instituto de pesquisas e estudos**. Bauru, Instituição Toledo de Ensino, nº 21, p. 113, abril / junho, 1998.

caráter indubitavelmente contratual, já que é em razão da vontade das partes que a arbitragem irá se instaurar, e que, sem a vontade expressa das mesmas no contrato, a fim de submeter um possível litígio decorrente daquele contrato ao juízo arbitral, a mesma jamais poderia operar-se. O processo arbitral, uma vez instaurado, portanto, é imbuído de natureza jurisdicional, já que o mesmo deve proporcionar a elaboração de decisão ao litígio. Entretanto, essa corrente entende, de outra sorte, que a decisão do árbitro não é uma sentença, pois necessitaria do decreto de executoriedade (a fim de se tornar não só executiva, mas também obrigatória) o que quer dizer que juiz e árbitro concorreriam para a decisão fazendo com que a verdadeira sentença seja constituída tanto pelo laudo, quanto pelo decreto do juiz.⁶¹

Será que a arbitragem seria uma função equivalente à função jurisdicional? Será que caberia tão somente ao Estado-juiz exercer tal função? Será que pode haver desempenho de uma função jurisdicional, sem a possível coerção necessária para se fazer cumprir as decisões? Ou será que no lugar da jurisdicionalização da arbitragem, deveríamos falar em processualização da mesma?

A própria Lei 9.307/96 responde a alguns desses pontos, nos capítulos V e VI, o legislador deixa claro que o ato decisório proferido pelo árbitro trata de sentença e não apenas de um laudo. A sentença arbitral é ato exclusivo do árbitro, eleito pelas partes para a solução do litígio, sendo a eficácia desta vinculante e independente de homologação judicial, constituindo título executivo judicial, é o que pode se depreender do art. 31 da lei.⁶²

⁶¹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da arbitragem interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, pp. 59, 60.

⁶² “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

O que o árbitro ou o tribunal não possuem é o poder de *imperium*, portanto as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias ao cumprimento da sentença arbitral não emanam dos árbitros, mas competem aos juízes togados.

O juízo arbitral apresentaria a natureza institucional, mas teria verdadeira feição de jurisdição de caráter privado.

Não cumprida a sentença arbitral, a mesma funcionará como título executivo judicial que instruirá o processo de execução, o mesmo que ocorreria caso uma sentença prolatada por um juiz togado não fosse cumprida, tanto é assim que os juízes togados não revisam ou homologam a decisão dos árbitros, detendo-se apenas à verificação da adequação externa ou formal (art. 32 da Lei 9.307/96).⁶³

Porém, pretender atribuir à arbitragem um caráter jurisdicional pode parecer para muitos uma violação do princípio da tripartição dos poderes do Estado. E conferir aos particulares, ainda que sob a administração do Estado, parcela da jurisdição, além de ato atentatório contra o monopólio do Estado, constituiria verdadeira ameaça às garantias políticas conquistadas após tão longo processo de democratização.

Mas, o que se verifica, na prática, é exatamente o contrário: a arbitragem não fere o monopólio do Estado, na realidade o Estado avocou para si o poder maior inerente à atividade jurisdicional que é o poder de coerção. E, mesmo assim, não é dado aos árbitros decidirem todo e qualquer conflito no meio social, mas somente aqueles que o Estado autoriza, que são os direitos disponíveis. Sendo assim, a arbitragem através da Lei 9.307/96 é sim de natureza jurisdicional, e o é porque, antes da vontade das partes em a instituírem, há a vontade da lei que a autoriza.

⁶³ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I- for nulo o compromisso; II- emanou de quem não podia ser árbitro; III- não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV- for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V- não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI- comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII- proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, III, desta Lei; e VIII- forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

Mesmo sendo limitados os poderes de dirimir o conflito, em virtude da matéria possível de ser submetida à análise; ou, pelo fato de não contar a sentença arbitral com a característica da coercibilidade, isso não lhe retira seu papel primordial: dizer o direito a ser aplicado à hipótese que lhe foi trazida a julgamento. Ainda que não emanada de órgão jurisdicional, a sentença arbitral é dotada de eficácia instrumentalizadora de um processo de execução e não pode ser reformada pelo juiz togado, que mesmo sendo o único com competência de coagir a parte vencida a cumpri-la, não tem poderes para reexaminar o fato, mas, tão somente, dar cumprimento ao que foi decidido pelo árbitro.

2.4 Pressupostos da arbitragem

O universo da arbitragem é bem mais restrito que o estatal, pois aquele não comporta todas as controvérsias nem todos os contraditores, ainda que por mútuo consentimento, mas apenas pessoas capazes de contratar, que estejam litigando a respeito de direitos ou interesses patrimoniais dos quais seus titulares (ou alguém por eles) possam dispor (art. 1º da Lei 9.307/96). Os limites da arbitragem são, portanto, tanto de ordem objetiva (direitos patrimoniais disponíveis) quanto de ordem subjetiva (pessoas capazes de contratar).

Somente as pessoas que tenham adquirido a capacidade civil poderão utilizar-se da arbitragem, e é através do acordo de vontades e dos contornos dos direitos obrigacionais, no que pertine aos contratos, que a arbitragem poderá se instaurar.

Assim sendo, as partes contratantes, para que possam solucionar seus conflitos através do instituto arbitral, desde que dotadas de capacidade, podem, através do que se intitula cláusula compromissória, inserida nos seus contratos, prever que, havendo algum tipo de litígio

proveniente do contrato celebrado, as mesmas submeterão a solução da controvérsia à arbitragem.

A capacidade à qual no referimos, entretanto, não pode ser entendida apenas como capacidade civil plena, adquirida através da maioridade, mas antes, quer referir-se à capacidade de contratar, juntamente com a capacidade negocial, o que quer dizer que, no que tange ao objeto do litígio, sendo ele de caráter patrimonial disponível, a parte possa dispor e transigir.

Não poderão, portanto, valer-se da arbitragem os incapazes, o preso (durante o regime prisional), o insolvente civil e a massa falida (dada a universalidade dos juízos).

A disposição de vontade pode estar prevista tanto no contrato, através da cláusula compromissória, quanto em termo aditivo do respectivo contrato.

Apenas poderão ser levados à apreciação do árbitro litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, é o que preceitua o art. 1º da Lei 9.307/96. O que significa dizer que só poderão ser objeto do juízo arbitral questões pertinentes a objetos suscetíveis de disponibilidade jurídica, através de atos que possam implicar na apropriação, comércio, alienação e, em geral, disposição.⁶⁴

Estariam fora da arbitragem questões atinentes à capacidade e ao estado das pessoas; de direito de família⁶⁵; de ordem fiscal e tributária; de interesse da Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal (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);

⁶⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1999, p. 177.

⁶⁵ Para Carreira Alvim, o processo de inventário não pode ser subtraído da Justiça estatal, havendo ou não neste herdeiros incapazes, pois o fato impeditivo à justiça arbitral neste caso seria a citação da Fazenda Pública (art. 999, CPC). O mesmo impedimento à submissão do litígio à apreciação arbitral dar-se-ia no caso do arrolamento, que depende de homologação judicial (art. 1.031 do CPC), ou da intervenção do Ministério Público (art. 1.036, § 1º do CPC). Porém, defende aquele autor que não havendo ausente ou incapaz (art. 82 e 1042, CPC) e nem bens imóveis a inventariar, quando, por exemplo, o inventário serve apenas para fins de recolhimento do imposto *causa mortis*, nada impediria que a arbitragem fosse utilizada entre os herdeiros e / ou legatários caso o autor da herança em testamento assim dispusesse que a demanda fosse resolvida. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 51.

falência; de concordata; e que envolvam as coisas que estão postas fora do comércio ou que exijam a participação do Ministério Público.⁶⁶

Com relação aos direitos denominados *difusos e coletivos* (CDC, art. 81, I e II), por serem indisponíveis, não podem ser objeto da arbitragem.

Por outro turno, os direitos individuais *homogêneos* (CDC, art. 81, III), por se tratarem de direitos divisíveis, perfeitamente individualizáveis, e, em regra, disponíveis, quando patrimoniais, podem ser objeto de decisão arbitral.

Se, por ventura, o objeto do litígio não for de natureza patrimonial disponível, haverá a nulidade absoluta da convenção arbitral, o mesmo diga-se ao se tratar de objeto impossível ou ilícito. Havendo dúvida ainda quanto à natureza do bem litigioso, ou seja, se é ou não disponível, caberá ao Poder Judiciário dirimir essa prejudicial.

Questões interessantes podem surgir a respeito dos direitos da personalidade, pois ainda que possuidores de natureza não patrimonial, personalíssimos e indisponíveis, deles podem decorrer questões de natureza eminentemente patrimonial, por exemplo, quando da violação da privacidade, dos direitos autorais, ou de dano à imagem, etc.

Naqueles casos, apesar de o litígio ter por fundamento a violação do direito à personalidade, o objeto do litígio diz respeito ao ressarcimento dos danos sofridos, o que autoriza que a solução da controvérsia possa ser obtida por meio da arbitragem.

⁶⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1999, p. 178.

2.5 Os direitos das partes na arbitragem

A arbitragem pode ser tida como uma consequência direta da liberdade contratual, ou seja, da permissão dada às partes de pactuarem tudo aquilo que não for contrário à lei, à moral e aos bons costumes.

Para preservar o direito das partes de livremente pactuarem e instituírem a arbitragem, como um mecanismo a ser utilizado para solucionar seus litígios, foi que a UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law), através da criação da Model Law on International Commercial Arbitration (The Model Law) criou, para serem aplicáveis internacionalmente, princípios assecuratórios do direito das partes no decorrer da arbitragem.⁶⁷

É assegurado a todos submeterem a solução de seus conflitos à jurisdição estatal, mas ao lado desse direito, vimos que é assegurado às partes o direito de resolver disputas acerca de direitos disponíveis perante o juízo arbitral.

Portanto, tratando-se de direitos disponíveis, podem as partes utilizar-se da arbitragem e a sentença arbitral valerá entre as partes e perante o Poder Judiciário como título executivo judicial, ou seja, é o reconhecimento, pela Model Law, que deve haver a garantia dada às partes de terem liberdade para arbitrar e concordar com a arbitragem.

Como já vimos, as partes podem eleger o modo como desejam que o árbitro solucione o litígio, se é por meio da aplicação da lei ou por equidade, não podendo haver interferências externas do Poder Judiciário quanto ao mérito do que houver decidido o árbitro na solução do caso que lhe fora apresentado, cabendo-lhe apenas a apreciação de questões formais como, por exemplo, a análise da validade da cláusula compromissória. O que quer dizer, em outra análise, é que não haverá recurso quanto ao mérito da sentença arbitral pelo poder estatal.

⁶⁷ TRAPPE, Johannes. The Arbitral Proceedings. Fundamental Principles and Rights of the Parties. In: **Journal of International Arbitration**. Geneva, Journal of International Arbitration, vol. 15, n° 3, p. 94, september, 1998.

Em outras palavras, já que as partes são livres para acordarem sobre as regras arbitrais, estariam elas vinculadas à decisão do árbitro, que as mesmas elegeram para solucionar seu conflito de interesses.⁶⁸

O problema da proibição da revisão do mérito, também intitulada de *révision au fond*, encontra uma barreira quando o motivo ensejador da nulidade da sentença arbitral é o fato da mesma poder ter atingido uma questão de ordem pública.

A convenção arbitral deve ainda respeitar os direitos das partes contratantes. A neutralidade do árbitro deve perdurar durante todo processo arbitral e, estará este infringindo suas funções quando negligenciar a imparcialidade.

2.6 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei 9.307/96?

A substancial alteração dada ao juízo arbitral, através da Lei 9.307/96, com a introdução da execução compulsória da cláusula arbitral, a dispensa de homologação pelo juiz togado da decisão do árbitro e a irrecorribilidade da sentença arbitral, antes inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe novamente o questionamento a respeito da constitucionalidade do instituto.

Será que os meios alternativos de resolução dos conflitos (ADR- *Alternative Dispute Resolution*) seriam inconstitucionais, dentre os quais se situa a arbitragem? Estariam eles ferindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), da garantia da autoridade competente (CF, art. 5º, LIII), do juiz natural (CF, art. 5º XXXVII), do devido processo legal (CF, art. Art. 3º, LIV) e do duplo grau de jurisdição (CF, art 5º, LV)?

⁶⁸ TRAPPE, Johannes. The Arbitral Proceedings. Fundamental Principles and Rights of the Parties. In: **Journal of International Arbitration**. Geneva, Journal of International Arbitration, vol. 15, nº 3, p. 94, september, 1998.

A arbitragem encontrava-se prevista nas nossas Cartas Constitucionais desde a primeira Constituição de 1824, que em seu art. 126 previa a instauração de juízo arbitral para solução de divergências civis, por meio de árbitros escolhido pelas partes. Nesse mesmo sentido a CF de 1934 tratava da arbitragem comercial em seu artigo 5º, inciso XIX, a CF de 1946 trazia em seu artigo 141, § 4º a garantia expressa do amplo acesso à justiça, não admitindo a exclusão do Poder Judiciário à análise de qualquer lesão ou ameaça de direito. Dispositivo mantido, desde então, por todas as demais Constituições da República: as de 1967 (artigo 150, §4º) e a de 1969 (artigo 153, §4º) e atualmente mantido em nossa Carta Magna no artigo 5º, inciso XXXV.

Este dispositivo constitucional, uma vez interpretado de forma literal, pode fazer gerar dúvidas a respeito da possibilidade da aplicação da arbitragem, já que, partir-se-ia do pressuposto inicial de que o Estado, possuidor do monopólio da prestação jurisdicional, não admitiria qualquer hipótese de criação de um mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, dentre as quais se inseriria a arbitragem.

Para interpretar o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988 é preciso inicialmente entender em que contexto histórico o prévio art. 141, §4º ingressou na Constituição da República de 1946.

Sendo assim, é certo afirmar que o contexto em que tal artigo foi inserido na Constituição da República de 1946 tinha por finalidade acabar com as comissões e conselhos extraconstitucionais, responsáveis por inquéritos policiais e parlamentares, que eram conduzidos de forma sumária, sem qualquer reexame pelo Poder Judiciário, o que implicava na ausência de observância dos preceitos constitucionais, como os do contraditório e os da tutela jurisdicional. O

que se pretendia era, na realidade, à época, proteger o cidadão de eventuais abusos cometidos pelo Executivo e Legislativo, durante a ditadura varguista.⁶⁹

A possibilidade da solução do conflito, através da arbitragem, não se inseriria nesta proibição de exclusão da análise do litígio pelo Poder Judiciário, pois a solução dos litígios pelo árbitro, eleito pelas partes, já era autorizada nos Códigos Civil e Processual Civil. Entender a arbitragem como inconstitucional seria ampliar a proibição às transações extrajudiciais, uma confissão de dívida, uma cessão de direitos, que apenas passariam a surtir efeitos após a homologação do juiz estatal.

Se, por meio da convenção de vontade entre as partes, podemos ter uma causa geradora de direitos e obrigações na ordem jurídica privada, não haveria por que, através dessa mesma convenção, desde que se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, as mesmas também não pudessem pôr fim à controvérsia que porventura viesse a surgir a respeito da violação desta convenção. Não se quer, com isso, afirmar, mais uma vez, repita-se, que se negará acesso ao judiciário, mas tão somente dizer que o titular de um direito material poderá decidir sobre a forma como se deseja solucionar a questão que verse sobre o referido direito patrimonial disponível, se por meio da jurisdição estatal ou através de uma jurisdição privada.

Em outra análise, se a parte que teve uma lesão ou ameaça ao seu direito não quiser, ao se tratar de direito patrimonial disponível, submeter a solução do mesmo à arbitragem, poderá o Poder Judiciário ser acionado a resolver a questão controvertida.

Ainda nesse sentido, da impossibilidade da alegação da inconstitucionalidade da arbitragem, é certo que caberá ao Judiciário, através da aplicação do artigo 7º da Lei 9.307/96⁷⁰, a solução acerca da resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória.

⁶⁹ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. In: **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, Universidade Estadual Paulista, 6 (10): 263-272, p. 264, jan / dez, 2001.

Segundo o artigo 25⁷¹, é garantido ao judiciário o monopólio das decisões que versem sobre direitos indisponíveis, e, verificada sua afastabilidade, poderá o litígio ser solucionado por meio da instância arbitral. O artigo 33⁷² garante que o acesso ao judiciário resta assegurado quando se quer discutir a respeito da nulidade da sentença arbitral. A execução coativa da sentença arbitral é de competência exclusiva do Poder Judiciário, assim como também é de sua inteira alçada a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro.

Outro princípio pretensamente lesado pelos que defendem a inconstitucionalidade da lei arbitral, é o da ampla defesa, assegurado pelo *due process of law*, ou ainda pela dupla instância de julgamento.

O certo é que o procedimento arbitral tende a gozar de maior celeridade face ao processo judicial. Celeridade esta, que visa atender aos anseios da população em receber uma breve solução ao seu conflito de interesses, mas a rapidez despertada pela arbitragem não quer significar a desobediência a tais princípios acima aludidos, pelo contrário, a própria lei de arbitragem em seu art. 21, § 2º preceitua, expressamente, a necessidade da observância de tais princípios, proporcionado às partes equilíbrio de tratamento, condicionando a atividade do árbitro, exigindo-lhe imparcialidade, mas dotando-o de livre convencimento.

O fato de ser a sentença arbitral verdadeiro título executivo judicial, dispensando-se, portanto, a homologação judicial para aquisição de tal status, não retira do Poder Judiciário a possibilidade de atuação, já que, como foi dito, quando do descumprimento de tal decisão

⁷⁰ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

⁷¹ “Art. 25 Sobrevido no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitado em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.”

⁷² “Art. 33 A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nessa lei.”

arbitral, não possui o árbitro nenhuma força coativa sobre a parte que não acatá-la, restando à parte interessada recorrer, com base no título executivo judicial proferido em seu favor (sentença arbitral), ao processo de execução conferido pelo Poder Judiciário. Não esquecendo ainda que, como dissemos anteriormente, e repita-se, cabe ao próprio Poder Judiciário a possibilidade de julgar a nulidade da sentença arbitral.

A respeito da possibilidade de a sentença arbitral estar, talvez, ferindo o princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), ou a proibição da criação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) é tal hipótese rechaçada, pois o que a Constituição faz é distribuir a competência entre os diversos órgãos judiciários o que significa dizer que ela reparte a competência derivada da jurisdição estatal, cabendo ao juiz, através da repartição de competências e do princípio do juiz natural, a jurisdição estatal.

Dessa forma, quando se solicita a tutela jurisdicional estatal, o poder de julgar do juiz é exercido em nome do Estado, como expressão de sua soberania. O que quer dizer que, no que tange ao desenvolvimento da atividade estatal, a ninguém é dada a faculdade de exercer funções cometidas com exclusividade pelo órgão competente, na observância das normas de ordem pública.⁷³

A justiça entregue aos leigos não é estranha nem é novidade no nosso ordenamento jurídico, bastando apenas dar como exemplo o Tribunal do Júri, já que, mesmo não investidos de poder jurisdicional, os jurados dão solução ao litígio penal versado no caso concreto, em que a própria lei processual penal lhe dá competência.

Claro é que, ao optar pela solução do litígio através da arbitragem, as partes contratualmente e subsidiariamente, estão retirando da justiça estatal a possibilidade de

⁷³ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. In: **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, Universidade Estadual Paulista, ano 6, n° 10, p. 264, jan / dez, 2001.

solucionar o litígio, e não agiriam em violação à lei ou à Constituição, mas tão somente exercendo uma faculdade que a própria lei as autoriza.

Ainda sobre a constitucionalidade da cláusula compromissória, destaca-se o fundamento do voto do Ministro Sepúlveda Pertence que considerou inconstitucional o parágrafo único do art.6º e o art 7º da Lei da Arbitragem, fundamentando seu posicionamento na alegação de que a renúncia antecipada do direito de ação violaria a garantia do acesso ao judiciário, impossibilitando a execução específica da cláusula compromissória.⁷⁴

Conforme veremos nos próximos capítulos, a participação do Poder Judiciário na lide estaria garantida através das seguintes possibilidades de intervenção: a) ação declaratória de nulidade de sentença arbitral; b) execução compulsória da sentença, mediante interposição de embargos do devedor; c) intervenção nas execuções das medidas provisionais de urgência; d) interferência na instauração da instância arbitral, sempre que, em presença de cláusula compromissória em branco, uma das partes demonstre alguma reticência.

O juiz estatal, por outro lado, não estará adstrito a uma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, a respeito da nulidade da sentença arbitral, o que não decorre da função integrativa atribuída ao texto constitucional, mas sim da possibilidade de nulidade absoluta da sentença arbitral, em virtude de uma possível inconformidade à ordem pública estatal. Entretanto, este fato não quer significar que a restituição ao juiz estatal do poder jurisdicional é necessária à apreciação de toda e qualquer controvérsia submetida à justiça arbitral.

O fato é que a simples existência da convenção de arbitragem, validamente interposta pelas partes, a respeito de questões que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, impede o

⁷⁴ Iremos analisar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, quanto à inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Arbitragem, proferido nos autos do Agravo Regimental na Homologação de Sentença Estrangeira Contestada nº. 5.206-1, posteriormente, no capítulo destinado ao estudo dos casos mais importantes de arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro que tramitaram no Supremo Tribunal Federal.

juiz estatal de adentrar-se no mérito da controvérsia. Esta exclusão da apreciação do litígio por parte do Estado surge de motivo anterior, qual seja, a subtração dos seus poderes jurisdicionais, que, por sua vez, são consequência dos efeitos negativos da convenção.⁷⁵

Essa previsão foi recebida em nosso ordenamento jurídico pelos artigos 301, inciso IX, 267, inciso VII, 584, inciso VI e 520, inciso VI do Código de Processo Civil, com a alteração trazida pelo art. 41 da Lei 9.307/96.⁷⁶

O efeito negativo confunde-se, de certa forma, com a própria incompetência relativa das Cortes estatais para conhecerem as controvérsias que constituam objeto da convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral). O juiz estatal, numa hipótese como essa, só poderia intervir a respeito da existência e da validade da convenção firmada pelas partes, para reconhecê-la e se abster de julgar ou desconhecê-la e avocar para si o julgamento.

⁷⁵ VALENÇA FILHO, Clávio. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal. In: **Revista de Direito Bancário do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo, RT, ano 5, nº 15, p. 306, jan /mar, 2002.

⁷⁶ “Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: I - inexistência ou nulidade da citação; II- Incompetência absoluta; III- inépcia da petição inicial; IV- perempção; V- litispendência; VI- coisa julgada; VII- conexão; VIII- incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; IX- convenção de arbitragem; carência de ação; X- falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar (...).”

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento de mérito: I- quando o juiz indeferir a petição inicial; II- quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III- quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV- quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V- quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI- quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII- pela convenção de arbitragem; VIII- quando o autor desistir da ação; IX- quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X- quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI- nos demais casos prescritos neste Código (...).”

“Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I- homologar a divisão ou demarcação; II- condenar à prestação de alimentos; III- julgar a liquidação de sentença; IV- decidir o processo cautelar; V- rejeitar preliminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI- julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII- confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. “

“Art. 584. São títulos executivos judiciais: I - a sentença condenatória proferida no processo civil; II- a sentença penal condenatória transitada em julgado; III- a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo, IV- a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal; V- o formal e a certidão de partilha, VI- a sentença arbitral.“

“Art. 41. Os artigos 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação: “.

Se for o caso, como vimos, poderá ainda o juiz estatal, quando solicitado, conceder as medidas de emergência necessárias para resguardar a justiça efetiva da prestação arbitral.

Sendo assim, deparamo-nos, pois, com uma real imposição de limitações ao juiz estatal em sua atividade jurisdicional, mas as semelhanças entre o efeito negativo e o instituto da incompetência relativa do direito processual civil são apenas aparentes. Isto porque, as ditas restrições à atividade do juiz estatal têm natureza pré-processual. O juiz não é proibido de conhecer o mérito por ser relativamente incompetente, mas por absoluta falta de poderes jurisdicionais para a causa, poderes estes que, conforme observamos, foram subtraídos pela autonomia da vontade das partes, mas respaldada no próprio ordenamento jurídico estatal que o investiu.

Dessa forma, se houver um compromisso arbitral firmado pelas partes e se uma delas ingressar no juízo comum, a parte ré poderá, renunciar ao procedimento de cognição sumária, submetê-lo à justiça arbitral. O compromisso, como veremos, é negócio jurídico de direito material, com eficácia negativa no direito pré-processual (exclusão dos juízes estatais) e eficácia positiva no direito processual (submissão das partes aos efeitos da sentença arbitral).

A intervenção do Poder Judiciário no mérito das questões decididas pelo juízo arbitral só é possível, por via indireta, quando o conteúdo da decisão arbitral, no momento da sua introdução em nosso ordenamento jurídico, se revelar não - conforme à ordem pública brasileira. E, para não se conformar à ordem pública, é necessário se verificar se se está atentando contra os sentimentos de justiça vigentes.⁷⁷

O elenco do art. 32 da Lei 9.307/96, conforme estudaremos mais adiante, não é exaustivo, é resultado da necessidade de controle de uniformidade do conteúdo das decisões que se pretende

⁷⁷ VALENÇA FILHO, Cláudio. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal. In: **Revista de Direito Bancário do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo, RT, ano 5, n° 15, p. 369, jan/ mar, 2002.

inserir no ordenamento jurídico brasileiro, função esta que deverá ser desempenhada exclusivamente pelo juiz estatal.⁷⁸

⁷⁸ Conforme esclarecemos anteriormente, a análise da discussão quanto a constitucionalidade da arbitragem será novamente trazida à análise, quando do estudo de casos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, o que deixaremos para fazer no último capítulo deste trabalho.

CAPÍTULO 3

Capítulo 3 - Convenção de arbitragem; 3.1 Cláusula compromissória; 3.1.1 Elementos essenciais e a natureza jurídica da cláusula compromissória; 3.1.1.1 Cláusula compromissória como mera promessa de contratar; 3.1.1.2 Cláusula compromissória como contrato; 3.2 Espécies de cláusula compromissória; 3.3 Autonomia da cláusula compromissória; 3.4 Cláusulas compromissórias ditas defeituosas, imperfeitas ou incompletas e sua interpretação; 3.5 Diferenças e semelhanças entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral; 3.6 Instituição da arbitragem através da cláusula compromissória; 3.7 Cláusula compromissória nos contratos de adesão; 3.8 Cláusula compromissória e testamento; 3.9 Execução da cláusula compromissória.

3. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Como vimos, um dos objetivos do processo de modernização, importante em termos de mudança social, mas pouco percebido pela própria sociedade, é a diminuição da tutela do Estado e conseqüente aumento dos poderes da cidadania.

As transformações, apesar de pouco notadas, entretanto, já começaram a surgir. São essenciais, uma vez que tratam de criar mecanismos de proteção e garantias individuais, que se conformem, não apenas sob o ponto de vista jurídico, mas também sob os aspectos econômicos e sociais, no que diz respeito ao pleno exercício dos direitos humanos.

Como exemplo podemos citar, como já vimos anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e os Juizados Especiais que foram medidas as quais progressivamente vão materializando demandas e aspirações coletivas.

Um dos motivos ensejadores para que o Estado atue nessa direção é a busca pela maior eficiência nas suas tarefas inerentes de prover a educação, ampliar a proteção social, garantir a segurança e assegurar o funcionamento da justiça.

O que se pretende, através destes mecanismos institucionais que foram sendo criados, é normatizar as práticas usuais da política, valorizando a conciliação, em busca do consenso e da solução pacífica dos conflitos, com o objetivo de garantir, de um lado a coesão social e da legitimidade, e de outro, a própria governabilidade. Então, o propósito maior destes canais de articulação passa a ser a busca da eficácia.

Aí encontra-se inserido o instituto da arbitragem, que não é novo, mas só agora está sendo, através da sua regulamentação um tanto quanto recente pela Lei 9.307/96. Após analisarmos a constitucionalidade da arbitragem, seus sujeitos, objeto e admissibilidade, faz-se imprescindível a análise de como se dá o procedimento da arbitragem, o que se faz necessário para sua existência, como a mesma pode ser estipulada pelas partes e qual o mecanismo para sua exigibilidade. Para tanto, passaremos, a analisar convenção de arbitragem.

Na realidade, a convenção de arbitragem representará a vontade das partes dirigidas à sua celebração, podendo estar representada de duas formas: através da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, que passaremos agora a analisar.

3.1 Cláusula compromissória

A cláusula compromissória é a expressão da vontade das partes interessadas em um contrato ou em um documento apartado, que, inequivocamente, decidem socorrer-se em um árbitro para a solução de seus conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. É a confirmação da vontade das partes em submeterem seu litígio a uma via jurisdicional concorrente com a estatal, e dotada da mesma eficácia e extensão das decisões efetivadas pelos órgãos do Poder Judiciário.

A cláusula compromissória, pois, consubstancia uma obrigação sujeita à condição de que se produza no futuro controvérsia entre as partes. Quando da celebração do contrato não há como as partes previrem qual ou quais litígios advirão do mesmo, mas nada impede, no entanto, que as partes deixem claro, quando da celebração do mesmo, que, caso haja algum litígio dele proveniente, o mesmo seja solucionado por meio da via arbitral.

Não se admite uma convenção de arbitragem genérica, sendo assim não se cogita uma cláusula compromissória pela qual as partes submetem à arbitragem todas as suas controvérsias de forma geral e indeterminada, pois não teria valor legal algum. O que quer dizer que o objeto da convenção deve ser determinado. O limite da cláusula compromissória seria, num primeiro momento, o contrato no qual ela se encontra inserta ou ao qual ela se refere (se realizada em documento apartado), desde que verse sobre direitos disponíveis, mas, como pode ocorrer de apenas parte e não todo o contrato ser descumprido, é no momento do surgimento da controvérsia que estariam delimitados os parâmetros a serem considerados a fim de se proferir a decisão arbitral.

No contrato, as vontades das partes são direcionadas em sentido oposto, a relação jurídica a partir deste contrato tem o propósito de harmonizar os interesses contratantes. A cláusula compromissória é uma modalidade especial de convenção em que a vontade dos convenientes gerará uma futura relação processual, numa única e mesma direção, dirigida ao juízo arbitral, embora, ainda que na sua base estejam interesses substanciais e bipolarizado das partes, que, obviamente, formarão a base do pedido que constituirá o objeto da arbitragem.

Os Códigos Civil, Processual Civil e Comercial, anteriores à Lei de Arbitragem não se referiam à cláusula compromissória, faziam apenas referência ao compromisso. Ou seja, se alguém que se comprometesse a submeter um futuro litígio à arbitragem e, posteriormente se negasse a fazê-lo, não haveria um preceito legal expresso que desse à parte interessada a garantia

da obtenção do compromisso arbitral, daí o seu caráter ser anteriormente visto como semelhante ao de um pré-contrato.

Não gerava, portanto, nem efeitos negativos (pois não excluía a apreciação do litígio pelo Poder Judiciário), nem efeitos positivos (tendentes à celebração da arbitragem) já que dependeria da celebração do compromisso. O que resultaria, uma vez existente o litígio entre as partes na intervenção judicial, devendo a parte interessada recorrer à sentença substitutiva de sua vontade. Ou seja, a cláusula compromissória tinha, por conseguinte, força de uma mera promessa.

Logo, a arbitragem, para ser instaurada, precisaria do posterior compromisso arbitral, que poderia ser obtido através da intervenção do Poder Judiciário quando uma das partes se opusesse a cumprir a cláusula compromissória, pois a simples existência desta no contrato não daria ensejo à instauração da arbitragem.

O que quer dizer que, em um primeiro momento, não se sabia ao certo qual seria a natureza jurídica da cláusula compromissória, ou seja, se a mesma teria verdadeira natureza de um contrato ou representaria apenas uma mera promessa de contratar. Portanto, passemos a analisar a natureza jurídica da cláusula compromissória.

3.1.1 Elementos essenciais e a natureza jurídica da cláusula compromissória

São elementos essenciais da cláusula compromissória: a definição da relação jurídica que a mesma disciplina, juntamente com a declaração de que, havendo algum litígio em decorrência de tal relação jurídica, as partes subtrairão a solução do mesmo à justiça estatal, passando a submeter sua apreciação ao juízo arbitral.

A limitação natural da contratação está amparada em uma relação jurídica determinada. Esta, por sua vez, para ser determinada, pode ser pré-existente ou até mesmo extracontratual.

Logo, ela não é a única fonte da arbitragem, uma vez que a arbitragem pode existir sem que haja estipulação contratual.⁷⁹

Na prática, entretanto, verifica-se que processos arbitrais derivam, na grande maioria das vezes, da inexecução de contratos que continham a cláusula compromissória. Por isso a razão do enfoque do nosso trabalho à arbitragem nos contratos.

A cláusula compromissória pode ser convencionada por meio de troca de correspondência epistolar entre as partes, telegrama, fac-símile, apenas necessitando de comprovação da proposta de uma das partes e de aceitação da outra.⁸⁰

Como vimos, a cláusula compromissória não precisa estar atrelada ao contrato. Apesar da denominação **cláusula**, a mesma é dotada de individualidade e independência, ela está presente no contrato por uma questão de comodidade prática.⁸¹

A cláusula compromissória pode estar inserta no contrato ou em documento apartado. Em estando fora do contrato, em documento apartado, ela precisa fazer referência ao contrato a que ela está ligada, mas em um ou outro caso, se as partes estiverem tratando a respeito de diversos negócios jurídicos, elas podem preferir a arbitragem com relação a alguns litígios e preservar o juízo estatal para outros.

Não havendo referência expressa da cláusula compromissória a um contrato determinado, e não havendo dúvida de que a cláusula a ele se refira, a mesma continuará com sua eficácia preservada.

A doutrina divergia, no entanto, quanto à natureza jurídica da cláusula compromissória, pelo fato de alguns a verem apenas como um pacto prévio, uma espécie de pré-contrato de

⁷⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula compromissória. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, p. 216, 1999.

⁸⁰ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Malheiros, 2000, p. 217.

⁸¹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. 2000, p. 217.

arbitragem, ou seja, como uma mera promessa de contratar; já outra parte da doutrina vê nela um verdadeiro contrato.⁸²

3.1.1.1 Cláusula compromissória como mera promessa de contratar

Para os defensores dessa corrente, há a necessidade da formalização do compromisso para a consecução da arbitragem, mesmo havendo no contrato a cláusula compromissória cheia (prevista no artigo 5º. da Lei de Arbitragem, onde as partes, desde o momento da celebração do contrato, já prevêem o órgão arbitral institucional ou a entidade especializada que será responsável por determinar as regras do procedimento arbitral), servindo a mesma, sob este prisma, apenas como um pré- contrato. Seria, portanto, mero contrato preliminar, promessa de contrato.⁸³ Sendo assim intitulada de *pactum de compromittendo* ou *pactum de contrahendo*.⁸⁴ Nestes termos, a cláusula compromissória teria a função de uma promessa das partes de que, havendo uma controvérsia, as mesmas teriam por obrigação a celebração do compromisso arbitral.⁸⁵

Correspondia, portanto, uma obrigação de fazer personalíssima, cujo descumprimento levaria o obrigado, tão somente, às perdas e danos. E o seu descumprimento não levava as partes à obrigatoriedade da celebração do compromisso, embora não celebrar o compromisso levaria a uma infração contratual, que resultaria numa responsabilização civil.⁸⁶

⁸² PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje en los países del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997, p. 83.

⁸³ PUCCI, Adriana Noemi. 1997, p. 83.

⁸⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula compromissória. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, p. 213, 1999.

⁸⁵ Essa é a posição de MARTINS, Pedro Batista. **Aspectos Jurídicos da Arbitragem Comercial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1990, p.43. MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA, Luis Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986, p. 24.

⁸⁶ BEVILÁQUA, Clóvis *apud* PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul**. São Paulo: LTR, 1997, p. 76.

No Brasil, até a sanção da Lei 9.307/96, apenas poderia se instaurar a arbitragem por meio do compromisso arbitral, razão pela qual os doutrinadores admitiam apenas a cláusula compromissória como promessa de contratar.

3.1.1.2 Cláusula compromissória como contrato

Para os defensores da cláusula compromissória como contrato, na qual nos inserimos, baseados na regulamentação atual da cláusula compromissória perante a Lei 9.307/96, ela seria um contrato autônomo, uma verdadeira convenção jurídica. Sendo assim, a estipulação prévia, é na realidade uma independente figura jurídica, verdadeira convenção, cuja principal característica é a de servir como instrumento eficaz de oposição àqueles que, tendo-a firmado, vá buscar amparo na jurisdição ordinária.⁸⁷

Através da cláusula compromissória, as partes não prometem apenas vir a contratar, mas ela é um verdadeiro contrato, é a base na qual as partes estabelecem certas previsões contratuais, cujo desenvolvimento e implemento se mantêm suspensos até o momento posterior à sua execução. O que quer dizer que elas prevêm que havendo um litígio, em decorrência do contrato, o mesmo será submetido à arbitragem. Não é uma mera promessa, porque, se de fato houver o litígio, a existência da cláusula compromissória no contrato já afastaria a possibilidade do julgamento ser feito pela jurisdição estatal, viabilizando, como veremos em hipóteses específicas, inclusive a instauração do juízo arbitral, mesmo sem a necessidade de se firmar o compromisso (cláusula compromissória cheia).

⁸⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1990, p. 44.

Mas, no momento da formalização da cláusula compromissória, não estarão as partes celebrando um contrato novo e independente, estarão, tão somente, especificando e desenvolvendo as estipulações contratuais que foram assumidas numa fase pré-contratual.⁸⁸ Na realidade, a cláusula compromissória está vinculada aos termos do contrato, mas constitui um verdadeiro contrato dentro do contrato em que ela se encontra inserida, cuja aplicabilidade só vai existir caso as disposições contidas naquele forem desrespeitadas.

Logo, as partes quando inseriram, no contrato celebrado, a cláusula compromissória, na realidade, firmaram um compromisso de submeter a resolução dos conflitos que poderiam advir do mesmo à apreciação de árbitros.⁸⁹

3.2 Espécies de cláusula compromissória.

As partes podem, por meio da cláusula compromissória, reportar a solução do litígio a um órgão arbitral ou entidade especializada, passando, pois, o litígio a ser solucionado segundo estas regras. Quando isso acontece diz-se que a cláusula compromissória é cheia. E, portanto, a cláusula compromissória seria suficiente para a instauração do juízo arbitral, sem a necessidade de se firmar posteriormente o compromisso, pois esse passaria a ser mera formalidade.

Entretanto, não é essa a posição dominante, uma vez que segundo o art. 10 e 32, I da Lei 9.307/96 o compromisso não só é um requisito essencial à instauração da arbitragem, mas também a sua ausência implica nulidade da mesma.⁹⁰

⁸⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1990, p. 44.

⁸⁹ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul**. São Paulo: LTR, 1997, p. 79.

⁹⁰ “Art. 10. Constará obrigatoriamente do compromisso arbitral: I- o nome, a profissão, estado civil e domicílio das partes; II- o nome, profissão e domicílio do árbitro ou árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III- a matéria que será objeto de arbitragem; IV- o lugar em que será proferida a sentença arbitral.”

Por outro lado, a cláusula compromissória será vazia quando ela não se reporta às regras contidas como fundamentais ao compromisso ou quando ela não tenha as indicações para a nomeação de árbitros, de maneira que se possa constituir o juízo arbitral.

Se a cláusula compromissória for vazia, a parte interessada na instituição da arbitragem, caso haja a resistência quanto à instauração da mesma, terá de valer-se da ação de instituição de arbitragem tratada no art. 7º da Lei de Arbitragem.

Assim, através da aplicação do artigo 7º da Lei de Arbitragem, caberia à parte interessada a notificação da outra parte a respeito de seu interesse de que seja instaurado o juízo arbitral, por meio de comunicação que comporte prova de seu recebimento, para daí, em lugar e hora predeterminados, possam as partes firmar o compromisso arbitral. Cabendo, pois, ao interessado a prova de que tentou validamente instaurar a arbitragem mediante comunicação da parte adversa.⁹¹

Ao facultar às partes a nomeação de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a Lei de Arbitragem, na realidade, está autorizando as mesmas a outorgarem a um órgão institucional ou a uma entidade especializada a determinação das regras a serem aplicáveis à solução da arbitragem. O que quer dizer que passará a ser deste órgão (pessoa jurídica) a responsabilidade de patrocinar a arbitragem e adotar as medidas que caberiam à parte interessada.

A cláusula compromissória pode ainda ser unilateral ou binária. Essa classificação diz respeito ao número de titulares do direito de submeter o litígio à jurisdição arbitral, afastando, pois, a solução do mesmo por parte do Poder Judiciário.

“Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I – for nulo o compromisso; II- emanou de quem não podia ser árbitro; III- não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV- for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V- não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI- comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão, ou corrupção passiva; VII- proferida fora do prazo, respeitado o art. 12, III, desta Lei; e VIII- forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. ”

⁹¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 85.

Sendo assim, diz-se que a cláusula compromissória é unilateral quando apenas a uma das partes é reservada a faculdade de submeter as controvérsias que venham a surgir entre elas à arbitragem, cabendo à outra parte tão somente aderir. Já a cláusula compromissória binária é aquela segundo a qual ambas as partes, em um contrato, num único ou nos dois pólos manifestam mútuo interesse em submeter a solução do litígio à arbitragem.⁹²

Mas será que teria lugar na arbitragem uma cláusula que determina que a mesma seria instaurada dependendo da vontade apenas de uma das partes? Quando se faz referência à cláusula unilateral, não quer significar que ela é imposta pela vontade de apenas um dos contratantes, pois, na verdade, ela é resultado de um acordo, e, sendo assim, não deixaria de ser bilateral.

As partes, na cláusula unilateral, concordam em reservar a uma delas apenas a opção entre submeter a apreciação da demanda à arbitragem ou à jurisdição estatal, tendo sido feita a escolha pela parte a que caiba tal poder, a outra parte estaria obrigada a aderir à escolha que fora manifestada. Entretanto, havendo controvérsia, a parte obrigada na cláusula unilateral só teria ao seu dispor a justiça estatal, pois não poderia impor à outra parte a instauração da arbitragem; a exceção a esta proibição seria, obviamente, se a outra parte aceitar, apesar de não estar obrigada, instituir a arbitragem.⁹³

A cláusula binária é a mais comum no universo arbitral, tendo em vista o acréscimo dos contratos inerentes ao mundo globalizado em que há um grande número de importadores e exportadores, posicionando cada grupo (“centro de interesses”) num dos pólos da relação contratual. Havendo uma lide, estas partes se agrupam em dois blocos homogêneos e contrapostos e decidem submeter o litígio à arbitragem.

⁹² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da arbitragem interno**. Belo Horizonte: Malheiros, 2000, p. 230.

⁹³ Aplicação da cláusula compromissória unilateral se dá, por exemplo, nos contratos de adesão, que deixaremos para estudá-los com mais minúcia em momento posterior do nosso trabalho.

3.3 Autonomia da cláusula compromissória

A cláusula compromissória, apesar de integrar o contrato, constitui um negócio jurídico em si mesma, ou seja, ela tem individualidade própria e tem função diversa do contrato de que ela faz parte.

Enquanto o contrato objetiva equilibrar o interesse das partes, a cláusula compromissória tem por finalidade solucionar uma lide que possa, por ventura, vir a ocorrer, em virtude do descumprimento do mesmo. Logo, a cláusula compromissória pode fazer com que questões atinentes ao contrato que tenha sido celebrado, possam repercutir na esfera processual extrajudicial, por meio da arbitragem.

A relação da cláusula compromissória e do contrato é uma relação de incomunicabilidade, pois a nulidade de um não implica na nulidade do outro, ou seja, sendo nulo o contrato, não necessariamente será nula a cláusula compromissória e vice-versa. A implicação prática disso é que o árbitro investido de poderes para julgar a controvérsia que por ventura advier do contrato pode julgar também a questão sobre nulidade ou ineficácia do próprio contrato.

Assim prescreve o artigo 8º da Lei 9.307/96: “Art. 8º - A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

O parágrafo único daquele mesmo artigo vai além e determina que o árbitro, de acordo com os poderes que lhe foram conferidos pelas partes poderá, com ou sem a provocação das mesmas, analisar questões a respeito da validade e da eficácia da convenção de arbitragem e do próprio contrato que contiver cláusula compromissória.

O árbitro tem, portanto, competência para julgar sua própria competência e interpretar não só o contrato, mas se a matéria, objeto da discussão, pode se submeter à arbitragem. É o que se costuma chamar de *Kompetenz –Kompetenz*.⁹⁴

Dispõe o parágrafo único do artigo 8º: “Caberá ao árbitro decidir de ofício ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

A cláusula compromissória não é igual a qualquer outra cláusula contratual, esta tem a função de regulamentar os diversos aspectos das negociações e está relacionada, fundamentalmente, com as normas que regem o contrato.

Por sua vez, a cláusula compromissória tem caráter processual, como vimos, e é por meio dela que se torna possível a resolução do conflito que poderá advir do contrato, por meio da utilização da arbitragem, daí a maior razão de sua autonomia face ao contrato. Representando, na realidade, uma exceção ao princípio de que o acessório segue o principal. Logo, mesmo inserta no contrato o destino da cláusula compromissória, não segue o seu destino quando de sua nulidade, como já analisamos.⁹⁵

Uma exceção a este princípio, no entanto, reconhecido pela doutrina internacional, dá-se quando da declaração de inexistência do contrato que levaria à conseqüente inexistência da cláusula compromissória. Neste caso, haveria a necessidade de uma decisão judicial prévia não possuindo, pois, os árbitros competência para solucionar a questão.⁹⁶

Não gozariam ainda de competência os árbitros quando a nulidade do contrato fosse denunciada por uma causa que afetasse diretamente a validade da convenção da arbitragem. Um

⁹⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula compromissória. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, p. 219, 1999.

⁹⁵ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje en los países del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997, p. 79.

⁹⁶ PUCCI, Adriana Noemi. 1997, p. 79.

exemplo disso seria quando a nulidade contratual fosse argüida em virtude da falta de capacidade dos contratantes, o objeto do contrato fosse ilícito ou contrário à ordem pública.⁹⁷

É claro, como a cláusula compromissória deriva da vontade das partes, que será nula a cláusula compromissória quando for verificado que para a celebração do contrato ou para a celebração da própria cláusula compromissória tenha ocorrido um vício de consentimento.⁹⁸

Uma outra questão que ainda merece uma análise mais detida é de se saber qual é a lei aplicável à cláusula compromissória. Ou seja, se seria a ela aplicável a mesma lei que o é para o contrato? A solução é apresentada da seguinte forma: se os contratantes não estipularam regra especial para reger a cláusula compromissória, a ela é aplicável a mesma lei que é tida para o contrato, mas nada impede que as partes possam ainda eleger outra lei a ser aplicável, exclusivamente, à cláusula compromissória.⁹⁹

A cláusula compromissória subsiste ainda quando da cessação do contrato, tendo eficácia, portanto, pós-contratual, logo, mesmo que algum litígio apareça depois da rescisão ou após a ocorrência de algum termo extintivo, ou durante algum período de suspensão do contrato, ela é inteiramente aplicável.¹⁰⁰

A cláusula compromissória não é ainda extinta pelo prazo prescricional, isso porque sua prescrição só começa a contar no momento em que se torna exigível a obrigação que lhe deu origem, ou seja, sua exigibilidade só se manifesta a partir do momento em que o litígio se instaurou, e aí, passará a dar lugar ao compromisso arbitral. Salvo convenção em contrário, a duração da cláusula compromissória não é limitada. Portanto, os efeitos da cláusula

⁹⁷ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje en los países del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997, p. 79.

⁹⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA, Luis Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986, p. 24.

⁹⁹ BOGGIANO, Antonio. **Autonomía y Eficácia de la Cláusula Arbitral para el Derecho Internacional de las Privatizaciones** *apud* PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje en los países del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997, p. 80.

¹⁰⁰ STRENGER, Irineu. **Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTR, 1998, p.37.

compromissória permanecem em vigor enquanto durarem as possibilidades de haver divergências, ou ainda enquanto não incluídas, em sua previsões, um ou mais litígios determinados, porque nascidos tornam-se objetos de compromisso.¹⁰¹

Quanto à prescrição esclarece Irineu Strenger: “Se o prazo da prescrição escoou depois da data do início do litígio. Mas, com muita freqüência, nos casos em que entrem nas previsões da cláusula diferentes litígios eventuais, a prescrição não produzirá efeitos a não ser em relação ao litígio nascido, mas sobrevivendo quanto aos outros.”¹⁰²

As partes não podem, contudo, subtrair a solução do litígio ao Poder Judiciário, logo, no contrato dever haver, por exemplo, a possibilidade de recorrer à justiça para a designação do terceiro árbitro, quando não existir acordo neste sentido e uma das partes se negar a fazê-lo.¹⁰³

3.4 Cláusulas compromissórias ditas defeituosas, imperfeitas ou incompletas e sua interpretação.

Pode haver ainda no contrato as cláusulas compromissórias ditas defeituosas, imperfeitas ou incompletas. Elas têm lugar, por exemplo, quando a cláusula compromissória é redigida de forma ambígua ou contraditória que poderá resultar, propositadamente, na procrastinação da arbitragem, na dubiedade de interpretação da referida cláusula ou na alegação de sua nulidade.¹⁰⁴

As cláusulas compromissórias redigidas de forma incongruente, cuja leitura não resulta na identificação de ser a mesma uma cláusula compromissória, como por exemplo, da cláusula cujo

¹⁰¹ STRENGER, Irineu. **Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTR, 1998, p.45.

¹⁰² STRENGER, Irineu. 1998, p.45.

¹⁰³ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul**. São Paulo: LTR, 1997, p. 71.

¹⁰⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo, LTR, p. 189, 2002.

procedimento prescrito para aplicabilidade da mesma seja semelhante ao de uma conciliação ou mediação, são denominadas de **cláusulas arbitrais inválidas**.¹⁰⁵

Já as cláusulas arbitrais em branco ou vazias recebem a denominação de **cláusulas suscetíveis de validade**, pois não esclarecem a maneira como se operacionalizará a arbitragem ou a nomeação dos árbitros. Podem ainda ser consideradas como cláusulas suscetíveis de validade, por exemplo, as que indiquem de maneira incorreta a instância arbitral, as que indiquem a arbitragem, no contrato, como forma de resolução dos conflitos e em documento apartado prevêem o judiciário como órgão competente para tal.

Quando verificadas as cláusulas ditas patológicas e, havendo a possibilidade de avaliação prévia quanto a sua validade ou existência, é relevante o estudo dos critérios e princípios interpretativos a serem analisados para se descobrir se realmente houve ou não consentimento das partes em solucionarem o litígio por meio da arbitragem.

Veremos, pois, que à arbitragem são aplicáveis princípios específicos para a interpretação das cláusulas compromissórias, mas também serão aplicáveis às mesmas princípios de interpretação dos contratos em geral.

A interpretação da cláusula compromissória, por exemplo, segundo o princípio da boa-fé quer significar que, ao interpretar a real vontade das partes, quando da celebração do contrato, deve-se partir do pressuposto que, no momento em que as mesmas o firmaram, havia a intenção de se comportarem com lealdade, e que esta deverá ser pré-contratual, contratual e pós-contratual.

¹⁰⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo, LTR, p. 189, 2002.

Por outro lado, o comportamento da parte será tipificado como de má-fé, quando a parte, apesar de alegar a inexistência da cláusula compromissória, utilizar-se de um argumento de natureza puramente formal, fora do contexto negocial ou contrário à economia do acordo.

A interpretação de boa-fé está representada na aplicação do princípio geral de direito, inspirado numa postura ética, não devendo apenas se basear na disposição literal do manifestado pelas partes, mas levando-se em conta as conseqüências que os contratantes razoavelmente e legitimamente almejavam, conseqüências estas esperadas antes, durante e após a celebração do contrato.

Esta interpretação guiada pelo princípio da boa-fé já recebeu guarida expressa nos nossos diplomas e, hoje, tem lugar de destaque na análise dos contratos, sejam eles civis ou mercantis.

3.5 Diferenças e semelhanças entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral

Apesar da cláusula compromissória levar as partes ao mesmo caminho do compromisso arbitral que é a celebração da arbitragem e por serem um contrato autônomo, distinguem-se em virtude da sua natureza jurídica e dos fundamentos que lhe são inerentes.

A cláusula compromissória corresponde a uma obrigação de fazer, cuja aplicabilidade só terá lugar ocorrendo um evento futuro e incerto, qual seja: a existência de um litígio. Apenas cumprida a condição da cláusula compromissória é que surgirá o compromisso que será, então, aplicado ao litígio já existente.¹⁰⁶

No momento em que a cláusula compromissória é firmada, as partes se comprometem em que caso venha a surgir uma controvérsia sobre a relação jurídica base, o que pode nem ocorrer,

¹⁰⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA, Luis Olavo **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986, p. 38.

elas levariam a solução do mesmo à via arbitral. Portanto ela se refere, como já vimos, a litígio futuro; já o compromisso, como veremos posteriormente, refere-se a litígios atuais¹⁰⁷.

Diferentemente do que acontece com o compromisso arbitral, não há formalidade específica para a celebração da cláusula compromissória, mas por ser verdadeiro contrato ela precisa ser realizada de forma escrita, logo, em sede de convenção de arbitragem tudo é válido, desde que se contenha nos limites do poder de disposição das partes e não vá de encontro à ordem pública e aos bons costumes.

O reconhecimento da validade ou não de uma cláusula compromissória não implica no reconhecimento ou nulidade do compromisso. Porém, em sendo nula a cláusula compromissória, uma parte não terá como impor à outra a celebração do compromisso que terá que ocorrer mediante acordo bilateral, mas uma vez sendo válido o compromisso, nem se questionará se é nula ou não a cláusula compromissória.¹⁰⁸

Enquanto a cláusula compromissória apresenta-se inicialmente genérica, por não se saber ao certo quais os litígios ou quantos litígios decorrentes do descumprimento ou da interpretação dos contratos ela vai resolver, ou seja, trata-se da solução de um futuro condicional, o compromisso, por sua vez, lida com o presente, uma lide posta em questão. Está aí uma diferença temporal entre ambos.

O compromisso pode ainda servir para alterar condições ou rever estipulações feitas durante a elaboração da cláusula compromissória.¹⁰⁹

É da natureza constitutiva do compromisso a necessidade das partes confirmarem o juízo arbitral criado, Assim o fazendo, as partes estariam, desde já, renunciando à via judicial ordinária.

¹⁰⁷ Apesar de a Lei se referir a litígios provenientes de contratos celebrados, nada impede que as partes convençionem a cláusula compromissória sobre uma relação não contratual, como, por exemplo, uma relação de vizinhança ou uma servidão, ou qualquer outro litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁰⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986, p. 33.

¹⁰⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem Comercial**. 1986, p. 35.

A consequência imediata seria a possibilidade, portanto, de qualquer das partes poder arguir a exceção de incompetência do juiz comum (artigo 267, VII, CPC). Outra possibilidade conferida pela lei, em virtude da vontade das partes, é a possibilidade das mesmas desistirem expressamente do compromisso, o que pode ocorrer até mesmo de forma tácita quando uma das partes recorrendo ao juízo comum não ingressa a outra parte com a exceção de incompetência.¹¹⁰

Entretanto, será que a cláusula compromissória pode instaurar a arbitragem, sem que se precise firmar o compromisso? Depois de termos analisado as espécies, requisitos e diferenças entre a cláusula compromissória e compromisso, passaremos agora a responder a esta pergunta.

3.6 Instituição da arbitragem através da cláusula compromissória

A expressão cláusula compromissória foi pela primeira vez inserida no artigo 9º do Decreto nº. 3.900, de 1867 “Art.9º...a cláusula compromissória relativa a questões eventuais, não vale senão como promessa e fica dependente, para sua perfeição, de novo e especial acordo das partes.” De forma expressa, mas ao contrário do que se esperava, a cláusula compromissória, da forma como encontrava-se regulamentada, passou a ser um grande obstáculo para o estabelecimento da arbitragem no Brasil.¹¹¹

Este dispositivo legal fez com que somente 130 (cento e trinta) anos depois, com a publicação da mencionada Lei 9.307/96, é que se pôde dar eficácia positiva à arbitragem, com efeitos jurídicos que lhe são peculiares, para que só assim se pudesse, efetivamente, cumprir a função a que se propõe que é a de “desafogar” a jurisdição estatal.

¹¹⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986, p. 39.

¹¹¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula compromissória. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 213.

Desse modo, antes da Lei 9.307/96, não cumprida a obrigação de assinar o compromisso, instaurava-se um dissenso na doutrina e na jurisprudência a respeito do direito de ação da parte interessada direcionada a alcançar esse objetivo. O problema agravava-se pelo fato de, à época, não se prever no Código de Processo Civil a ação específica do cumprimento da obrigação de fazer. Na melhor das hipóteses, o descumprimento da referida cláusula geraria direito à indenização.

O inadimplemento da obrigação de fazer (celebrar o compromisso arbitral), portanto, não legitimava a busca judicial da execução forçada, a estipulação da cláusula compromissória gerava apenas a oportunidade de se pré-fixar uma pena compensatória que teria importância no caso de haver perdas e danos de difícil apuração.¹¹²

Logo, como não havia no direito interno uma previsão para a cláusula arbitral, era aplicável à mesma, a legislação estrangeira, regulamentada pelo Pacto de Genebra de 1923, inserido em nosso ordenamento através do Decreto 21.187 de 22.3.1932¹¹³. Segundo esse pacto, nos contratos internacionais comerciais, as cláusulas arbitrais seriam aptas a constituir o juízo arbitral, independentemente do compromisso ou da instituição de juízo arbitral, mas isso só para os contratos internacionais.

Era uma exceção à regra trazida pelos Códigos de Processo Estaduais, posteriormente repetida no Código de Processo Civil de 1973.¹¹⁴

Começou-se a sustentar, então, que apenas nos contratos internacionais a interpretação deveria ser no sentido de outorgar à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral os mesmos efeitos, ou seja, o de fazer com que ambos pudessem, por força do Protocolo de

¹¹² MARTINS, Pedro A. Batista. A convenção de Arbitragem. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 210.

¹¹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2004, p.87.

¹¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 75.

Genebra, ter força de dar início ao procedimento arbitral. Enquanto que para os contratos internos deveria permanecer a diferença entre ambos, ou seja, apenas o compromisso seria apto a dar consecução à arbitragem.¹¹⁵

Em virtude da Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e, posteriormente com a sanção do Código de Processo Civil de 1939, passou a doutrina a questionar se ainda estaria em vigor as determinações do Protocolo de Genebra quanto à igualdade de efeitos entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A Convenção de Nova Iorque, só recentemente aprovada pelo Brasil, apenas esclareceu a necessidade de que tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso sejam feito por escrito, mas declara que, em se firmando a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, estarão as partes acordando em submeter a apreciação do litígio à arbitragem¹¹⁶.

Para dirimir essa questão que sequer havia respaldo na jurisprudência, em 24 de abril de 1990 no caso “Lloyd Brasileiro vs. Ivarans Rederi”, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se a respeito da validade do Protocolo de Genebra, aplicável aos contratos internacionais de aplicabilidade no Brasil, baseando-se para tanto na prevalência do princípio da boa-fé.¹¹⁷

Pela primeira vez, discutia-se, a nível interno, a similitude dos efeitos entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Assim naquele caso levado ao Superior Tribunal de Justiça, finalizado o procedimento arbitral, que seguira as regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial, apresentou-se o laudo arbitral, para que fosse homologado por meio de um juiz brasileiro, que indeferiu o

¹¹⁵ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje en los países del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997, p. 95.

¹¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 78.

¹¹⁷ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje en los países del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997, p. 96.

pedido, argumentando a nulidade do procedimento arbitral, pelo fato de ter constatado que a arbitragem derivou de uma cláusula compromissória e que não seria esse um método válido de se instaurar uma arbitragem no Brasil.

Mas, levado o processo ao Superior Tribunal de Justiça, este se pronunciou favoravelmente à homologação do laudo arbitral.

O Superior Tribunal de Justiça tomou como fundamento para a sua decisão o fato de entender, não apenas que o Protocolo de Genebra seria aplicável tanto em relação aos Estados contratantes como a todos os contratos que versassem sobre comércio internacional, mas também o fato de que a parte vencida não poderia alegar a nulidade do compromisso arbitral porque fora a mesma que colaborara com a constituição do Tribunal Arbitral. O que quer dizer que a parte não poderia ferir o princípio da boa-fé, aceitando a arbitragem e, apenas, após a elaboração do laudo arbitral, denunciá-la.¹¹⁸

O projeto de Código Civil de 1975 foi a primeira tentativa de trazer ao Código Civil a admissibilidade, nos contratos, da cláusula compromissória, em seu artigo 854. Necessário se fazia apenas que as partes indicassem previamente os árbitros ou árbitro, ficando, pois, sem efeito a cláusula se os árbitros não pudessem atuar, não concordando as partes em relação à nomeação dos substitutos. O Senado emendou o dispositivo em questão, dando-lhe nova redação a qual determinava que, mesmo quando da existência da cláusula compromissória, o interessado poderia submeter a apreciação do litígio à justiça comum. Com isso ter-se-ia um verdadeiro retrocesso, uma vez que se retirava a eficácia da cláusula compromissória. Porém, o artigo 854 foi suprimido na Câmara dos Deputados em 1997, mantendo-se tão somente um capítulo relativo ao

¹¹⁸ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje en los países del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997, p.98.

compromisso. Apenas com a Lei 9.307/96 foi que a cláusula compromissória passou a ter tratamento disciplinado por lei especial.¹¹⁹

A cláusula compromissória vem disciplinada hoje pela Lei da Arbitragem que traz em um mesmo capítulo a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, declarando que ambos estão aptos a afastar a jurisdição estatal e instituir a arbitragem. O artigo 5º da Lei 9.307/96 vem dirimir de vez essa questão ao instituir que:

Art. 5º - Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Sendo assim, tem-se hoje que a cláusula compromissória é mecanismo apto à instauração do juízo arbitral, sem a necessidade de se firmar, necessariamente um compromisso arbitral.¹²⁰

Isso porque a exigência de se estipular nova convenção de arbitragem após o aparecimento de uma controvérsia levaria as partes à procura do Poder Judiciário para que fosse celebrado o compromisso arbitral, nos moldes do art. 7º da Lei 9.307/ 96.¹²¹

Logo, umas das funções primordiais da arbitragem a “desobstrução” do Poder Judiciário isso passaria a fazer com que um dos métodos de solução de controvérsia – através da cláusula compromissória - fosse considerada mais uma forma de constituir novo litígio, quando tivesse que se socorrer ao judiciário para transformá-la em compromisso.

A definição da cláusula compromissória está prevista na Lei 9.307/96: “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.”

¹¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 75.

¹²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 87.

¹²¹ WALD, Arnold. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 34.

Sendo assim, todas as vezes que as partes exercessem o preceito do artigo 5º da Lei de arbitragem, ou seja, todas as vezes que as mesmas, já na cláusula compromissória, tivessem eleito a instituição ou a entidade especializada, por meio da qual a arbitragem iria se processar (cláusula compromissória cheia), restaria inaplicável o disposto no artigo 7º do mesmo diploma, que determina que o juiz, a pedido da parte que deseja instituir a arbitragem, citaria a parte recalcitrante, a fim de que compareça em juízo com o objetivo de firmar o compromisso arbitral.¹²²

Ora, se as próprias partes já tivessem escolhido a entidade ou a instituição que resolveria a controvérsia, através da aplicação de suas regras arbitrais próprias, a parte que desejasse a instauração da arbitragem, daria início ao seu procedimento levando a conhecimento daquela instituição ou entidade arbitral o contrato que possuísse a cláusula compromissória desrespeitada, sem necessidade de firmar um compromisso arbitral, pois a própria cláusula compromissória, nesse caso já teria o conteúdo inerente ao de um compromisso.

Mas, restaria ainda à parte o direito de levar ao conhecimento do Poder Judiciário, a fim de que seja firmado o compromisso arbitral, quando a cláusula compromissória não fizesse referência a nenhum órgão disciplinador do procedimento arbitral (cláusula compromissória em branco), ocasião na qual deverá o juiz estatal intervir, nesse caso o artigo 7º voltaria a ganhar plena eficácia.¹²³

¹²² “Art. 5º. Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem”.

“Art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

¹²³ WALD, Arnold. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 34.

Esse posicionamento fica evidenciado em recente decisão da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º124.217.4/0. A relevância do julgamento desse agravo deu-se pelo fato de que, pela primeira vez um Tribunal, após a entrada em vigor da Lei de Arbitragem, reconheceu plenos efeitos à cláusula compromissória, tornando-a apta, sem a necessidade de se firmar um compromisso, a transferir a apreciação da lide à arbitragem, reconhecendo a necessidade da realização do compromisso apenas quando a cláusula fosse vazia ou em branco.

A ação interposta, da qual se originou o agravo acima mencionado, versava sobre um contrato de importação e distribuição de veículos automotores cuja execução estava sendo discutida perante a Justiça paulista. Para solucionar a questão, as partes haviam firmado um compromisso entre elas pelo qual renunciariam à justiça estatal, passando a solucionar o conflito por meio das regras da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

A parte estrangeira, baseada no compromisso que fora firmado, ingressou perante a Corte de Arbitragem da CCI, pleiteando pela instauração da arbitragem. Por outro lado, a parte brasileira requereu, no Brasil, a ação de instituição de juízo arbitral, baseado no artigo 7º da Lei de Arbitragem, recusando-se a se submeter à competência da CCI, e, ainda pleiteou através da sentença judicial a determinação de instauração do compromisso arbitral.

Diante do caso que lhe fora exposto, o juiz estatal entendeu que, na realidade, fora firmada a cláusula compromissória e não o compromisso arbitral.

O resultado das conclusões tomadas pelo juiz de primeiro grau foi no sentido de conferir uma liminar, acatando as alegações da parte brasileira, concluindo que as referências feitas pelas partes no que dizia respeito à CCI não implicavam na realização da arbitragem por aquela instituição, declarando que o regulamento da CCI não se aplicaria à instauração da instância.

Contra a decisão que decidiu afirmar ser o compromisso arbitral firmado pelas partes verdadeira cláusula compromissória, e subtrair da competência da CCI o julgamento do litígio, coube Agravo de Instrumento.¹²⁴

Por meio da análise do Agravo de Instrumento, a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgou em 27 de setembro de 1999, que a convenção de arbitragem havia sido concluída sob forma de compromisso arbitral uma vez que, no momento em que o mesmo fora celebrado, já havia litígio entre as partes, mas, no lugar de considerar prejudicial qualquer outra questão sobre o assunto, os desembargadores decidiram analisar melhor a questão que lhe fora interposta.¹²⁵

Através de uma diferença suscitada pelo Desembargador relator Rodrigues de Carvalho entre a cláusula compromissória em branco ou vazia e a cláusula compromissória cheia, e analisando que as partes haviam submetido às regras da CCI (tratando-se de cláusula compromissória cheia, portanto), em virtude do que dispõe os artigos 5º e 8º da Lei de Arbitragem e, em respeito ao próprio regulamento daquela instituição, caberia à mesma a decisão acerca da competência e a resolução das questões atinentes aos efeitos da cláusula, bem como os aspectos materiais do litígio.

Assim, graças a esses precedentes verificamos hoje a plena possibilidade de existir cláusula compromissória instauradora da arbitragem sem a necessidade de se firmar o compromisso arbitral.

¹²⁴ A decisão fora proferida pelo juiz de primeiro grau no dia 25 de agosto de 1999, 36ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, nos autos do Processo nº 000.99.045649-8 *apud* WALD, Arnoldo. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 37.

¹²⁵ Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 124.217.4/0, relator Desembargador Rodrigues de Carvalho *apud* WALD, Arnoldo. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

3.7 Cláusula compromissória nos contratos de adesão

Caracteriza-se como contrato de adesão aqueles em que há desigualdade entre as partes, em que uma das partes o ofertante, proponente ou polícitante impõe à outra intitulada oblato, condições que prévia e unilateralmente redigiu.

Aceitar o contrato de adesão, na realidade, implica aceitar um regime contratual que só favorece o proponente ou ofertante, mas que dada a necessidade da aquisição do bem jurídico, ou dado o conhecimento de que idênticas condições seriam impostas senão por este, por qualquer outro contratante.¹²⁶

Quando se trata de relação de consumo, o contrato de adesão é oferecido ao público através de um modelo, em regra, uniforme, geralmente impresso onde normalmente só resta ao consumidor o preenchimento de dados referentes a sua identificação: o objeto e o preço do produto ou serviço a ser contratado. Logo, não cabe ao consumidor discutir, nem negociar singularmente os termos e as condições dos contratos.¹²⁷

Assim sendo não há que se falar em fase pré - negocial decisiva, cabendo ao consumidor a faculdade apenas de aceitar ou não as condições unilateralmente impostas pela outra parte (fornecedor).

A razão desta predeterminação das cláusulas pode ser diversa, explicável, como vimos, em razão da superioridade negocial. Ela resulta da otimização da atividade econômica em relação

¹²⁶ ETCHEVERRY, Carlos Alberto. A nova Lei de Arbitragem e os contratos de adesão algumas considerações. In: **Ajuris**. Rio Grande do Sul, Generali Seguros, nº 69, p. 351, março, 1997.

¹²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002, p. 59.

ao tempo que seria gasto com negociações individuais, como também pela estipulação de um regime que fosse mais favorável ao proponente ou ofertante.¹²⁸

Portanto, repita-se, seja no contrato de adesão civil ou de consumo há, via de regra, a constatação de uma superioridade econômica por parte daquele que fixa previamente as condições contratuais. Enquanto nas relações cíveis falamos em proposta, que é predeterminada, uniforme e rígida, dirigida a uma pessoa em específico; a oferta no Código de Defesa do Consumidor é, normalmente, aberta a quem quer que se interesse pela mesma, ou seja, não é dirigida a uma só pessoa, mas a toda uma coletividade.

A função do legislador foi a de favorecer o contratante hipossuficiente, a fim de impedir que a outra parte impusesse, nas condições gerais do contrato (as quais, como vimos o *oblato* apenas adere), também a solução de uma futura controvérsia resultante do mesmo, por meio da arbitragem (através da previsão contratual de uma cláusula compromissória).

A Lei de Arbitragem previu a possibilidade de existir no contrato de adesão cláusula compromissória, entretanto, em situações específicas e limitadas. Duas são as hipóteses trazidas pelo §2º do artigo 4º da Lei 9.307/96 quanto à arbitragem nos contratos de consumo.¹²⁹

A primeira observação a ser feita quanto ao §2º do art. 4º da Lei 9.307/96 é a de que a eficácia da cláusula fica condicionada à iniciativa do aderente, estando, pois o contratante mais fraco protegido, para que, mesmo havendo a inclusão desse tipo de cláusula no contrato, ela não conduzia as partes necessariamente à arbitragem. Logo basta o aderente preferir a solução via judicial, para que não seja instaurada a arbitragem.

¹²⁸ ETCHEVERRY, Carlos Alberto. **A nova Lei de Arbitragem e os contratos de adesão algumas considerações** in *Ajuris*. Rio Grande do Sul, Generali Seguros, n.º 69, p. 353, março, 1997.

¹²⁹ “Art. 4º. A cláusula compromissória é 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 sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negro, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula.”

Somente, pois, o solicitante estará vinculado pela cláusula porque querendo o *oblato* ver solucionado o conflito através da arbitragem, dará início ao procedimento para a mesma, e não poderá se opor o contratante economicamente mais forte. Não querendo que seja instaurada a arbitragem, bastará ao *oblato* interpor a demanda perante o Poder Judiciário, contra isto também não poderá se opor o policitante.¹³⁰

Esse critério de eficácia relativa da cláusula compromissória traz, entretanto, uma consequência prática complicada na aplicação do art.301, IX e § 4º do Código de Processo Civil.¹³¹

O dispositivo legal acima mencionado determina que o juiz não poderá, de ofício, conhecer a existência de um compromisso arbitral, não citando nada a respeito da cláusula compromissória. Logo, uma vez proposta a demanda, baseada em um contrato de adesão, se for o policitante o autor, o juiz não poderá decretar a extinção do processo, antes da prévia ouvida do *oblato*, uma vez que este poderá opor-se à arbitragem e, com isso, passaria a competência do julgamento da lide ao juiz togado, ou ainda se decidir o *oblato* pelo juízo arbitral, o juiz terá que considerar extinto o processo sem julgamento do mérito.

A segunda observação a ser feita quanto ao §2º do artigo 4º da Lei 9.307/96 é a de que a concordância quanto à arbitragem deve ser manifestada, expressamente, por escrito em

¹³⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 85.

¹³¹ “Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: I- inexistência ou nulidade da citação; II- incompetência absoluta; III- inépcia da petição inicial; IV- perempção; V- litispendência; VI- coisa julgada; VII- conexão; VIII- incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; IX- convenção de arbitragem; §1º. Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz a ação anteriormente ajuizada; § 2º. Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido; § 3º. Há litispendência, quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso; § 4º. Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada nesta artigo. “

documento que, necessariamente deve se reportar ao contrato em que a cláusula está inserida, ou então através do destaque da cláusula no contrato, com visto especial.¹³²

O texto original do §2º do art. 4º da Lei. 9.307/96 enviado ao Senado dizia 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 sua instituição.” Mas, infelizmente, não foi aprovado em virtude de a Câmara dos Deputados ter empregado à Lei 9.307/96 a redação atual, que terminou por causar algumas dificuldades práticas em sua aplicação, como vimos acima. O resultado, como pudemos notar, não dependeria apenas de concordância prévia a respeito da instituição da arbitragem, primeiro porque somente com a aceitação dos árbitros é que se dá por instituída a arbitragem; segundo porque como o intuito nos contratos de adesão é o de proteger o economicamente mais fraco, a cláusula compromissória, quando aceita pelo *oblato*, vincularia o polícitante, mas quando fixada por este não teria o condão de vincular o *oblato*, que poderia, a qualquer tempo, propor a ação perante a jurisdição estatal.

A sub-Emenda da Câmara não conseguiu efetivamente aumentar a proteção do *oblato* e acabou causando uma atecnia, e, em consequência, um malefício em virtude de não ter revogado o art.51, VII do Código de Defesa do Consumidor. “Art. 51- São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII- determinem a utilização compulsória da arbitragem.”

Com a redação aprovada pelo Senado Federal, o artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor considera abusiva a utilização da cláusula compromissória que determinasse o uso compulsório da arbitragem, e só seria instituída a arbitragem se o *oblato*

¹³² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 85.

quisesse; mas com a redação final dada pela Câmara dos Deputados ao § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, algumas observações precisam ser feitas.¹³³

Uma delas é a de que a Lei de Arbitragem, apesar de ter revogado alguns dispositivos do Código Civil e outros do Código de Processo Civil, não revogou o dispositivo existente no Código de Defesa do Consumidor.¹³⁴

O mais interessante é que o dispositivo trazido pela Lei de Arbitragem não faz nenhuma alusão às relações de consumo diretamente, abrindo apenas a possibilidade da inserção da cláusula compromissória genericamente nos contratos de adesão. Mas, precisamos ter em mente que nem todo contrato de adesão é um contrato de consumo e nem todo contrato de consumo é um contrato de adesão. Isso traria, inicialmente, uma segunda consequência que seria a não-aplicabilidade da Lei de Arbitragem aos contratos de consumo que não fossem de adesão.¹³⁵

Não se quer com isso, contudo, afirmar que a arbitragem não é passível nas relações de consumo, mas que não deve constar de forma aleatória nos contratos de adesão, para salvaguardar a vulnerabilidade do consumidor face ao fornecedor economicamente mais forte. Entretanto, haveria a possibilidade do consumidor e fornecedor, mediante a existência do litígio, submeter sua apreciação à arbitragem. Podendo as partes firmarem voluntariamente, na ocasião, o compromisso arbitral. Logo, seria passível de nulidade apenas cláusula compromissória nos contratos de consumo instituída antes do surgimento do litígio.

¹³³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 85.

¹³⁴ “Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso X; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação: “

“Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:”

“Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei no. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os artigos 101 e 1.072 a 1.102 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.”

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Arbitragem como meio de solução de controvérsias. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, Síntese, ano I, n.º2, p. 14, nov/ dez, 1999.

Um outro ponto a ser suscitado é o de que as normas do artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor, que determinam a proibição do uso compulsório da arbitragem, não fazem referência à cláusula compromissória ou arbitral, mas tão somente a qualquer tipo de cláusula que conduza à utilização da arbitragem. O compromisso arbitral, por outro lado, não se incluiria na problemática trazida por este artigo, pois ele não é cláusula de contrato, é autônomo, celebrado quando do surgimento do litígio.¹³⁶

Em resumo, a parte que adere ao contrato, pode concordar expressamente com a aposição da cláusula compromissória no contrato, ou apesar de não ter tido a iniciativa da arbitragem, pode concordar com ela, se chamada para firmar o compromisso extrajudicialmente ou judicialmente e se o fizer, estará satisfeita a exigência legal, equivalendo sua atitude à concordância expressa de que fala a Lei de Arbitragem.¹³⁷

Mas, isso não traz garantia, na realidade, para o *oblato* porque ele continuará sujeito à vontade do contratante mais forte.

O aderente poderá comparecer e não consentir com a arbitragem, sendo assim, o juiz além de não poder formalizar o compromisso, deverá julgar o processo. Se, porém, o aderente resolver acatar a decisão por meio da arbitragem, o juiz passará a proceder segundo o §3º do art 7º da Lei 9.307/96.¹³⁸

Não podemos falar nos efeitos negativos da revelia no caso de não comparecer o aderente em juízo, mas o aderente deve se manifestar contrariamente à arbitragem, tendo o proponente requerido sua citação ou feita a comunicação extrajudicial; se não o fizer, sua ausência deverá ser

¹³⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo, RBAR, n° 4, p. 23, outubro/ dezembro, 2004.

¹³⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 201.

¹³⁸ “Art. 7º [...] § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de 10 (dez) dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2º desta Lei.”

interpretada, no mínimo, como falta de interesse de se opor à lavratura do compromisso, neste caso, entende-se que o silêncio poderia ser interpretado como aceitação.¹³⁹

Em resumo, portanto, poderíamos dizer que, apesar do Código de Defesa do Consumidor declarar absolutamente nula a cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem (artigo 51, VI), seria de se esperar que na existência de duas leis especiais a Lei de Arbitragem, por ser posterior, revogasse as disposições atinentes à arbitragem trazidas pelo Código consumerista, mas não foi isso que ocorreu.

Como já vimos, a arbitragem só tem viabilidade através da vontade das partes em submeterem litígios a respeito de direitos disponíveis a árbitros eleitos pelas mesmas, ou seja, é preciso que o direito a ser submetido à arbitragem seja de um particular, mas no que tange às relações de consumo, um problema que merece destaque e deve ser analisado é o fato de que, muitas vezes, a área de amplitude dos litígios passa a ser de interesse coletivo, o que obstaria, de imediato, a possibilidade de subsunção do litígio à arbitragem.

Não obstaria, entretanto, à arbitragem se entidades associativas, desde que expressamente autorizadas, representassem seus associados em um procedimento arbitral, numa forma de legitimidade subsidiária, em que a decisão arbitral passaria a vincular todos os representados, mas não se trataria ainda assim de termos uma arbitragem coletiva, porque a contratação seria entre a associação (representante) e a parte contrária.¹⁴⁰

Não obstaria também à arbitragem se a ação a ser interposta pelo consumidor dissesse respeito a uma reparação por danos morais, tendo em vista a individualidade do dano.

Ainda que haja a arbitragem nas relações de consumo, mediante a observância de todos os detalhes acima expostos, as cláusulas contratuais, assim sendo também a cláusula

¹³⁹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 202.

¹⁴⁰ DE PAULA, Adriano Perácio. Da arbitragem nas relações de consumo. In: **Revista de Processo**. São Paulo, RT, ano 24, n° 94, p. 148, abril/ junho, 1999.

compromissória, quando admissível nos contratos de consumo, deverão continuar sendo interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, havendo ainda a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, constatada sua hipossuficiência técnica.

3.8 Cláusula compromissória e testamento

Pergunta-se se, pelo fato de não ser o testamento um contrato, poderia haver a instituição da arbitragem como forma de solucionar os conflitos provenientes do mesmo. A arbitragem, na maioria das vezes, terá lugar quando da aposição no contrato, de uma cláusula compromissória, mas pode ainda surgir a partir de conflitos provenientes de relações que não sejam contratuais tais como em virtude do direito de vizinhança e da servidão, por exemplo.

O fato de o testamento não ser um contrato não é o único motivo que afasta o mesmo da via arbitral, o fato é que mesmo que o testamento verse sobre direitos disponíveis, a cláusula compromissória não poderia afetar terceiros, pois se assim o fizesse estaria afrontando a Constituição da República (art. 5º, XXXV da CF). Por conseguinte, não seria inconstitucional as partes levarem seus próprios litígios, desde que versassem sobre direitos disponíveis, a uma solução via arbitragem, mas afrontaria sim a Constituição uma disposição que determinasse a solução de controvérsias de terceiros por meio da instância arbitral.¹⁴¹

Uma outra observação a ser feita é o fato de que, ainda que os herdeiros não litiguem quanto aos quinhões que lhe serão conferidos, é imprescindível a chancela do Estado para a homologação dos mesmos, fazendo com que a arbitragem torne-se incompatível com o testamento, já que o Poder Judiciário teria que tomar conhecimento do testamento e zelar por sua

¹⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 85.

aplicação, não sendo possível afastar-se, por vontade das partes, a apreciação judicial, para dar ensejo à arbitragem.

Essa não é, no entanto, a opinião de Pedro Batista Martins¹⁴² que defende que o árbitro pode deliberar sobre a partilha dos bens no lugar do Partidor Oficial, e, por ser considerada a distribuição da herança a ocasião em que poderá haver prejuízos ao patrimônio do testador, a rapidez e a celeridade da arbitragem podem ser atrativos à solução da questão.

A discussão, para aquele autor, poderia aparecer no caso de menoridade de um dos herdeiros, porque a lei determina que só podem se valer da arbitragem pessoas que sejam capazes de contratar, e que pode se fazer necessária a verificação da menoridade à época da arbitragem ou apenas na época da estipulação testamentária.¹⁴³

3.9 Execução da cláusula compromissória

A lei de arbitragem trouxe em seu bojo um procedimento específico para se fazer cumprir as determinações contidas na cláusula compromissória, caso a mesma fosse desrespeitada.¹⁴⁴

O inadimplemento da cláusula compromissória pode ocorrer em decorrência de uma ação ou de uma omissão. Através de uma ação, quando a parte não aceitar a arbitragem e recorrer diretamente ao Poder Judiciário, para solucionar o conflito proveniente do contrato que fora

¹⁴² MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusulas opcionais do compromisso. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 224.

¹⁴³ Preferimos ficar com a opinião de Carlos Alberto Carmona, por entender ser a mesma que se coaduna melhor ao espírito da arbitragem. E por entender que, de fato, caberia ao Estado homologar o formal de partilha. Se a mesma fosse decidida por meio da arbitragem, e tivesse de ser homologada pelo Estado, não haveria que se falar em avanço na Lei da Arbitragem tal qual quer se demonstrar ao longo desse trabalho.

¹⁴⁴ Estaremos aqui a analisar o procedimento de execução específico aplicável apenas à cláusula compromissória, pois, apesar de existir um procedimento arbitral, previsto dos artigos 19 a 22 da Lei de Arbitragem, o mesmo não será objeto de estudo do presente trabalho, que na realidade se propõe a analisar a cláusula compromissória e o compromisso arbitral bem como a efetivação da arbitragem por meio da atividade do árbitro, através da prolação da sentença arbitral.

celebrado entre as partes, omissivo quando a parte se recusar ao ato de celebrar o compromisso arbitral.¹⁴⁵

O procedimento da execução específica da cláusula compromissória não tem natureza compensatória, não resulta na equivalência patrimonial, mas sim em fazer com que o pactuado entre as partes, que seria a resolução do litígio por meio da arbitragem, venha a ser efetivado. Então, o que se pretenderá com essa execução específica será a substituição do ato jurídico da parte que descumpriu a cláusula compromissória, pela decisão judicial que supra sua vontade que não fora manifestada.¹⁴⁶

O artigo 6º da Lei de arbitragem traz a regulamentação do procedimento a ser realizado pela parte interessada, quando “não houver acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem”.¹⁴⁷

A expressão contida no artigo 6º da Lei de Arbitragem, que se refere à não existência de acordo prévio, sobre a forma de instituir a arbitragem, dá ensejo à análise de duas situações.

A primeira situação seria quando no contrato firmado pelas partes nada se convencionou a respeito da cláusula compromissória e, por conseguinte, sobre a arbitragem. Assim sendo, a parte interessada, que deseje solucionar o litígio através da utilização da arbitragem, poderá notificar a outra, a fim de firmar um posterior compromisso arbitral. Mas, recusando-se, ou não comparecendo a outra parte, não poderia a parte interessada compelir a outra à instituição da arbitragem, já que não existiu cláusula compromissória pré-existente. O que tornaria inócua pela

¹⁴⁵ BARBI FILHO, Celso. Execução específica de cláusula arbitral. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, Ano 85, v.732, p. 66, outubro, 1996.

¹⁴⁶ BARBI FILHO, Celso. 1996, p.70.

¹⁴⁷ “Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte a intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação. Mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originalmente, tocara o julgamento da causa.”

parte interessada a manifestação de vontade unilateral a respeito da instituição da arbitragem, sem a existência de uma cláusula compromissória, caso a outra parte não aceitasse voluntariamente cumpri-la.

Diversamente seria a interpretação do referido artigo se, no lugar de conter a expressão “não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem” estivesse a expressão “não havendo acordo sobre o cumprimento da cláusula compromissória para se instituir a arbitragem”.¹⁴⁸

Assim, a segunda interpretação do artigo levaria em conta a existência, no contrato, de uma cláusula instituidora da arbitragem (cláusula compromissória) e, sendo a mesma descumprida, poderia, diante da recusa do outro contratante, a parte comunicar à outra, nos termos do art 6º da Lei de Arbitragem, seja por via postal ou qualquer outro meio de comunicação, devidamente documentado, o ato e, demonstrada a resistência, requerer, por meio do Poder Judiciário, através de ação e processo próprios a designação de uma audiência, para que seja instaurado o compromisso arbitral. Neste segundo caso, existiria uma cláusula compromissória, mas as partes estariam divergindo quanto à celebração do compromisso.

A competência para propor a demanda será a do foro que originariamente julgaria os conflitos provenientes do contrato celebrado pelas partes, mas nada impede que as partes possam estipular um foro contratual distinto do local previsto para a arbitragem, na cláusula compromissória. Se assim procederem as partes, a demanda para o cumprimento compulsório da cláusula compromissória, deverá ser proposta no foro do contrato, entretanto, já a arbitragem, uma vez instituída, será desenvolvida no local convencionado.¹⁴⁹

¹⁴⁸ BARBI FILHO, Celso. Cumprimento Judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 87, v. 749, p. 111, março, 1998.

¹⁴⁹ BARBI FILHO, Celso. 1998, p. 112.

A petição, interposta pela parte interessada na instauração do juízo arbitral, deverá, obviamente, conter todos os requisitos inerentes a uma petição inicial, previstos no Código de Processo Civil. Ressaltar na sua causa de pedir o objeto da arbitragem, sendo imprescindível a juntada dos documentos hábeis a demonstrar a existência da cláusula compromissória, sob pena de se assim não proceder, ter a sua petição inicial indeferida, ressalvada a hipótese de poder a parte posteriormente, claro, emendar a inicial.

A ação a ser interposta é a de cumprimento compulsório ou execução específica de cláusula compromissória a ser seguida pelo rito que lhe prescreveu o art. 7º da Lei de Arbitragem: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.”

A audiência poderá ou deverá constar das três etapas previstas: conciliação, instrução e julgamento.

Na fase de conciliação o juiz, verificada a existência de cláusula arbitral, conduzirá as partes a um acordo sobre a instauração da arbitragem. Não sendo possível, irá determinar medidas, a fim de instituir o compromisso arbitral de forma consensual. Atingido um ou outro objetivo o juiz deverá extinguir o processo com julgamento de mérito (art. 269, III do CPC).

Não logrando êxito a tentativa conciliatória, o juiz ouvirá o réu (parte que descumpriu o pedido de instauração da arbitragem na existência de cláusula compromissória), colherá as provas, passando à fase decisória que poderá ser na própria audiência de instrução ou após o prazo de 10 (dez) dias.

Na contestação, caberá à parte ré demonstrar fatos que sejam impeditivos da arbitragem, a nulidade da cláusula e a indisponibilidade dos direitos, como poderá também impugnar os elementos da arbitragem, presentes na cláusula compromissória, ou alegados pelo autor, tais

quais a delimitação do conflito, o procedimento, os árbitros, podendo, inclusive sugerir outros elementos, alternativamente.¹⁵⁰

O juiz passará a ter, na fase decisória, alguns poderes que à primeira vista poderiam suscitar questionamentos quanto à real força da arbitragem, pois ele é quem passará a determinar a nomeação dos árbitros, caso a cláusula compromissória seja vazia e regulamentará a fixação dos termos do compromisso arbitral. Ao mesmo tempo, ele terá que ficar adstrito aos termos da cláusula compromissória, que é seu limite, juntamente com aqueles requisitos impostos pelo art 10 da Lei de Arbitragem, para a validade do compromisso (que passaremos a analisar no próximo capítulo).

Caso a cláusula compromissória não estabeleça regras a respeito da nomeação dos árbitros, caberá ao juiz decidir a respeito.

O juiz estará limitado àquilo que for estipulado pelas partes, por meio da cláusula compromissória, restando ao mesmo apenas a sua aplicação. Quando da omissão da cláusula compromissória ou da divergência das partes a respeito de algum ponto constante daquela, prevalecerá o disposto pelas partes em posterior compromisso a ser firmado.

Ocorrendo a revelia o juiz terá, segundo o art. 7º, §6º e § 7º, da Lei 9.307/96¹⁵¹, respeitado o conteúdo da cláusula compromissória. Ele verificará os argumentos do autor e irá proferir uma sentença que servirá como substitutiva do compromisso, nomeando árbitro único, a fim de que venha a se instaurar o procedimento arbitral.

¹⁵⁰ BARBI FILHO, Celso. Cumprimento Judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 87, v. 749, p. 112, março, 1998.

¹⁵¹ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. [...] § 6º Não comparecendo o réu a audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

A execução da sentença judicial, que serviu como suprimento ao compromisso, não irá depender do Poder Judiciário, mas propriamente da atividade do (s) árbitro (s) em iniciar (em) a arbitragem.

O procedimento empregado na arbitragem não é de execução, mas sim de conhecimento, e a função dos árbitros será de investigar e de proferir uma decisão.

CAPÍTULO 4

Capítulo 4- Compromisso arbitral; 4.1 Natureza jurídica do compromisso; 4.2 Formas do compromisso; 4.3 Cláusulas opcionais do compromisso arbitral; 4.4 Espécies de compromisso arbitral; 4.5 A previsão do compromisso no Código Civil e a aplicação do compromisso com o processo em curso; 4.6 Diferentes funções do compromisso; 4.7 Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1º da Lei 9.307/96.

4. COMPROMISSO ARBITRAL

Como já foi dito, o compromisso arbitral e a cláusula compromissória fazem parte da intitulada convenção de arbitragem do artigo 3º da Lei de Arbitragem, ou seja, são espécies da convenção de arbitragem, apesar das distinções que separam a cláusula compromissória do compromisso arbitral. Como vimos anteriormente, a função em comum dos mesmos é a de instituir o juízo arbitral.

Sendo assim, o compromisso arbitral, quanto ao seu objeto, é o instrumento pelo qual as partes que tenham ou não pactuado anteriormente a cláusula compromissória, submeta a solução de seu litígio à arbitragem. É nele que as partes irão determinar quais aspectos da controvérsia serão submetidos à apreciação dos árbitros, o prazo para a prolação da sentença arbitral, o procedimento a ser adotado e se o critério a ser utilizado pelo árbitro basear-se-á na equidade ou no Direito posto.¹⁵²

O compromisso representa uma convenção por meio da qual as partes submetem um litígio já existente à solução arbitral, podendo ser judicial ou extrajudicial (art 9º, *caput* da Lei 9.307/96).

¹⁵² PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitraje em los países Del MERCOSUR*. Buenos Aires: AD- HOC, 1997, p. 107.

Apesar da Lei de Arbitragem só determinar expressamente a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que a mesma encontrar-se inserta, não resta dúvida que esta autonomia também se estende ao compromisso arbitral. Esta autonomia, outorgada a ambos, torna os mesmos contratos distintos em relação ao contrato principal e a consequência disto está representada no fato de poderem as partes celebrar, por exemplo, o compromisso mesmo quando o contrato tenha se expirado ou ainda fazer com que o mesmo verse sobre litígios que apenas indiretamente poderiam ser resultantes de um contrato extinto.¹⁵³

Portanto, assim como a cláusula compromissória, o compromisso também deve ser visto como um contrato fora do contrato, cuja origem está no surgimento do conflito entre as partes, mas não está relacionado às relações contratuais de forma direta, mas como ato introdutório da instância arbitral.

Sendo assim, é por esta razão que as partes podem firmar o compromisso mesmo com a expiração da convenção principal, ou ainda, estender o objeto do compromisso a litígios que diretamente não suscitaram na sua relação contratual inicial, por exemplo, as partes podem aceitar submeterem-se ao tribunal arbitral, através de novo compromisso, questões que não foram previstas no compromisso anterior, ou ainda, aceitar comprometerem-se com terceiros na instância arbitral.¹⁵⁴

Verificamos, no entanto, anteriormente, que a arbitragem pode, excepcionalmente, prescindir do compromisso, no momento em que a própria cláusula compromissória preencher todos os requisitos essenciais do compromisso conferindo-lhe, portanto, a qualidade de instaurar a arbitragem.

¹⁵³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 270.

¹⁵⁴ STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTR, 1996, p. 128.

O compromisso, por sua vez, também poderá prescindir da cláusula compromissória quando, por exemplo, as partes decidem submeter o litígio à arbitragem sem ter colocado no contrato uma cláusula compromissória. Logo, a origem do compromisso arbitral pode até ser o contrato e consequência de uma cláusula compromissória, mas pode ser também fruto de um litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis. A função a ser desempenhada pelo compromisso, como veremos, será nitidamente processual.

Estarão, no compromisso, fixados os limites nos quais a arbitragem se desenvolverá. Ele delimita o âmbito de atuação dos árbitros, inclusive, nele deverá constar que se o árbitro, na sua sentença, submeter a sua análise aspectos que não são de seu conhecimento, a dita decisão será considerada nula. Apesar, no entanto, de o compromisso firmar o início da arbitragem, o procedimento arbitral apenas terá início, na realidade, com a apresentação da demanda aos árbitros, juntamente com a aceitação dos mesmos.¹⁵⁵

Ele compartilha, juntamente com a cláusula compromissória, a faculdade de ser interposto como uma exceção pela parte, contra aquela que se nega submeter à arbitragem.

4.1 Natureza jurídica do compromisso

O compromisso é um “negócio jurídico processual”¹⁵⁶. Ele é resultado da vontade, intencional das partes, direcionada a produção de efeitos jurídicos na esfera processual.

Através do compromisso, as partes tentam solucionar um litígio, desde que o mesmo verse sobre direitos disponíveis, retirando a possibilidade que o mesmo venha a ser dirimido pela via judicial e passando a competência do julgamento do mesmo a um terceiro intitulado de árbitro

¹⁵⁵ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje em los países Del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD- HOC, 1997, p. 121.

¹⁵⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 270.

que solucionará o conflito, seguindo as regras próprias instituídas para a arbitragem na Lei 9.307/96 ou as normas eleitas pela instituição arbitral escolhida pelas partes.

Além de regular matéria processual, o compromisso, antes da mais nada, estabelece vínculos obrigacionais entre o árbitro (ou entre o órgão arbitral institucional) e as partes. A partir do compromisso é que os árbitros assumirão a obrigação de julgar segundo as regras procedimentais que lhe foram determinadas pelas partes (equidade, lei, regras institucionais de um órgão arbitral), de cumprir o prazo estipulado para a entrega da sentença arbitral, de não divulgar qualquer informação referente ao litígio que está julgando. O que termina por fazer do compromisso mais que apenas um negócio jurídico processual.¹⁵⁷ Tornando-o uma expressão de vontade comum, destinada a reger, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

No compromisso estará inserto o repositório de direitos e deveres das partes entre si, das mesmas com o árbitro e deste para com aquelas. O compromisso é, na realidade, um antecedente lógico e necessário do processo arbitral que irá se desenvolver baseando-se no que nele está contido. Sendo assim, os sujeitos da relação arbitral processual estarão vinculados na dimensão que houverem estipulado no compromisso. Nada impede, no entanto, que as normas processuais *stricto sensu* sirvam como regras supletivas e residuais do procedimento.

Apesar de qualificar o compromisso como instituto pertencente ao direito material, incluindo-o na categoria dos contratos, Pontes de Miranda admite que o mesmo possa estar na classe dos contratos processuais que têm por objetivo a eficácia em um processo futuro ou pendente, mas só não seria negócio jurídico processual porque sua eficácia não se produz apenas

¹⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um Comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 165.

dentro do processo, mas fora dele.¹⁵⁸ Para este autor, a finalidade do compromisso é a eliminação da insegurança jurídica, através dele as partes submeteriam, a respeito de direito, pretensão, ação ou exceção, sobre a qual há uma controvérsia, à decisão de um árbitro. Com isso, o compromisso estaria inserto na classe dos contratos, cuja finalidade precípua seria a eliminação da incerteza jurídica.¹⁵⁹

Há doutrinador que nega, no entanto, a existência do contrato processual. Satta, por exemplo, em decorrência de sua visão contratualista da arbitragem, esclarece que a verdadeira essência do compromisso está na negação da lide, que se opera por meio do próprio compromisso. As partes signatárias do compromisso desejam excluir qualquer pretensão à tutela jurídica. Na realidade, no lugar de litigarem, as partes procurariam tratar a sua controvérsia econômica resolvendo-a como qualquer outra controvérsia, por meio da instituição de um novo contrato. Fazendo com que a causa do compromisso passasse a ser a constituição de uma relação através do árbitro, ou seja, de um terceiro; a substituição da precedente e incerta relação, constituiria o motivo, enquanto a exclusão da lide, passaria a ser o efeito.¹⁶⁰

Para Irineu Strenger o compromisso seria um contrato de efeitos processuais, ou seja, ele não é um contrato estritamente processual e seu único fim seria a derrogação normal da competência judicial. Esta seria a razão pela qual ninguém contestaria a aplicabilidade ao compromisso de muitas regras gerais direcionadas aos contratos, em específico as relativas aos vícios de vontade e de interpretação. Sua função, apesar de ter semelhanças com a cláusula compromissória, no que tange aos seus fundamentos, tem por finalidade fixar com muito mais

¹⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977 *apud* CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 272 e 273.

¹⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977 *apud* PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje em los países Del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD- HOC, 1997, p. 117.

¹⁶⁰ SATTA, Salvatore. **Contributo alla Dottrina dell' Arbitrato**. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1969, p. 43-73.

pormenores o procedimento a ser seguido e adotado pelo tribunal arbitral, a fim de alcançar uma decisão eficaz, impedindo os julgadores a encaminharem-se por caminhos insatisfatórios, possíveis de resultar em dissabores inúteis às partes, cuja pretensão é a correta solução da lide que lhe fora apresentada.¹⁶¹

4.2 Formas do compromisso

Tanto o compromisso quanto a cláusula compromissória dependem, para sua validade, da forma escrita. Enquanto para a cláusula compromissória não é exigido nenhum rigor formal, apenas a forma escrita (artigo 4º, §1º da Lei de Arbitragem)¹⁶², já o compromisso requer mais formalidades: se judicial há a necessidade de termo nos autos (art. 9º, § 1º da Lei 9.307/96)¹⁶³; se extrajudicial e, tendo sido celebrado por meio de instrumento particular, dependerá da assinatura de duas testemunhas, ou pode ainda ser feito por instrumento público (art 9º § 2º da Lei 9.307/96)¹⁶⁴. Podendo ser tanto o compromisso quanto a cláusula firmados pelo próprio compromitente, quanto por procurador com poderes especiais e expressos.

Embora tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso sejam contratos, o compromisso é ato jurídico mais qualificado, tanto é verdade que a Lei de Arbitragem exige para o mesmo alguns requisitos obrigatórios (artigo 10 da Lei 9.307/96)¹⁶⁵ além de outros requisitos

¹⁶¹ STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTR, 1996, p. 128.

¹⁶² “Art. 4º [...] § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado a que a ele se refira.”

¹⁶³ “Art. 9º [...] § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juiz ou juízo arbitral, onde tem curso a demanda.”

¹⁶⁴ “Art. 9º [...] § 2º O compromisso extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.”

¹⁶⁵ “Art. 10. Constarão obrigatoriamente do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II- o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III- a matéria de que será objeto a arbitragem; IV- o lugar em que será proferida a sentença arbitral.”

também facultativos (art. 11 da Lei de Arbitragem)¹⁶⁶. A inobservância destes gerará a anulabilidade do compromisso. Se o compromisso não preencher, ao menos os requisitos obrigatórios, a ausência da satisfação de um deles comprometerá a validade da sentença arbitral, podendo a mesma ser passível, pois, de nulidade.

4.3 Cláusulas opcionais do compromisso arbitral

As partes podem, como vimos, além das cláusulas obrigatórias, estipular cláusulas facultativas, também chamadas de acidentais ou opcionais, tantas quantas sejam necessárias para representar o real interesse das partes.

O julgamento por equidade não é exclusivo da arbitragem, como sabemos, ele é uma das fontes do Direito e já possui autorização legal nos Códigos Civil de 1926 e Processual Civil de 1939 e de 1973.

A Lei da Arbitragem outorgou às partes a possibilidade de dar ao árbitro o poder de julgar a lide com mais liberdade. Uma vez constando esta autorização, de forma inequívoca no compromisso, poderá o árbitro agir com poderes “para-legislativos”¹⁶⁷, já que não estará adstrito às normas de direito positivo, podendo aplicar a lide posta à sua apreciação a lei que sancionaria na hipótese de ter sido ele o legislador.

¹⁶⁶ “Art. 11 Poderá ainda, o compromisso arbitral conter: I – o local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III- o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionado pelas partes; V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento de honorários e das despesas com a arbitragem; e VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.”

¹⁶⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusulas opcionais do compromisso. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 223.

Logo, caso as partes o autorizem, poderá o árbitro desconsiderar o direito posto, passando a aplicar ao caso concreto o direito também existente, oriundo de regras morais, éticas e de conduta, porém qualificadas de acordo com o critério de juízo de valor que lhe é próprio.

No julgamento por equidade – *ex aequo et bono*- estaria o árbitro mais vinculado aos preceitos do ordenamento legal. Já sob o ângulo do *amiable compositeur* estaria o julgador livre para analisar a lide baseado nas regras de sua razão, ocasião em que o mesmo decidiria entre desconsiderar, inclusive, determinadas condições contratuais, em favor de um maior equilíbrio nas relações entre as partes, caso o árbitro entendesse como o mais justo para a execução do negócio acordado.¹⁶⁸

Claro, entretanto, que a “lei” que o árbitro – juiz de fato e de direito - venha a criar, não poderá ir de encontro com as normas de ordem pública, mesmo que as partes tenham outorgado, através do compromisso, tal possibilidade ao árbitro.

Desde que não viole a lei, os bons costumes ou a ordem pública, poderá ainda o árbitro, desde que autorizado pelas partes, julgar conforme os princípios gerais de direito, os usos e costumes ou baseado nas regras internacionais de comércio.

O fato de existir uma autorização legislativa para que o árbitro venha a julgar por equidade não confere ao mesmo total liberdade, pois o mesmo deverá estar adstrito ao espírito do sistema jurídico dentro do qual está inserido, ainda que a própria escolha da equidade represente, por si só a renúncia ao direito objetivo. Assim, poderá, por exemplo, o árbitro, no exercício de

¹⁶⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusulas opcionais do compromisso. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 223.

suas funções: reduzir além dos limites estabelecidos pela lei a cláusula penal, considerar outros fatos que não os estabelecidos pela lei como de força maior, etc.¹⁶⁹

O julgamento por equidade autoriza, portanto, o árbitro a rechaçar os formalismos inerentes no processo comum, admitindo, por exemplo, inclusive, como existente e válido um contrato não redigido, nem firmado pelas partes, apenas existente no mundo dos fatos.¹⁷⁰

Por outro lado, obviamente, não seria admissível a inexistência de limites à ação dos árbitros quando do julgamento por equidade. Eles encontram-se submetidos, inexoravelmente, à vontade das partes e não podem exercer discricionariamente seus direitos para prejudicar uma das partes contratantes.

Podendo as partes escolher a arbitragem baseada nas regras de direito por que as mesmas optariam pela arbitragem com fundamento na equidade?

Talvez a resposta esteja no fato de que a arbitragem de direito estaria sujeita à censura do Direito em todas as etapas de produção. Já na arbitragem por equidade, pelo fato de estarem afastadas as regras de direito, e porque o próprio legislador deu ao árbitro o poder de decidir intuitivamente, tornando-se inatacável a decisão proferida.¹⁷¹

Obedecendo a uma das maiores características da arbitragem que é a celeridade, as partes podem, por meio dos requisitos facultativos do compromisso, ainda estipular um prazo para que o árbitro profira a sentença arbitral. Este requisito se diz facultativo pelo fato de que se as partes,

¹⁶⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob. Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Padma, ano 2, vol. 9, p. 102, jan/ mar 2002.

¹⁷⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob. 2002, p. 102.

¹⁷¹ Desde que é claro não tenha sido a mesma decisão tomada contrariamente à ordem pública e aos bons costumes, como vimos anteriormente. FRADERA, Vera Maria Jacob. Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, Ano 2, vol. 9, jan/mar, p. 102, 2002.

sob o prazo nada estipularem, vale o prazo legal previsto na própria Lei de Arbitragem, que é o de seis meses, conforme dispõe o art. 23.

Por meio do requisito facultativo as partes poderiam alterar o prazo legal para mais ou menos, a depender da vontade das mesmas em adequar a arbitragem ao ritmo do procedimento aplicado à lide em concreto.

Por outro lado, caso não haja consenso entre as partes, expirado o prazo para a prolação da sentença, o julgador passará a ter tão somente 10 (dez) dias para proferir sua decisão, prazo este cuja contagem inicia-se da data do recebimento de notificação da parte interessada alegando o não recebimento da decisão, e cujo descumprimento gera a extinção do compromisso (art. 12, III da Lei 9.307/96).

Poder-se-ia pensar que, com isso, o árbitro poderia ser corrompido pela vontade de uma das partes e demorar na prolação da sentença arbitral propositalmente, pois que sua demora levaria à extinção do compromisso, mas a Lei de Arbitragem, no seu artigo 32, inciso VII, previu que sendo caracterizado o descumprimento pelo árbitro do prazo para a prolação da sentença arbitral, o mesmo poderia ser responsabilizado por perdas e danos, justamente pelo fato de o processo arbitral tornar-se de todo prejudicado e a sentença arbitral passar a produzir nenhum efeito jurídico já que está inquinada de nulidade.

Restado comprovado dano, tendo sido o arbitramento das partes impreciso ou resultar de difícil aplicação na prática, caberá às partes pré-fixar essa compensação, no compromisso, ou reduzi-la à pena de não recebimento de honorários ajustados com o árbitro.¹⁷²

Por ser contratual a natureza do compromisso, e nele estarem contidos os direitos e obrigações das partes, não há que se excluir e negar a possibilidade de fixar-se a multa

¹⁷² MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusulas opcionais do compromisso. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 224.

compensatória ou simplesmente moratória, do não cumprimento pelo árbitro do termo final da arbitragem.

A penalidade acima exposta, no entanto, não se confunde com outras, que podem ser de natureza extracontratual, que o árbitro pode sofrer e que o sujeita, inclusive, às sanções de natureza criminal.

Logo, ao contrário do que ocorre com os litígios que tramitam no judiciário, o não cumprimento de prazo estipulado para a solução de controvérsia caracteriza a responsabilidade do julgador, cujas perdas e danos podem ser, de antemão, fixadas no próprio compromisso, através de multa compensatória.¹⁷³

Outra possibilidade a ser eleita pelas partes, verificada a demora na prolação do laudo arbitral e se anuírem os árbitros, é convencionarem uma penalidade moratória, passando as perdas e danos a serem apuradas apenas *a posteriori*.

A caracterização da responsabilidade do árbitro, bem como a apuração e imputação das perdas e danos podem ser, caso assim desejam os compromitentes e árbitros, decididas também por meio da arbitragem.

4.4 Espécies de compromisso arbitral

Duas são as espécies de compromisso admitidas pela Lei de Arbitragem: judicial ou extrajudicial. Portanto, o compromisso poderá, a depender do em momento que seja celebrado, e da vontade das partes, obviamente, ocorrer antes ou depois de instaurado o processo judicial.

¹⁷³ MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusulas opcionais do compromisso. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 224.

As partes precisam chegar a um consenso se, de fato, querem submeter seu litígio à arbitragem, pois, do contrário, a mesma não terá lugar, exceto quando houver previamente a estipulação da cláusula compromissória e uma delas se negar a firmar o compromisso. Ocasão em que a parte que se opõe à celebração do mesmo, será levada a tal por meio do Poder Judiciário.

Estando as partes litigando em juízo e, tendo decidido pela arbitragem, o compromisso será celebrado através de termo nos autos, perante o juiz ou tribunal em que estiver em curso a demanda (art. 9 §1º da Lei 9.307/96); ou por escrito particular, assinado pelas partes e por duas testemunhas, ou por instrumento público, ocasião em que será extrajudicial (artigo 9º § 2º da Lei de Arbitragem).

O documento particular não está sujeito a nenhuma forma especial, mas dependerá da assinatura das duas testemunhas e da inequívoca manifestação de vontade das partes em submeter o litígio à arbitragem.

Havendo processo em curso, versando sobre o litígio que as partes desejam submeter à arbitragem e, sendo extrajudicial o compromisso, é necessário que o documento que comprove a realização do mesmo seja anexado aos autos do processo judicial para que este possa ser extinto pelo juiz, sem julgamento do mérito (artigo 267, VII do Código de Processo Civil). Se for judicial, o compromisso será tomado por termos nos autos e a consequência será idêntica, ou seja, extinção do processo sem julgamento do mérito também, procedendo, no entanto, o juiz *ex officio*.

4.5 A previsão do compromisso no Código Civil e sua aplicação com o processo em curso.

O compromisso está previsto no novo Código Civil em apenas três artigos (artigos 851, 852 e 853). O Código Civil autoriza as partes a eleger a arbitragem como forma de resolver as controvérsias oriundas do contrato firmado por elas (art. 851).

Logo, através do compromisso arbitral que pode ser firmado judicial ou extrajudicialmente, as partes, desde que capazes de contratar e que não versando o litígio sobre questões de estado, de direito pessoal, de família ou qualquer outro assunto que não tenha caráter estritamente patrimonial, podem eleger a arbitragem como forma de pôr fim à lide.¹⁷⁴

O compromisso passa a ser um contrato nominado, diverso de qualquer outra espécie de contrato já previsto pelo Código Civil, cuja finalidade é a resolução de uma controvérsia sobre direitos disponíveis através de um árbitro, eleito pelas partes, subtraindo-se a decisão do crivo do Poder Judiciário.

Assim a arbitragem passa a ser, juntamente com a transação (também prevista no Código Civil, nos artigos 840 a 850) formas de autocomposição do litígio, autorizadas por lei às partes para solucionarem os litígios decorrentes de suas relações particulares.

Ao admitir a previsão, no contrato civil, da cláusula compromissória, o Código Civil autoriza as partes a resolver o litígio dele decorrente através da eleição da via arbitral, na forma estabelecida em lei especial, deixando para a Lei 9.307/96 a competência para disciplinar o procedimento arbitral.¹⁷⁵

¹⁷⁴ “Art. 851. É admitido o compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.”

“Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

¹⁷⁵ “Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.”

A Lei de Arbitragem assim como o Código Civil e o Código de Processo Civil¹⁷⁶ não previram termo final para a celebração do compromisso enquanto o processo ainda estivesse em curso.

É razoável entender que, enquanto não transitar em julgado a sentença (definitiva ou terminativa), podem os litigantes celebrar o compromisso, e, assim procedendo, caberá, como analisamos, ao juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito.

Mas há quem defenda que, ainda que já exista julgamento em segundo grau (decisão em recurso de apelação), nada impede a celebração do compromisso, se ainda houver prazo recursal (desde que o acórdão não tenha transitado em julgado). Apesar de rara esta última hipótese, razões podem existir para que ela ocorra, como no caso de uma nova demanda, em que as partes decidam submetê-la a árbitros e a mesma abranja ou envolva também o objeto da demanda judicial em curso. Um exemplo de quando isso pode ocorrer é: estando o juiz togado examinando um processo que verse sobre multa, em decorrência do atraso de uma obrigação contratual, e queiram as partes submeter à apreciação do árbitro a análise da validade do contrato, será aconselhável que se leve toda a controvérsia ao tribunal arbitral, restando, pois, prejudicada a competência do juiz togado em prol da decisão dos árbitros (uma vez mais abrangente), e estes por sua vez, não estarão atados aos limites da coisa julgada que se formará no processo judicial.¹⁷⁷

Situação diversa ocorre perante uma sentença de mérito que transitou em julgado, porém Carmona ainda faz uma ressalva: o compromisso não terá qualquer validade face à sentença

¹⁷⁶ Quanto às alterações trazidas pela Lei de Arbitragem ao Código de Processo Civil, ver os comentários que fizemos ao tratar da constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

¹⁷⁷ Essa é a posição de CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um Comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 173,174.

transitada em julgado. Quando ela fizer coisa julgada material, poderá o compromisso arbitral atribuir ao árbitro o conhecimento da causa apenas diante da coisa julgada formal.¹⁷⁸

4.6 Diferentes funções do compromisso¹⁷⁹

A primeira função do compromisso, sem dúvida, é a de formar um **vínculo entre as partes**, mas para que haja a realização do compromisso arbitral, como vimos, é preciso que as partes estejam em conflito, sendo, pois, obrigação mútua submeter o mesmo à resolução da arbitragem reflexo do próprio compromisso.

O compromisso representa ainda o comprometimento do árbitro ou dos árbitros de julgar a controvérsia que está sendo levada à sua apreciação. Este comprometimento deve estar configurado na responsabilidade do árbitro assumida perante as partes. Ou seja, através do compromisso o árbitro não só aceita exercer as funções de árbitro como também assume as respectivas responsabilidades inerentes a sua função.

Em terceiro lugar o compromisso representa verdadeira função de dar início à arbitragem é, pois, verdadeiro ato inaugural. Por meio dele é que de fato se instaura a arbitragem, a mesma, entretanto, só terá início com a aceitação pelos árbitros das funções que lhe foram atribuídas.¹⁸⁰

Uma vez firmado o compromisso, ele assume sua quarta função que é a de ser estabilizador da demanda, já que é de sua essência fixar os contornos das pretensões das partes. Ressaltando-se que a partir daí não será mais possível alterá-lo, transformando-se, posteriormente, no limite do próprio laudo ou decisão arbitral, que não pode ir além ou aquém do

¹⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo um Comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 173,174.

¹⁷⁹ Classificação trazida por LIMA, Cláudio Vianna de. **Curso de introdução à arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 71.

¹⁸⁰ Assim prescreve o art. 19 da Lei 9.307/96 “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

que houver sido estabelecido pelo compromisso.¹⁸¹ O conflito identificado pelo compromisso passa a ser, portanto, a lide a ser decidida pelos árbitros.

O quinto efeito poderá aparecer quando o compromisso for firmado na presença de um contrato de adesão, passado a ter efeito convalidador da própria arbitragem, desde que realizado, claro, na obediência das especificidades que estudamos anteriormente.

A sexta função do compromisso é a de ser saneador, isto porque, na evidência de não ser obrigatório, afasta a nulidade a que se refere o artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor.

Como vimos, com o reconhecimento dado à estipulação da cláusula compromissória como instauradora da arbitragem, sendo a mesma parte da convenção da arbitragem assim como o compromisso, passou-se a questionar se este ainda continuaria tendo alguma utilidade.

De imediato a resposta é afirmativa, pois imagine-se como haveria a instauração da arbitragem quando da ausência da cláusula compromissória no contrato. Tendo sido estipulada a cláusula compromissória, de pronto ficará excluída a apreciação judicial de uma futura demanda a ser emanada do contrato, entretanto, a lide, uma vez surgida posteriormente, restringir-se-á à situação de simples conflito, mas ainda não proposto como controvérsia a ser decidida no procedimento. Por isso a celebração do compromisso é relevante para que esse conflito, já delineado, torne-se objeto de decisão pelos árbitros. Passa, portanto, o compromisso a assumir a característica de ser meio de proposição da lide.¹⁸²

Estipulado o compromisso, ele terá o poder de solucionar questões relativas à validade e eficácia da cláusula, assim como a aplicabilidade da mesma ao caso concreto. Podendo, inclusive,

¹⁸¹ Assim prescreve o parágrafo único do art. 19: “Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou tribunal que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem”.

¹⁸² RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira**. São Paulo: RT, 2004, p. 103.

a cláusula ser desconsiderada e perder a sua importância em virtude da proposição e identificação da lide através do compromisso.¹⁸³

Na ausência de compromisso, a inexistência, invalidade, ineficácia ou inaplicabilidade da cláusula provoca, por consequência, a inadmissibilidade da arbitragem, e por via direta a incompetência dos árbitros. Diversamente ocorre quando da presença do compromisso, já que quando da existência do mesmo, os árbitros passam a ter a competência para julgar a validade da cláusula compromissória.

O compromisso poderá ainda ser utilizado como mecanismo para solucionar questões intituladas acessórias tais quais: nomeação dos árbitros e fixação do lugar onde será proferida a sentença arbitral.

Diante do exposto fica fácil deduzir-se, portanto, que a formação do mesmo é necessária para determinar a proposição da lide perante os árbitros. A solução de controvérsias acerca da cláusula compromissória também é deduzida do compromisso, podendo o mesmo ainda ser estipulado sem a necessária presença da cláusula compromissória. O compromisso torna-se, pois, uma lide a ser decidida, prescindindo-se a sua proposição de petição.

Instituída a arbitragem, através da celebração do compromisso arbitral, a possibilidade de, no âmbito do mesmo procedimento, se propor lides ulteriores deve ser solucionada através da aplicação do artigo 21 da Lei 9.307/96.¹⁸⁴

¹⁸³ RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira**. São Paulo: RT, 2004, p. 104.

¹⁸⁴ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. §1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao tribunal ou ao árbitro discipliná-lo; § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento; § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral; §4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar conciliação das partes, no que couber, o art. 28 desta Lei.”

Esta possibilidade poderá ser limitada ou excluída mediante a fixação de regras estipuladas pelas partes ou pelos árbitros. Entretanto, não há na lei proibição ou limitação prevista de que tais controvérsias ulteriores à celebração do compromisso sejam propostas durante o procedimento, na ausência de regras limitativas previamente fixadas por meio do art. 21 acima citado, sendo, entretanto, exigido, ao menos, que a própria cláusula compromissória preveja esta possibilidade ainda que de forma genérica. Encontrando-se, de outra sorte, um problema prático sério a ser enfrentado, caso essa hipótese ocorra que é o do contraditório, considerando o prazo em que a sentença arbitral deva ser prolatada.¹⁸⁵

O que leva à conclusão de que o compromisso seria o responsável por firmar um objeto mínimo para a arbitragem, mas não um objeto único, já que, sendo proposta através do compromisso ao menos uma controvérsia, outras poderão ser formuladas a partir desta.

Se por um lado isso contribui para a celeridade propagada pela arbitragem, de outro lado, no que diz respeito às controvérsias inicialmente não apontadas no compromisso, isso resulta em que, depois de estipulada a cláusula e solucionados os problemas acessórios é que os árbitros decidirão acerca das controvérsias propostas pelas petições das partes.

4.7 Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1º da Lei 9.307/96

Sabemos que é vedada a solução de controvérsias a respeito de direitos indisponíveis por meio da arbitragem, e a aplicação coerente desta norma proibitiva deveria resultar em alegação de

¹⁸⁵ RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira**. São Paulo: RT, 2004, p. 110.

questão prejudicial sobre a invalidade do contrato com a suspensão do procedimento arbitral, prevista pelo art. 25 da Lei 9.307/96.¹⁸⁶

A pergunta que fica é: como o art. 25 pode se compatibilizar com o art 8º, parágrafo único da mesma Lei de Arbitragem? Este artigo prevê que os árbitros decidirão sobre as questões de eficácia, nulidade, existência e validade do contrato que contenha ou não a cláusula compromissória.

A princípio, é claro que os árbitros podem *incidenter tantum* solucionar a questão de invalidade, evitando a suspensão do procedimento, se assim não fosse a própria disposição do parágrafo único do artigo 8º, não teria qualquer razão de existir.

O problema reside na comprovação de que a decisão dos árbitros sobre a validade ou não do contrato tem força de coisa julgada, como verdadeira lide principal ou incidente.

Isso faz parecer que os art. 1º e 25 da Lei de Arbitragem restariam limitados por regra excepcional (art. 8º, parágrafo único). O mesmo diga-se quando da hipótese de o contrato, que embora não contenha a cláusula compromissória, possa ser objeto de compromisso arbitral, ocasião em que o parágrafo único do art. 8º, também será aplicável caso seja suscitada sua invalidade.

Como é que poderia a invalidade ser sempre solucionada *incidenter tantum* (eliminando a aplicabilidade do art. 25), se há a possibilidade de atribuir às decisões dos árbitros a força de coisa julgada? Se a questão de invalidade não estiver prevista em compromisso já existente, necessária se fará a realização de novo compromisso que venha prever tal possibilidade, a fim de

¹⁸⁶ “Art. 25 – Sobrevindo no curso de arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem”.

que se possa conferir a tal decisão à força de coisa julgada à sentença arbitral que declare a invalidade do contrato. Então, será que seria a segunda arbitragem admissível?

Para responder às perguntas que foram acima suscitadas teremos que, inicialmente, analisar alguns pontos importantes.

O art. 1º da Lei de Arbitragem permite a arbitragem, desde que a mesma verse sobre direitos disponíveis, por via de consequência seria vedada a arbitragem sobre direitos indisponíveis. O artigo, portanto, refere-se a direitos que podem ou não ser objetos da arbitragem, mas não se refere a situações prévias como a nulidade.

A lacuna da norma leva ao pensamento de que a nulidade não possui relevância em si mesma, diante da distinção inicial das lides que podem ou não ser levadas à solução arbitral, portanto a constatação de direitos indisponíveis levaria, de imediato, a inexistência da possibilidade da arbitragem. Sendo assim, poderíamos afirmar que a lide sobre nulidade do contrato seria passível de arbitragem já que são disponíveis os direitos contratuais, tendo os efeitos desta decisão relevância de direito disponível. Logo, os árbitros seriam competentes para solucionar a questão sobre a nulidade do contrato, embora a nulidade não seja disponível em si mesma, já que poderiam ser renunciados ou transferidos os direitos sobre os quais a decisão não teria influência.¹⁸⁷

A questão põe-se no nosso ordenamento com certa atenuação, em virtude da autonomia da cláusula compromissória, dentro do contrato em que ela se encontra inserta. Sendo assim, mesmo nulo o contrato, a cláusula compromissória permanecerá válida, salvo é claro se a nulidade do contrato se der em virtude do mesmo versar sobre direitos indisponíveis, ocasião em que a nulidade deverá ser decretada pelo Poder Judiciário, abrangendo inclusive a nulidade da cláusula

¹⁸⁷ RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira**. São Paulo: RT, 2004, p. 110.

compromissória, sob pena de ser declarada inconstitucional a arbitragem. Mas, se a cláusula é válida, a lide sobre a invalidade do contrato, salvo algumas exceções já postas, pode ser objeto de arbitragem.

Se a arbitragem for obstada em virtude da lide ter sido instaurada por razão da invalidade do contrato, a questão sobre a invalidade deste deve ter como objetivo a análise da competência arbitral.

Em sendo o contrato considerado de adesão à nulidade da cláusula compromissória deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário que, em vista da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, deverá constatar se a cláusula compromissória respeitou ou não as disposições previstas pelo inciso VII, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

CAPÍTULO 5

Capítulo 5- A sentença arbitral e a revisão judicial; 5.1 O árbitro; 5.1.1 Natureza jurídica na atividade exercida pelo árbitro; 5.1.2 Das boas relações entre os juízes e árbitros; 5.1.3 Direitos e deveres dos árbitros; 5.1.4 Poder Jurisdicional do árbitro; 5.2 A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI; 5.3 Irrecorribilidade da sentença arbitral; 5.4 Nulidade da sentença arbitral.

5. A SENTENÇA ARBITRAL E A REVISÃO JUDICIAL.

Um das características da arbitragem, que termina por conferir uma grande importância ao instituto arbitral, é o fato de que, face ao laudo arbitral, haveria uma limitada oportunidade de revisão judicial a respeito do assunto que fora abordado pelo árbitro em sua decisão. Isso porque o árbitro é tido como juiz de fato e de direito na arbitragem (artigo 18 da Lei 9.307/96) e a sentença arbitral não seria, a princípio, suscetível de revisão judicial (artigo 31 da Lei de Arbitragem).¹⁸⁸

A sentença arbitral é uma norma jurídica individual de origem privada. Não importa a nacionalidade dos árbitros, o território que serviu de sede ao tribunal arbitral ou no qual foi proferida a sentença, resulta de atividade jurisdicional privada, cuja origem é contratual. Trata-se de norma estranha ao Estado. Daí a necessidade de introduzi-la no ordenamento jurídico estatal antes que seus efeitos possam ser reconhecidos ou apoiados pelo Poder Judiciário.¹⁸⁹

¹⁸⁸ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

¹⁸⁹ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória constitui título executivo.”

¹⁸⁹ VALENÇA FILHO, Cláudio Melo. Sentença Arbitral Inexistente. In: **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002, p. 354.

A questão, entretanto, passa a ter outro tratamento quando o que se questiona é a nulidade da cláusula compromissória, da sentença arbitral e quando o árbitro comete erros na aplicação da lei.

A dispensa que hoje em dia se aplica à sentença arbitral quanto a sua homologação pelo Poder Judiciário, não faz com que haja a supressão de todo o seu controle pelo Estado. Pelo contrário, este controle será exercido, por exemplo, sempre que a sentença arbitral necessite de força coercitiva para ser cumprida. Esse tipo de controle realizado pelo Poder Judiciário, no entanto, não é amplo, pois estará restrito a um juízo de delibação que estará presente na verificação das hipóteses contidas no artigo 32 da Lei de arbitragem, que trará os casos de nulidade da sentença arbitral os quais terá efeitos *ex tunc*.

Logo, o objetivo do presente capítulo é o de analisar como o Estado pode interferir na arbitragem a fim de restringir o poder do árbitro e, conseqüentemente, impor limites à sentença arbitral.

5.1 O árbitro

O árbitro é o terceiro, alheio ao litígio, escolhido pelas partes para solucionar o conflito de interesses que se instaurou entre as mesmas. A figura do árbitro é originada do *arbiter* do Direito Romano. Representa o elemento subjetivo decisório da instituição arbitral.¹⁹⁰

Ele é, portanto, a pessoa física indicada pelas partes, por meio de um contrato (cláusula compromissória) ou de um compromisso (compromisso arbitral) para solucionar um litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁹⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade**. São Paulo: LTR, 2001, p.47.

Apenas a pessoa física poderá exercer a função de árbitro. Quando se concede a possibilidade da arbitragem institucional, quer dizer apenas que as regras, os procedimentos e a estrutura operacional serão fornecidos pelo órgão arbitral institucional, mas será o arbitro ou árbitros os responsáveis pela consecução da arbitragem.

A Lei 9.307/96 exige em seu art. 13 alguns requisitos intrínsecos para que alguém possa funcionar como árbitro que são: capacidade do mesmo e a confiança das partes. A confiança diz respeito à retidão moral, assim como a capacidade profissional, estando, pois, ligada quase que exclusivamente a aspectos éticos.

A capacidade exigida para ser árbitro será a mesma requerida para a prática dos atos na vida civil, ou seja, aliada à maioridade (18 anos), ele não poderia estar enquadrado em nenhum dos motivos ensejadores da incapacidade relativa ou absoluta.

Além da capacidade positiva a que nos referimos logo acima, a Lei de Arbitragem ainda requer a incapacidade negativa que é a necessidade do árbitro não estar inserido entre as causas de impedimento e suspeição mencionadas no art 14 da referida lei.¹⁹¹

Uma questão controvertida, no entanto, que surgiu em decorrência da Lei 9.307/96 foi a de se saber se se poderia funcionar como árbitro um analfabeto. Apesar do Código de Processo Civil expressamente vedar a possibilidade de ser árbitro alguém iletrado, a Lei de Arbitragem não vedou essa hipótese e o Código Civil não considera como incapaz para a prática dos atos civis o analfabeto. Mesmo que a arbitragem exija alguém *expert*, nada impede deste ser um analfabeto e, ainda que se alegue que ele teria dificuldades na leitura dos documentos ou na prolação da

¹⁹¹ “Art. 14- Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes foi submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juizes, aplicando-se-lhes no que couber os mesmos deveres e responsabilidades, conforme o previsto no Código de Processo Civil.”

sentença arbitral, nada impede que ele tenha a ajuda de alguém que para ele leia os documentos e redija a sentença que o mesmo pode ditar, assinando-se a rogo por ele.

Ainda quanto à capacidade de ser árbitro, questiona-se se um estrangeiro, que desconhecesse nosso idioma, poderia funcionar como julgador numa arbitragem brasileira. Não resta dúvida que um estrangeiro pode sim funcionar como árbitro, mesmo desconhecendo nosso idioma, pois é reservado às partes o direito de utilizar, durante a arbitragem, língua estrangeira ou ainda mais de uma língua.

A Lei 9.307/96 não faz menção à necessidade da sentença arbitral ou dos atos do processo arbitral serem em idioma nacional, até porque há a permissão para que as partes celebrem todos os atos processuais arbitrais no Brasil e a sentença seja proferida fora de nosso território. Diferente do que acontece com o Código de Processo Civil que determina, expressamente, a utilização apenas do vernáculo nos atos e termos do processo.

Apesar do Código Civil de 1916, em seu art. 1.045 dispor, ainda que implicitamente, a possibilidade do juiz togado ser árbitro, e que sendo o laudo arbitral proferido pelos mesmos não precisaria passar pela homologação posterior a que o laudo arbitral era obrigado, o Código de Processo Civil de 1939 e o de 1973, bem como a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79) revogaram o dispositivo do Código Civil antigo não deixando qualquer dúvida a respeito da impossibilidade do juiz togado, seja de primeiro ou segundo grau, ser árbitro.¹⁹²

A mesma vedação, é claro, não é aplicável aos juízes aposentados que podem sim exercer livremente a função de árbitro.

¹⁹² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 205.

A escolha dos árbitros será feita pelas partes, livremente, observando-se os requisitos que analisamos acima, mas as mesmas deverão, quando da hipótese de se nomear mais de um árbitro, o fazer em número ímpar. Nomeando árbitros em número par, a arbitragem ainda assim poderá ter prosseguimento, mas presumirá a lei (*presunção iure et de iure*) que as partes outorgaram aos árbitros a possibilidade de eleger mais um julgador, para que assim se perfaça o número ímpar. Não havendo consenso na escolha do árbitro desempatador, caberá ao juiz togado, a requerimento das partes, nomear o último julgador. Este, por sua vez, uma vez aceitando o encargo, dará início à arbitragem juntamente com os demais árbitros indicados pelas partes (art. 7º da Lei 9.307/96).

A Lei de Arbitragem requer, pois, para a instauração da arbitragem, que os árbitros sejam eleitos em número ímpar. Logo tendo as partes eleito árbitros em número par, para que a arbitragem tenha início, é preciso que os próprios julgadores eleitos ou o juiz togado eleja mais um, pouco importando se as partes tenham estipulado que este outro árbitro só seria escolhido caso houvesse empate na decisão, fazendo com que a cláusula estabelecida pelas partes a este respeito seja considerada ineficaz.¹⁹³

Em relação aos suplentes, previstos pelo § 1º do artigo 13, não é necessário que cada árbitro tenha um, mas as partes podem escolher apenas um para substituir qualquer dos árbitros que, por ventura, não possam vir a participar do processo arbitral.

A eleição dos árbitros poderá ser feita de forma direta quando os próprios litigantes aceitam ou excluem certos árbitros, ou indiretamente quando as partes elegem uma instituição arbitral que irá ser responsável pela indicação de uma lista de árbitros, respeitando as qualidades e as restrições impostas inicialmente pelas partes. A partir da lista apresentada às partes, as mesmas selecionarão os futuros julgadores.

¹⁹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 205.

Eleitos os árbitros, caso não haja estipulação em contrário prevista pelas partes, aqueles elegerão um presidente. Além das atribuições inerentes aos demais árbitros, o presidente, que será escolhido pelos árbitros eleitos, e apenas em caso de impasse será escolhido o mais velho, terá funções não só administrativas, mas instrutórias e, havendo determinação das partes, poderá ser ele o responsável por estabelecer prazos, designar audiências, nomear peritos, etc.

O árbitro ou o presidente arbitral poderá ainda nomear um secretário que será responsável pelos atos processuais, desempenhando papel de escrivão, organizando os autos e providenciando as atas de audiência. Este secretário, por questão de economia, poderá ser eleito, até mesmo, entre os árbitros já escolhidos pelas partes. A nomeação deste secretário, entretanto, não depende de aceitação das partes, devendo o presidente ou árbitro analisar a necessidade da nomeação do mesmo arcando as partes com as custas decorrentes desta nomeação. Logo, é conveniente que as partes, para evitar surpresas quanto ao possível acréscimo de despesas em decorrência da nomeação de secretários, disciplinem de início se poderá ou não ser nomeado secretário que não seja um dos árbitros.

5.1.1 Natureza jurídica na atividade exercida pelo árbitro

De início, poderíamos dizer que a natureza jurídica do vínculo jurídico que une as partes ao árbitro teria natureza contratual, mas, em virtude das especificidades que envolvem os mesmos, há uma dificuldade em inseri-los nas formas usuais de contratação. Isso faz com que a doutrina por vezes tente enquadrá-lo ora como um contrato de mandato ora como agência e locação de serviços, como veremos a seguir. Entretanto, preferimos adotar a posição de que se

trata, na realidade, de um tipo de contrato especial, que não pode ser classificado de acordo com normas preestabelecidas.¹⁹⁴

Quando o árbitro, eleito pelas partes mediante um contrato, através da cláusula compromissória, por exemplo, aceita a função de ser o julgador de um litígio pergunta-se se ele, na realidade, estaria externando um “contrato de investidura” como se as partes o estivessem, em verdade, outorgando-lhe um “mandato”.¹⁹⁵ Que, se por um lado lhe conferiria poderes, de outra sorte, lhe acarretaria deveres e responsabilidades correlatas.

A convenção de arbitragem, ou seja, o contrato que por ventura contiver uma cláusula compromissória, está sob condição suspensiva, o que quer dizer que dependerá da existência de um litígio para se instaurar a arbitragem ou, sendo o caso, da realização do compromisso arbitral.

Havendo o litígio, em decorrência do contrato firmado, surge, pois, a necessidade de aceitação por parte do árbitro da tarefa que lhe foi designada, que é julgar o conflito de interesses instaurado, através da prolação do laudo ou sentença arbitral. Concordando o árbitro com sua investidura, surgirá para as partes um dever correlato que é o de cumprir a determinação contida na sentença arbitral.

Será, então, que poderia a função do árbitro ser assemelhada à do contrato de locação de serviços? É certo que o árbitro deverá ser aquela pessoa capaz de, por meio de suas especialidades, conhecimento e habilidade, desempenhar tarefas designadas pelas partes como: investigar o caso, escutar as testemunhas, as partes, analisar as provas, etc. Tudo isso dentro de um prazo preestabelecido, não havendo qualquer dúvida de que o árbitro, de fato, presta um serviço pelo qual se comprometeu contratualmente em fornecer, mas este contrato celebrado

¹⁹⁴ Seguindo, portanto, a posição defendida por LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade**. São Paulo: LTR, 2001, p.47.

¹⁹⁵ Na verdade, é como se fosse um mandato, mas não se confunde com a figura deste último porque a sentença proferida pelo árbitro é feita em seu nome próprio e não em cumprimento de um mandato conferido pelas partes. BOSSÉSON, Matthieu. **Lê droit français de l' arbitrage – interne et international** *apud* LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro princípios da independência e da imparcialidade**. São Paulo: LTR, 2001, p.48.

entre as partes e o árbitro não poderá ser denominado de contrato de prestação de serviços, pois ele contém características distintas, próprias, inerentes à arbitragem.

Podendo-se dizer que possui natureza contratual na sua fonte (já que é originada de um contrato), mas também judicial no objeto (já que, na realidade, os poderes que são dados ao árbitro por meio do contrato são o de se tornar juiz de fato e de direito do caso que lhe for apresentado e sua decisão deverá ser observada pelas partes).¹⁹⁶

Concordamos com Selma Lemes que conceitua o contrato firmado entre as partes e o árbitro como sendo um contrato de investidura, já que seria esta denominação que melhor representa a relação existente entre o árbitro e as partes, não estando, portanto, enquadrado como um dos contratos civis pré –determinados. Esse contrato, todavia, não se confunde com o próprio instituto da arbitragem.¹⁹⁷

O contrato de investidura, por sua vez, pode se exteriorizar de diversas formas: através de um contrato apartado; pode estar representado na aceitação da função de árbitro designada por meio do compromisso arbitral; pode constar do Termo de Arbitragem (instrumento utilizado pelas instituições arbitrais nacionais e internacionais) onde estarão descritos o objeto do litígio, as condições e formas de atuação dos árbitros, partes, prazos, etc.

A princípio, a primeira qualidade que o árbitro deve apresentar é a imparcialidade. O árbitro deve estar ao lado e acima das partes em uma situação de especial equidistância.

A imparcialidade é de suma relevância para que o processo arbitral seja válido, o que faz com que algumas instituições arbitrais tenham inclusive formulado códigos de ética para os

¹⁹⁶ FOUCHARD, Phillippe. **Relationships between the arbitrator and the parties and the arbitral institution, the status of the arbitrator.** ICC Publication n. 564, p. 16 *apud* LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro princípios da independência e da imparcialidade.** São Paulo: LTR, 2001, p.50.

¹⁹⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade.** São Paulo: LTR, 2001, p.50.

árbitros com aplicações de sanções como a de destituição caso haja conduta comprometida ou tendenciosa por parte daquele julgador eleito pelas partes.

Enquanto o juiz estatal tem sua independência determinada em relação ao poder político, em virtude da liberdade hierárquica de organizações profissionais, o árbitro, por ser um juiz eventual, e não se encontra subordinado a nenhuma hierarquia, salvo quando tem de atuar em cooperação com o Poder Judiciário.

O árbitro, em relação às partes, atuaria por meio de uma relação de confiança, mas no que tange aos seus deveres, obrigações e garantias a ele são aplicáveis as mesmas regras do juiz estatal.

A independência do árbitro é jurídica e permite, no plano da objetividade, cumprir sua prestação sem ceder à pressão de terceiros ou das partes a partir da qual ele poderá ter a liberdade de se auto-determinar. Enquanto a imparcialidade está ligada a critérios subjetivos, a independência está atrelada a critérios objetivos.

5.1.2 Das boas relações entre os juízes e árbitros

A opção por um julgamento através da arbitragem não é suficiente para manter a análise do conflito totalmente à margem do poder estatal, pois haverá situações em que a tutela judicial será inevitável. Isso se deve ao fato de que, apesar do árbitro ter poderes jurisdicionais conferidos pelas partes e autorizado pela própria lei, ele não tem poderes coercitivos. Sendo assim, imagine a situação em que se tenha que executar medida cautelar, que encontre resistência daquele em face de quem a providência deva ser adotada. Por isso é que se espera que, em decorrência das várias situações que poderão ocorrer em que os juízes possam ter que participar do processo

juntamente com um árbitro, cada um com suas funções específicas, os mesmos possam desenvolver entre si relações de cordialidade.¹⁹⁸

A Lei de Arbitragem disciplina o relacionamento entre os juízes e árbitros em dois parágrafos do artigo 22. No § 2º há a determinação de que o árbitro poderá solicitar a autoridade judiciária competente que conduza a testemunha renitente¹⁹⁹ a fim de prestar depoimento. Já no §4º, quando da necessidade de realização de medidas coercitivas ou cautelares, o árbitro poderá solicitá-las ao Poder Judiciário.

Podemos, então, constatar que há, de certa forma, uma divisão de trabalho entre o árbitro e o juiz, mas caberá ao árbitro solucionar o litígio e ao juiz cumprir as medidas coercitivas que se façam necessárias para a consecução do que foi determinado na sentença arbitral. O que significa dizer que cada um trabalhará no seu âmbito de competência a fim de se chegar ao provimento jurisdicional, eficaz, pretendido pelas partes.²⁰⁰

Como se daria, então, essa divisão de competências nos casos apresentados pelos §2º e §4º do art. 22 da Lei de Arbitragem?

Primeiramente, no que tange ao §2º do artigo 22, quanto à condução da testemunha renitente, é preciso que se esclareça que a decisão a respeito de ouvir ou não a testemunha é do árbitro, que analisará a respeito da utilidade e da pertinência da prova testemunhal, como dele também será a atribuição de analisar os dados colhidos, que poderão influir ou não no julgamento a ser realizado. Mas, pode acontecer de a testemunha ser chamada a comparecer perante o árbitro e a mesma se recusar, cabendo, pois, ao árbitro, já que despido do poder coercitivo, inerente

¹⁹⁸ CARNACINI, Tito. **Arbitraje**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1961, p. 83.

¹⁹⁹ Ressalte-se que, caso a testemunha não queira comparecer perante o juízo arbitral, não seria a ela aplicável a penalidade legal prevista à testemunha renitente do juízo comum, não havendo, por conseguinte, neste caso, a configuração do crime de desobediência. CARNACINI, Tito. **Arbitraje**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1961, p. 83.

²⁰⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Das Boas relações entre os juízes e árbitros. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, Associação dos advogados de São Paulo, nº 51, p.18, outubro, 1997.

apenas ao juiz togado, solicitar a este a tomada de providências oportunas, através da possibilidade de condução sob vara.

O juiz togado determinará a condução coercitiva da testemunha à presença do árbitro sem, contudo, avaliar a respeito da pertinência ou utilidade da prova testemunhal. Caberá ao juiz togado, tão somente, verificar se o árbitro está albergado pela convenção arbitral válida e se está agindo dentro dos limites dos poderes que lhe foram outorgados pela mesma.

O que a Lei de Arbitragem não respondeu é como se daria este pedido do árbitro ao juiz. Não há dúvidas de que este procedimento deve se assemelhar em muito com o adotado para a carta precatória, pois não tendo o árbitro competência para determinar a condução à força, ele solicita (depreca) a quem tenha tal poder.

O árbitro deverá dirigir-se ao juiz através de mero ofício, instruído com a cópia da convenção de arbitragem. No ofício estará indicado pelo árbitro o dia, hora e local (desde que nos limites da comarca) em que a testemunha prestará depoimento, devendo constar ainda do mesmo o endereço para as diligências. Esse ofício será distribuído para um dos juízes competentes para o ato. Como vimos, caberá ao juiz apenas a análise dos aspectos formais, mas se da análise destes comprovar que não assiste ao árbitro a possibilidade do julgamento (quando, por exemplo, a cláusula arbitral for nula) deverá recusar o cumprimento da solicitação que lhe fora enviada, devolvendo o ofício recebido.²⁰¹

Caso o juiz togado venha a negar, sem motivo, a solicitação do árbitro, estando este acobertado por uma convenção de arbitragem válida, poderá o árbitro pedir as medidas

²⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto. Das Boas relações entre os juízes e árbitros. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, Associação dos advogados de São Paulo, n° 51, p.18, outubro, 1997.

correicionais cabíveis, sem prejuízo ainda de poder pleitear perante o tribunal, através de mandado de segurança, o cumprimento da diligência que lhe foi denegada.²⁰²

Um problema, no entanto, que suscita um certo inconveniente é a possibilidade da medida cautelar ser pretendida antes da instauração do juízo arbitral, ou seja, após a celebração da cláusula compromissória, mas antes da nomeação dos árbitros.

Neste caso, deveria haver a aplicação clara do princípio do *quando est periculum in mora incompetencia non attenditur*, ou seja, as regras de competência podem ser desprezadas quando e se houver algum obstáculo à parte que está necessitada da tutela de emergência de obter acesso ao juízo originalmente competente. Sendo assim, a parte necessitada poderia interpor o pedido de medida cautelar perante o juízo comum, sem prejuízo da via arbitral posterior, apenas para a concretização da medida urgente. Instituída a arbitragem, os autos do processo cautelar serão remetidos ao árbitro que deverá analisar quanto à manutenção ou revogação da medida, já que pertence a este o juízo acerca da tutela cautelar.

5.1.3 Direitos e deveres dos árbitros

Não há a menor dúvida de que os direitos do árbitro surgem justamente por meio do contrato, em que as partes estabeleceram a possibilidade da instauração da arbitragem, se, em virtude do mesmo, adviessem conflitos a serem solucionados. A princípio dois seriam seus direitos: proferir a sentença arbitral com imparcialidade e independência e fixar seus honorários.

Nem sempre, entretanto, o contrato aborda com tanta clareza a maneira através da qual deverá ser corretamente executado. Mas é certo que esse mesmo contrato determinará ao árbitro:

²⁰² O mesmo procedimento será o aplicável quando do pedido do árbitro ao juiz para o cumprimento de uma medida cautelar.

(a partir da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral) o dever de aplicar o direito ou a equidade para solucionar o litígio que lhe for apresentado, respeitar a vontade das partes, sujeitar a nulidade da nomeação do árbitro caso haja algum motivo de impedimento ou suspeição, etc.

Por se tratar, portanto, de um procedimento de natureza largamente contratual, o poder, os direitos e os deveres dos árbitros variarão conforme o estipulado pelas partes no contrato e somente passarão a vigorar caso haja a aceitação da função que lhe fora atribuída.

O exame do contrato pelo árbitro, no entanto, pode não ser realizado da mesma maneira desenvolvida pelo juiz estatal, pois o árbitro deve levar em conta o aspecto econômico do contrato, partindo do pressuposto de que se trata de algo evolutivo e vivente e que a economia não está vinculada e, portanto, paralisada ao único instante da redação do contrato.²⁰³

Mas, a atividade do árbitro pode levar prejuízos às partes. Em geral se tem que os árbitros carecem de responsabilidade quando proferem a sentença, não sendo responsabilizados por suas opiniões, mas responderiam em caso de dolo. Quando os árbitros exacerbam ou negligenciam a respeito das disposições contratuais ou da Lei de Arbitragem, seja por desrespeitar o prazo para proferir a sentença arbitral, seja por negar diligência às provas admissíveis, por exemplo, sua responsabilidade aparece.²⁰⁴

A extensão da responsabilidade obedece, necessariamente, ao distinto critério que se sustenta a respeito da natureza jurídica do árbitro. Se se reconhecer o árbitro como um contratante admitir-se-á a aplicação das regras próprias atinentes à responsabilidade civil para os contratos de mandato, isto com relação às partes, pois ainda deverá responder penalmente. Se o considerarmos como executor de uma função pública, a sua responsabilização irá requerer a

²⁰³ STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTR, 1996, p.68.

²⁰⁴ ANGELIS, Dante Barrios de. **El Juicio Arbitral**. Montivideo: Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y ciencias Sociales de la Universidad de Montivideo, Seccion III- XCI, 1956, p. 78-79.

aplicação das sanções penais e administrativas idênticas às aplicáveis ao funcionário público.²⁰⁵ Logo, agindo com prevaricação²⁰⁶, concussão²⁰⁷ ou corrupção passiva²⁰⁸, será criminalmente responsável.

A partir da aceitação de sua nomeação, o árbitro assume a função pública de julgar o caso que lhe fora apresentado, por isso ele não só contrai deveres com as partes, mas também com a administração da justiça estando, de imediato, obrigado a colaborar com os juízes estatais, caso se faça necessária a participação conjunta dos mesmos no processo arbitral. A responsabilidade penal seria consequência daquele dever de colaboração necessária com a justiça. Não haveria, no entanto, a aplicação da responsabilidade disciplinária dirigida aos juízes, estranha aos árbitros, mas não incompatível com sua função. Já que no cumprimento do seu encargo, como vimos, pode atuar conjuntamente com o Poder Judicial.

As responsabilidades civil e criminal do árbitro devem ser estudadas traçando um paralelo com a figura do juiz, salientando que o instrumento para se atacar a sentença arbitral deverá ser a ação de anulação e de embargos ao devedor e não através de uma ação pessoal intentada diretamente contra a pessoa do árbitro.²⁰⁹ Devendo o dano ser limitado às custas incorridas na arbitragem, juntamente com as custas necessárias para a instauração de um novo procedimento, seja este arbitral ou judicial e a perda dos honorários que receberia, ou o reembolso da quantia já recebida, quando estivermos diante de atos ensejadores de ilícitos civis, tais quais: desrespeito ao

²⁰⁵ ANGELIS, Dante Barrios de. **El Juicio Arbitral**. Montivideo: Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y ciencias Sociales de la Universidad de Montivideo, Seccion III- XCI, 1956, p. 78-79.

²⁰⁶ Art. 319 do Código Penal: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.”

²⁰⁷ Art. 316 do Código Penal: “Exigir para si ou outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Pena- reclusão de dois a oito anos e multa.”

²⁰⁸ Art. 317 do Código Penal: “Solicitar ou receber, para si ou pra outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.”

²⁰⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. Dos Árbitros. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 246.

prazo para proferir a sentença arbitral, deixar passar o prazo sem proferi-lo, pedir demissão sem motivo justificado, etc.

Entretanto, quando estivermos diante de dolo ou fraude aplicar-se-á aos árbitros a mesma previsão legal alcançável aos juízes (art. 133 do Código de Processo Civil), sem prejuízo da responsabilização penal cabível.²¹⁰

Portanto, em resumo, a responsabilidade pessoal do árbitro, na área cível, diz respeito àquelas derivadas das obrigações de resultado, já que o resultado pretendido pelas partes é a solução da disputa, e caberá ao árbitro no prazo legal ou contratual. Neste sentido, tem as partes o direito de exigir do árbitro o resultado. Logo, proferindo o árbitro a sentença arbitral no prazo correto, estará alcançada a finalidade pela qual a arbitragem fora instituída. Não alcançando este resultado, o árbitro apenas estará isento de responsabilidade, demonstrando que o inadimplemento da obrigação deu-se por fato aleatório, provando que não agiu com culpa.²¹¹ Já na esfera criminal, como vimos, responderia o árbitro com a aplicação das mesmas penas impostas aos funcionários públicos.

Quando o árbitro atuar no ofício de julgador, na valoração das provas, na verificação dos fatos, na aplicação do direito cabível ou na aplicação da equidade, a fim de solucionar a controvérsia que lhe fora apresentada, a obrigação do árbitro passa a se enquadrar nas obrigações de meio. Sendo assim, será dever do árbitro nomeado agir com a prudência e a diligência esperadas para que não possa vir a ser responsabilizado.²¹²

²¹⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. Dos Árbitros. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 282.

²¹¹ Isto quer dizer que o atraso na prolação da sentença teria se dado em consequência de alguma atividade protelatória ou impeditiva das partes, por caso fortuito ou por força maior. MARTINS, Pedro Batista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 297-298.

²¹² MARTINS, Pedro Batista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 298.

A responsabilidade do árbitro é, pois, como vimos, subjetiva, e depende de verificação de culpa. Essa culpa, no entanto, de acordo com legislações comparadas, já que o Brasil não expôs expressamente, deve ser classificada como grave, como nos casos de grave violação de lei ou erro inescusável sobre um fato da causa.²¹³

5.1.4 Poder Jurisdicional do árbitro

Uma outra questão relevante que se impõe análise é o estudo da possibilidade ou não da revisão da sentença arbitral pelo juiz togado.

Para que possamos analisar quando a sentença arbitral pode ou não ser revista pelo Judiciário é preciso que, primeiramente, destaquemos quais os poderes que o árbitro possui e, conseqüentemente, os poderes que não lhe foram outorgados.

O árbitro, em virtude da atividade que lhe é conferida (solução do conflito que lhe é apresentado), como vimos, é juiz de fato e de direito do caso concreto e, portanto, a ele são conferidas as prerrogativas necessárias à atividade cognitiva plena. Cabendo-lhe, portanto, o dever de estudar o caso, investigar os fatos que lhe foram apresentados, reconhecer, interpretar e aplicar as normas legais ou julgar conforme a equidade (conforme o estabelecido pelas partes). O resultado de todo este trabalho intelectual, desenvolvido pelo árbitro, vai resultar na mesma conseqüência de uma sentença proferida por um juiz togado que é a imutabilidade e irreversibilidade do julgado, representada pela denominação de coisa julgada.²¹⁴

Mas, se por um lado o árbitro tem todos os poderes inerentes à atividade jurisdicional, no momento em que profere a sentença arbitral, diferentemente do que ocorre com o juiz estatal, ele

²¹³ MARTINS, Pedro Batista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 300.

²¹⁴ COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro**. São Paulo: RT, 2002, p. 83.

não tem o poder de promover a execução forçada. Constituindo a sentença arbitral apenas um título executivo instrumentalizador do processo de execução, que terá de passar pelo crivo do Poder Judiciário. Pode, entretanto, desde que com autorização das partes, o árbitro limitar sua responsabilidade.

A execução, por sua vez, deve ser interpretada não apenas sob o ponto de vista da realização prática, física ou material do provimento jurisdicional que fora conferido através da sentença condenatória, declaratória ou constitutiva, mas também do provimento que surte efeito direto e imediato, como conseqüência inevitável à realização da pretensão.

Para atingir os fins da jurisdição, no entanto, não haverá sempre a conseqüência de que toda declaração de certeza tenha como resultado a execução forçada. Isso porque a declaração de certeza pode ter como objeto, ora a já realizada transgressão do preceito primário e aí, obviamente, a incidência do efeito sancionatório, através da aplicação da norma ao caso concreto, realizado a princípio pelo Poder Judiciário, a fim de se fazer restituir a ordem jurídica anterior, apregoada pelo nosso ordenamento jurídico, tida como norma de conduta ideal a ser seguida; ora a declaração de certeza terá por objeto um preceito que ainda não foi desrespeitado, mas incerto, na exata medida em que deverá, o próprio Estado, ordenar, através das condições jurídicas exigidas, uma certa mudança jurídica.

Nestes dois últimos casos a garantia jurisdicional poderia ser tida como completa quando:

a) No primeiro caso, quando garantir a observância do direito, vencendo a falta de certeza do preceito primário que constitui um perigo de transgressão. Aqui, para que a decisão seja efetivamente cumprida, ou a parte voluntariamente realiza o preceito que ela contém; ou terá que se submeter à sanção que a mesma lhe ameaça em caso de descumprimento, através da aplicação do processo de execução forçada, por meio do qual somente ao Estado cabe a legitimação para se utilizar da força física, para trazer à realidade o mandamento declarado, por meio da decisão.

b) No segundo caso, ela teria que fazer concretizar a mudança jurídica que a lei conecta à verificação das condições cuja certeza tem-se declarado.

A sentença arbitral, sendo condenatória, apenas terá a força executiva, devendo se entender essa força meramente no seu sentido potencial. O que significa, por conseguinte, que ela terá a função de provocar o uso da força, mas esta só poderá ser aplicada pelo Estado. Para que o efeito da mesma, entretanto, produza resultados, a própria lei prevê a necessidade da observância de uma regularidade formal da decisão, bem como a sua compatibilidade com a ordem pública.

O juiz estatal, no entanto, na presença da sentença arbitral, deverá apenas limitar-se a realizar um juízo prévio de admissibilidade a respeito da medida já adotada pelo árbitro, ou seja, deverá analisar se o fato fere ou não direitos indisponíveis, a ordem pública, os bons costumes, sem adentrar no mérito quanto à oportunidade ou conveniência do provimento e se há a necessidade da medida coercitiva, já que estas são atribuições do árbitro, escolhido pelas partes em um procedimento arbitral.

Daí depreende-se que, no sistema brasileiro, as sentenças arbitrais não estão submetidas a um controle jurisdicional do Estado, que não poderá analisar a substância do julgamento, ou seja, o mérito, algum *error in iudicando* cometido pelo árbitro, muito menos a interpretação ou fundamentação que fora dada pelo árbitro no seu julgamento.²¹⁵

Ainda que o árbitro não tenha o poder de executar a sentença arbitral, poderá esta ser dotada de eficácia preponderantemente executiva *lato sensu*. Isso ocorre quando, por exemplo, sendo as partes capazes, por meio de um contrato de locação, possuindo o mesmo uma cláusula arbitral, ou tendo as partes firmado o compromisso arbitral, o árbitro, na sua sentença, poderá decretar o despejo do locatário por falta de pagamento e, conseqüentemente, determinar a imissão

²¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

da posse do locador no imóvel.²¹⁶ A sentença arbitral, nestes casos, descumprida, funcionará como título executivo judicial a fim de que a parte que teve sua pretensão violada possa ingressar, no judiciário, com o pedido de execução forçada.

No caso citado acima, como o árbitro não poderia determinar a expedição do mandado de despejo para ser cumprido pelo oficial de justiça, por envolver medida coercitiva, caberá ao juiz de direito, que seria competente para dirimir o litígio, caso a arbitragem não tivesse sido realizada, determinar tal medida, após a análise de admissibilidade a qual nos referimos anteriormente.

Apesar do judiciário possuir apenas o poder de admissibilidade sobre a sentença arbitral, é imperioso que a mesma respeite regras básicas aplicáveis à sentença judiciária. Uma delas, sem dúvida, é a necessária correlação entre o pedido das partes e o que foi proferido na sentença. O juiz ou árbitro terá de decidir respeitando os limites subjetivos e objetivos, estabelecidos quando da propositura da ação, da celebração da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. Não podendo, portanto, dar ao autor mais do que ele pediu ou coisa diversa da pedida (Código de Processo Civil, artigos 128 e 460²¹⁷) ou deixar de julgar sobre todo o objeto do litígio (Código de Processo Civil, art. 126)²¹⁸. Logo, repita-se, a tutela jurisdicional ou arbitral deve levar como parâmetro a dimensão da pretensão posta como objeto do processo, da cláusula arbitral ou do compromisso.

²¹⁶ COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro**. São Paulo: RT, 2002, p. 83.

²¹⁷ “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.”

²¹⁸ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

O objeto do processo arbitral é determinado, quando do pedido feito pelas partes ao árbitro, seja qual for o meio de sua formulação. Quando não for claro o pedido feito pelas partes, o árbitro solicitará a especificação do mesmo.

5.2 A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI

A Lei 9.307/96 autoriza que a sentença arbitral possa se manifestar através de decisões preliminares, interlocutórias e finais, mas nada falou sobre a possibilidade da sentença ser parcial, prática comum do direito estrangeiro quanto à arbitragem. Talvez pelo fato de, até recentemente, não ter ocorrido nenhum caso envolvendo partes brasileiras, na qual sua admissibilidade tenha sido contestada.

A sentença parcial é toda aquela que versa sobre uma parte do litígio, atendendo todos os requisitos formais das sentenças finais, mas que não resolve a totalidade do litígio, apesar de ser definitiva.²¹⁹

Já que há uma autorização legal das partes poderem escolher uma instituição arbitral, que determinará as regras aplicáveis à solução do litígio, e, podendo esta instituição ser estrangeira, está aí a possibilidade de haver a prolação de uma sentença parcial.²²⁰

É possível que, no curso da arbitragem, algumas questões possam ser de pronto decididas, mas já outras dependam de um período maior, haja vista a necessidade de mais provas a serem

²¹⁹ WALD, Arnold. A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI. In: **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 17, ano 5, p.330, julho/ setembro, 2002.

²²⁰ Questão diversa seria se a sentença não decidisse todo o litígio submetido à arbitragem, ocasião em que, por aplicação do disposto no art. 32, V da Lei de Arbitragem, levaria à nulidade da sentença. A invalidade da sentença arbitral poderia também ser de plano alegada quando ofendesse a ordem pública ou aos bons costumes. Violando, por exemplo, o contraditório, ampla defesa, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro, seu livre convencimento, etc.

produzidas. Sendo assim, há a possibilidade da aplicação da sentença parcial, ocasião em que o árbitro efetuará o julgamento por partes (exceto quando as partes tenham vedado aos árbitros, anteriormente, quando da estipulação da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, essa possibilidade). É apenas necessário, que ao final da arbitragem, todos os pedidos formulados pelas partes tenham sido julgados, ainda que através de várias sentenças sucessivas, consolidadas ou não na última delas, sem que se tenha causado prejuízo a qualquer uma das partes ou retirado qualquer um de seus direitos.

Concretamente, essa hipótese pode ocorrer nos casos em que o pedido formulado pelas partes ao árbitro seja ilícido, seja no todo ou em parte. Já que a liquidação da condenação pode demorar mais, até mesmo pela possibilidade de necessitar de prova pericial, ensejando a manifestação das partes, poderia haver a prolação de uma sentença, inicialmente, parcial e ilícida. Entretanto, como a sentença arbitral final condenatória constituirá título executivo, ainda em sede arbitral, deverá ocorrer a liquidação da sentença. Logo, ficaria a liquidação para um segundo momento, por meio de outra sentença, que fixaria o montante devido.²²¹

Como não há um consenso internacional acerca da definição do que vem a ser sentença parcial, fica a critério das legislações pátrias defini-las. Dessa forma, o objeto de uma sentença parcial pode ser as meras decisões interlocutórias, relativas ao procedimento, ou as decisões sobre as preliminares (pressupostos processuais), como também sobre a competência, suspeição ou impedimento dos árbitros, a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral ou até parte do mérito do litígio.

²²¹ WALD, Arnold. A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI. In: **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 17, ano 5, p. 330, julho- setembro, 2002.

5.3 Irrecorribilidade da sentença arbitral

Não há, em virtude do artigo 18²²² da Lei 9.307/96, a possibilidade das partes recorrerem ao Judiciário a fim de rever a decisão arbitral - ressalvados os casos de nulidade previstos no artigo 32 - mas poderiam as partes recorrer à criação de um duplo grau de jurisdição arbitral, para uma maior segurança jurídica da decisão.

Nada impede ainda que as partes estabeleçam como instância superior um tribunal arbitral, a ser definido na convenção de arbitragem. Apesar de retirar da arbitragem uma de suas características principais que é a celeridade, aumentando ainda o custo da solução do conflito, a previsão de uma instância recursal superior é conveniente, principalmente se a arbitragem tiver sido decidida por um árbitro único.

As partes podem, por outro lado, estipular a irrecorribilidade da decisão arbitral, como uma forma de renunciar ao direito de recorrer ao Poder Judiciário, o que é aceito, desde que a arbitragem não venha a violar princípios fundamentais do direito individual tais quais: o contraditório, a imparcialidade do árbitro, ou versar sobre direito indisponível.

Caso surjam, no decorrer do processo arbitral, questões incidentais que versem sobre direitos indisponíveis, mesmo que acordem as partes, no sentido de submeterem a apreciação destas questões a um juízo arbitral, o processo arbitral será suspenso, dependendo a sua continuidade da solução judicial da questão controvertida acerca de direito irrenunciável.

O prazo de suspensão da arbitragem começará a ser contado da data da deliberação do árbitro a respeito da sua incompetência (em razão da matéria submetida a sua análise versar sobre direitos indisponíveis) até a data da juntada do trânsito em julgado, nos autos do processo arbitral,

²²² “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

da matéria que fora decidida pela jurisdição estatal. A partir daí tornará a fluir, pelo período remanescente, o prazo legal (seis meses) ou aquele fixado pelas partes (requisito facultativo do compromisso arbitral) para a conclusão da arbitragem.²²³

A sentença arbitral para ser válida e ser definitiva, sem a possibilidade de recurso quanto ao mérito por parte do Poder Judiciário, deverá conter, necessariamente, os requisitos do artigo 26²²⁴ da Lei de Arbitragem, sob pena de ser passível de ação de nulidade pela parte a quem a mesma prejudique (conforme analisaremos a seguir, os artigos 32, II e art. 33 da Lei de Arbitragem).

Caso a sentença arbitral não contenha todos os seus requisitos, apesar de ser declarada nula, protegido restará o interesse legítimo dos partícipes do juízo arbitral, já que a sentença judicial que decretar a nulidade determinará, compulsoriamente, que nova sentença arbitral seja proferida, com a finalidade de sanar o vício que levou à nulidade da decisão.

Por outro lado, caso a sentença seja proferida sem que tais requisitos tenham sido desrespeitados, tomando ciência as partes do conteúdo da mesma, no prazo de cinco dias, ao tomar conhecimento do conteúdo da sentença arbitral, podem requerer ao tribunal arbitral a retificação do laudo, para que se corrija erro material ou esclarecer sobre algum aspecto obscuro, contraditório ou que restou omissivo no laudo.

²²³ MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 383.

²²⁴ “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I- o relatório, que conterà os nomes das partes e o resumo do litígio; II- os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III- o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhe forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV- a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.”

Assim encontramos aqui os chamados *embargos arbitrais* que, se cabíveis, impedirão, num primeiro momento, o trânsito em julgado da sentença, que só poderá ocorrer após o julgamento dos mesmos.

Não sendo cabíveis os embargos, de imediato, passa a sentença proferida a constituir coisa julgada entre as partes, dotada de imperatividade e imutabilidade.

A sentença arbitral difere, pois, da sentença judicial num único aspecto, é que naquela não há recurso a ser interposto, exceto a ação de nulidade que analisaremos a seguir.

Ao referir-se às questões que levarão à invalidade da sentença arbitral, a Lei de Arbitragem faz menção ora a requisitos de ordem interna ou substancial (que diz respeito ao seu conteúdo), ora a aspectos externos ou formais (que se referem à estrutura do ato).²²⁵

Antes da Lei 9.307/96, como a sentença arbitral dependia de homologação, o estatuto processual civil regulava o procedimento para a ação anulatória da sentença²²⁶ prevendo ainda a possibilidade de apelação da sentença que homologasse ou não o laudo arbitral.²²⁷ A partir da Lei de Arbitragem, deixando de haver o requisito da homologação da sentença arbitral para que a mesma tenha eficácia de título executivo judicial, é compreensível que se caiba a apelação, já que a sentença arbitral constitui verdadeira sentença, mas, hoje, encontra-se regulado na Lei de Arbitragem um outro mecanismo de impugnação da referida sentença arbitral que é a ação de nulidade.²²⁸

O direito de impugnar a sentença arbitral em virtude dos *errores in procedendo*, mesmo não tendo a Lei 9.307/96 estabelecido expressamente a previsão quanto à irrenunciabilidade das

²²⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 472.

²²⁶ “Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”

²²⁷ “Art. 1.101. Cabe apelação da sentença que homologar ou não o laudo arbitral. Parágrafo único. A cláusula ‘sem recurso’ não obsta a interposição da apelação, com fundamento em qualquer dos vícios enumerados no artigo antecedente; o tribunal, se negar provimento à apelação, condenará o apelante na pena convencional.”

²²⁸ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral nos casos previstos nesta Lei.”

partes em relação a tais erros, pode ser deduzida do texto constitucional, já que impedir a análise dos motivos que geram a nulidade, implicaria a proibição do Poder Judiciário de apreciar qualquer lesão a direitos, retirando assim qualquer controle sobre a atividade dos árbitros.

Mesmo reconhecendo-se que é a vontade das partes que rege a arbitragem, as mesmas não poderiam convencionar antecipadamente que a sentença arbitral não ficará sujeita à ação de nulidade, pois não se permitiria a irrenunciabilidade como algo genérico e anterior à prolação da sentença arbitral. Entretanto, nada impede que a parte, ainda que prejudicada, renuncie expressa ou tacitamente a essa via de impugnação.²²⁹

5.4 Nulidade da sentença arbitral

O rol de motivos que conduzem à nulidade da sentença arbitral é taxativo, não podendo, pois, as partes em sede judicial, alegar outras razões senão aquelas. Nada impede, no entanto, que as partes pactuem a respeito de recursos internos criados por elas mesmas a serem interpostos perante o próprio juízo arbitral.

Uma questão que merece análise é o fato do artigo 32 referir-se a casos de nulidade da sentença arbitral, quando na realidade questiona-se serem, os mesmos, casos de verdadeira anulabilidade, já que segundo o artigo 33 da Lei de Arbitragem, decorrido o prazo decadencial de 90 dias sem que a parte prejudicada interponha a ação para anular a sentença, essa passa a ser confirmada²³⁰ (exceção feita às sentenças arbitrais condenatórias, pois em relação as mesmas

²²⁹ Posição diversa, no entanto, é defendida por CARREIRA ALVIM, para quem, nada impede que as partes convençionem que a arbitragem prosseguirá sem a ação de nulidade, estipulando inclusive a possibilidade da cláusula penal para aquela que vier a propô-la. ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 473.

²³⁰ Exceto, obviamente, quando é necessário o reconhecimento da sobrevivência da via declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo, mesmo passado o prazo legal dos 90 dias estipulado pelo art. 33 da Lei de Arbitragem. Como aconteceria, por exemplo, caso as partes tivessem estipulado arbitragem como meio de solucionar

caberá ainda a possibilidade de oposição de embargos, limitados às matérias do artigo 741 do Código de Processo Civil).²³¹

O primeiro caso de nulidade que está previsto no artigo 32 da Lei 9.307/96 é o defeito do compromisso arbitral. Na realidade, apesar do referido artigo só fazer menção ao compromisso, devemos abranger que seria motivo da nulidade da sentença arbitral tanto a nulidade do compromisso quanto a nulidade da cláusula compromissória.²³²

A princípio, seria nulo o compromisso que não contivesse qualquer um dos requisitos constantes do artigo 10 da Lei de Arbitragem, que, como vimos, prevê quais são os requisitos indispensáveis ao mesmo. Sendo nula ainda se seu objeto versar sob matéria que não pode ser objeto de arbitragem (direitos indisponíveis) ou se qualquer um dos compromitentes for incapaz, se o árbitro for parcial, etc.

Pode a sentença arbitral ser nula ou anulável e ainda termos a possibilidade de constituição de nova arbitragem, fundada ainda na mesma cláusula compromissória, quando a nulidade da sentença arbitral se der por outra das razões contidas no mesmo artigo 32.²³³ Outro motivo ensejador da nulidade da sentença arbitral se dá quando a mesma for proferida por quem não podia ser árbitro (artigo 32, inciso II).

um litígio que versasse sobre direitos indisponíveis. Assim sendo, não haveria que se mencionar a decadência do prazo para interpor a ação de anulação, podendo ainda, a qualquer tempo, a decisão arbitral vir a ser atacada. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 317.

²³¹ Tais questões processuais, no entanto, não serão objeto de nosso estudo. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 317.

²³² O mesmo equívoco legislativo não será encontrado por quem vê no compromisso um pressuposto indispensável para a constituição da arbitragem, valendo a cláusula compromissória como compromisso apenas quando ela preenchesse os mesmos requisitos previstos para este, contidos no art. 10 da Lei de Arbitragem.

²³³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 477.

Não poderão atuar como árbitro todos aqueles que se encontrem nas condições previstas para os casos de impedimento e suspeição aplicáveis ao juiz togado estabelecidos nos artigos 134²³⁴ e 135²³⁵ do Código de Processo Civil.

Um dos casos já analisados foi o de que apenas poderia funcionar como árbitro em um litígio, a pessoa física e não jurídica, já que com relação a esta última faltaria o elemento confiança, inerente à nomeação do árbitro, e sendo a função do árbitro personalíssima, o julgamento só poderia ser realizado por uma pessoa física.

A capacidade de ser árbitro deve estar presente desde o momento da instituição da arbitragem (com sua nomeação e aceitação) até a prolação da sentença arbitral. Esta capacidade diz respeito, não só à possibilidade da prática dos atos da vida civil, mas também à necessidade do preenchimento de requisitos especiais, caso as partes os tenham previsto, como, por exemplo, ter conhecimento de uma determinada língua, ser perito numa determinada área, etc.

Poderia ser motivo ensejador da nulidade da sentença arbitral ainda a falta de um dos requisitos essenciais constantes do artigo 26 da Lei de Arbitragem.²³⁶

²³⁴ “Art. 134. É defeso ao juiz exercer suas funções no processo contencioso ou voluntário: I- de que for parte; II- em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como Órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III- que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV- quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V- quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau; VI- quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do n.º IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.”

²³⁵ “Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I- amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II- alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou colateral até o terceiro grau; III- herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de uma das partes; IV- receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar uma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V- interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”

²³⁶ “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I- o relatório, que conterà nomes das partes e um resumo do litígio; II- os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III- o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes foram submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão se for o caso; e IV- a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao

Assim, da mesma forma que a sentença estatal, a sentença arbitral deverá conter requisitos a serem preenchidos pelo árbitro a fim de tornar a mesma válida, seguindo-se, de certa forma, os mesmos requisitos constantes no art. 458²³⁷ do Código de Processo Civil e deixando-se de lado o art. 1095, I, do mesmo diploma legal, revogado pela Lei 9.307/96, que exigia a indicação do compromisso, até por que, podemos ter a hipótese do mesmo não existir no juízo arbitral, permanecendo a cláusula compromissória como mecanismo instituidor da arbitragem.

A sentença arbitral, além de possuir requisitos formais a serem seguidos, deve ser motivada e ser dotada de clareza e precisão.

A sentença, portanto, deverá apresentar um relatório que nada mais é do que senão a exposição abreviada dos fatos alegados pelas partes durante o processo arbitral, bem como as questões que estão sendo submetidas à análise. É através do relatório que estarão identificados os limites do litígio, e esses limites só poderão ser possíveis de serem determinados face à demonstração do árbitro de quais seriam, dentre as razões alegadas pelas partes, aquelas a serem levadas em consideração para a solução do litígio.

A ausência de relatório conduziria à nulidade da sentença, mas essa nulidade não ocorreria, caso fosse o mesmo proferido de forma concisa. Será, por outro lado, tido por inexistente o relatório que obviamente não se referir à causa em análise.

O árbitro deverá, após o relatório, expor os motivos e demonstrar quais questões de fato e de direito serão utilizadas para a solução da lide, ou seja, justificará às partes as razões que lhe conduziram à decisão do litígio.

presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.”

²³⁷ “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I- o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

É por meio da motivação que as partes poderão ter conhecimento da real capacidade do árbitro, já que uma sentença arbitral mal fundamentada, que aponte graves equívocos na apreciação dos fatos ou que revele que não foram levadas em conta as razões apresentadas pelas partes não será sujeita à nulidade, mas gerará para o árbitro uma conseqüência muito ruim à sua performance e carreira.²³⁸

Na motivação é esperado do árbitro, portanto, que ele explique, de forma a não deixar dúvidas como ele chegou à conclusão final que levará ao dispositivo. Caso a sentença apresente lacunas na sua motivação ou caso contenha uma motivação obscura, tornando difícil, ou até mesmo impossível compreender as razões de decidir, a mesma poderá ser levada à apreciação do Poder Judiciário.²³⁹

Por último, a sentença deverá apresentar um dispositivo, vindo após a motivação. A função do dispositivo é apresentar a solução para a demanda que fora levada ao árbitro, mas dentro dos limites que lhe foram outorgados pela convenção de arbitragem.

O dispositivo deve ser bastante claro a fim de que as partes compreendam as obrigações que lhe serão impostas em virtude da solução aplicável ao litígio. A contraditoriedade, a incerteza e a perplexidade resultantes de uma decisão antinômica conduzirão à nulidade da sentença arbitral. Para evitar, nestes casos, que a sentença seja nulificada poderão as partes ingressar com os embargos de declaração, previstos no artigo 30, II da Lei de Arbitragem²⁴⁰.

²³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo um comentário à Lei n. 9307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 295.

²³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. 2004, p. 322.

²⁴⁰ “Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual deveria manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art.29.”

A contradição que poderá levar à nulidade da sentença arbitral, diz respeito ao dispositivo e não à motivação, a contradição presente nesta só seria determinante da nulidade, caso tornasse incompreensíveis as razões de decidir. Caso a contradição venha a ser apresentada entre a motivação e o dispositivo, tornando ininteligível as razões da decisão, anula-se a sentença por verdadeira ausência de motivação, e não por contradição.²⁴¹

O árbitro não poderá julgar *extra petita*, analisando pretensão que não fora trazida à discussão, ou seja, fora da convenção arbitral. O que não ocorre quando o árbitro não aplica a norma invocada pelas partes, aplicando norma diversa ao litígio, já que não estaria o mesmo obrigado a solucionar a controvérsia de acordo com a indicação da norma eleita por aquelas. Não poderá ainda a sentença arbitral ser *ultra petita*, que quer dizer fora dos pedidos formulados pelas partes no juízo arbitral. E ainda, não podendo omitir-se de analisar questões que lhe foram submetidas à apreciação, sob pena de ser considerada, portanto, *citra petita*.²⁴²

Para que o julgamento ultrapasse a demanda não basta apenas que o mesmo seja *extra petita* ou *ultra petita*. Há de se verificar que os limites da lide, assim como os limites do pedido que forem apresentados pelas partes, não se confundem com os limites da convenção de arbitragem. Isso fica demonstrado, por exemplo, na cláusula compromissória, que se poderão apresentar vários limites, a depender das várias possibilidades de lides que por ventura advierem de um só contrato.

Mas, há situações em que, por outro lado, poderá haver coincidência entre tais limites, isso ocorrerá quando, por exemplo, a sentença prolatada tiver como fundamento o compromisso arbitral. Isto ocorre porque, quando estipulado para solucionar uma determinada controvérsia em específico, os limites da controvérsia são confundidos com os limites do próprio compromisso.

²⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo um comentário à Lei n. 9307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 322.

²⁴² CARMONA, Carlos Alberto. 2004, p. 296.

Como os limites da convenção não se confundem com os limites da lide, conforme expusemos anteriormente, a sentença só será passível de nulidade caso a mesma ultrapasse os limites da convenção, segundo o artigo 32 da Lei de Arbitragem, que no momento está sendo analisado.

Seriam, pois, por exemplo, consideradas nulas as sentenças que atentarem contra a vontade das partes, como o desrespeito à escolha do direito aplicável, ao local da arbitragem, o idioma oficial da instância, já que estariam fora dos limites da convenção.

A sentença *extra petita* é nula já que decidiu outro litígio diverso daquele delineado pelas partes por meio do compromisso arbitral, ou seja, fora dos limites do mesmo. Já a sentença *ultra petita* será ineficaz e não nula, apenas na parte em que ela ultrapassar os limites do compromisso, o que resultará na redução do âmbito da decisão, feita pelo próprio árbitro que a prolatou. Nesse caso, portanto, a sentença apenas será considerada parcialmente nula.

Sendo a sentença *citra petita*, ou seja, não decidindo ela todo o litígio, será a mesma nula, não podendo ser complementada pelo Poder Judiciário, pois aí se estaria ferindo a apreciação do litígio apenas pelo árbitro, e a proibição na revisão quanto ao mérito da sentença pelo Poder Judiciário. Poderiam, no entanto, os árbitros serem instados a proferir nova decisão que complemente a anterior.²⁴⁶

²⁴³ VALENÇA FILHO, Clávio Melo. Sentença arbitral inexistente. In: **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002, p. 365.

²⁴⁴ Documento que poderá ser elaborado pelos árbitros que, reunindo-se após a apresentação dos pedidos e respostas pelas partes, reuniria, de forma minuciosa, todos os pontos litigiosos a serem decididos, podendo inclusive servir, este termo de referência, para modificar a convenção de arbitragem realizada anteriormente, ou ainda, para restringir-lhe os limites. VALENÇA FILHO, Clávio Melo. Sentença arbitral inexistente. In: **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002, p. 365.

²⁴⁵ VALENÇA FILHO, Clávio Melo. 2002, p. 365.

²⁴⁶ Diverge Carreira Alvim, para quem a sentença não poderá ser complementada, exceto se a omissão disser respeito a um ponto apenas que deixou de ser decidido pela mesma, cabendo, nesta hipótese, os embargos de declaração. ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Malheiros, 2000, p. 480.

Isto se deve ao fato de que caberá aos árbitros, e somente os mesmos deverão manifestar-se sobre a controvérsia posta a sua análise, não sendo permitido o *non liquet*. Devem pronunciar-se a respeito de todo o pedido formulado, ainda que não tratem de todos os argumentos alegados pelas partes durante o processo arbitral.

Outros motivos que poderão levar ao ataque da sentença arbitral, e que também são ensejadores da ação rescisória contra as sentenças de mérito estatais são a prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro.

Como vimos, ao tratar da responsabilidade do árbitro, estes três tipos previstos no nosso Código Penal quando presentes, além de resultarem na responsabilidade criminal do árbitro, conduzem à nulidade da sentença arbitral.

O fato da Lei de Arbitragem fazer referência a estes tipos penais não resulta na necessidade de ter de se esperar a condenação do árbitro na esfera criminal, para só então, a partir daí, anular a sentença, por entender que, dessa forma, estaria de encontro com o prazo peremptório de nulidade da sentença arbitral, que é de 90 (noventa) dias. Logo, independentemente da apuração daqueles tipos criminais, poderá a parte interessada propor a demanda desconstitutiva da sentença, produzindo, perante a justiça estatal, provas suficientes para demonstrar tais delitos.²⁴⁷

Um outro motivo ainda que poderá levar à nulidade da sentença é o fato da mesma ter sido proferida fora do prazo assinalado pelas partes ou pela lei na omissão daquelas, mas antes da declaração dessa nulidade, as partes deverão notificar o árbitro para que em dez dias possa

²⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo um comentário à Lei n. 9307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p.326.

apresentar a decisão, sob pena do mesmo responder pelos danos causados em consequência de sua desídia.²⁴⁸

O autor da demanda que deseje anular a sentença arbitral, pelo fato dela não ter sido apresentada dentro do prazo que fora estipulado, deverá, na sua inicial, provar esta notificação prévia dos árbitros para proferir a mesma no prazo de 10 (dez) dias. Se por um lado essa notificação é imprescindível para a caracterização da intempestividade da sentença arbitral, por outro lado estará, apenas o notificante, legitimado para a proposição da demanda anulatória da sentença, desde que também o faça dentro do prazo legal.

Temos, no entanto, que analisar o artigo 12, III contrapondo-o com o artigo 23, parágrafo único, ambos da Lei de Arbitragem, porque este permite que as partes possam, de comum acordo entre si e com o árbitro, prorrogar o prazo anteriormente estabelecido por elas ou o estipulado pela lei (de 6 meses), impondo apenas a notificação ao árbitro para a concessão de prazo suplementar.²⁴⁹

A parte que tiver interesse de ingressar com a ação própria de nulidade da sentença arbitral, poderá pleiteá-la perante o Poder Judiciário, caso haja a presença de uma das hipóteses que a Lei de Arbitragem prevê para tal ação. O procedimento a ser aplicado será o comum (ordinário ou sumário), mas, como vimos, depende ainda da verificação quanto à tempestividade, ou seja, deve ser interposta no prazo de 90 (noventa) dias da notificação da sentença, após seu aditamento ou após os 10 dias dados a mais para a prolação da mesma, caso tenha havido o descumprimento do prazo anteriormente assinalado.

²⁴⁸ “Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral: III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro ou presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.”

“Art. 11. Poderá ainda o compromisso conter: III - o prazo para a apresentação da sentença arbitral.”

²⁴⁹ “Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de 6 (seis) meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.”

As partes podem, como vimos, renunciar expressa ou tacitamente o recurso à sentença arbitral, mas isso não se aplicaria quando da existência de um motivo que conduza à anulação da sentença arbitral. Isto quer dizer que, como analisamos, embora a lei brasileira não tenha expressamente se referido à irrenunciabilidade do direito e proposto a demanda anulatória, esta poderá ser extraída do próprio texto constitucional, já que impedir a apreciação estatal dos motivos que geram a nulidade da sentença arbitral seria o mesmo que impedir a análise do Poder Judiciário de lesão a direitos, o que terminaria também por retirar do Estado todo e qualquer controle sobre a atividade dos árbitros.

A função da ação de anulação da sentença arbitral é não só a de tornar sem efeito a mesma, mas ainda de reencaminhá-la ao árbitro, para que ele profira um novo julgamento, nas hipóteses trazidas pelos incisos III, IV e V do artigo 32 da Lei 9.307/96. Entretanto, nestes casos, como a lei não previu o novo prazo para que seja proferido nova sentença, entende-se que caberá ao juiz promover um acordo entre as partes e o árbitro a fim de se estabelecer a data máxima para a prolação da mesma que venha a sanar, nos casos apontados por aqueles incisos os erros formais que viciaram a mesma.

Se a anulação da sentença arbitral se der por um dos motivos expressos nos incisos III, IV e V, não haverá transmissão da apreciação da demanda ao Poder Judiciário, não podendo o juiz togado passar ao exame da causa. Caso a nulidade afete apenas a sentença arbitral e não a convenção arbitral, caberá ao árbitro ainda a competência de decidir o litígio, proferindo nova sentença. Mas se a nulidade for resultado dos demais incisos, a competência para solucionar o conflito será do juiz estatal.

Se a nulidade afetar a convenção de arbitragem ou a estrutura do juízo arbitral (confiança dos árbitros, parcialidade, etc) isso poderá ser motivo de extinção da arbitragem, podendo a parte interessada propor a demanda judicial cabível.²⁵⁰

Um problema a ser enfrentado, no que tange à sentença arbitral, é a possibilidade ou não da nulidade ser reconhecida apenas parcialmente, apesar da Lei da Arbitragem não fazer referência a esse respeito. Tem-se entendido que, se for possível cindir a sentença arbitral, ela será anulada apenas na parte que contiver o vício, permanecendo íntegro o restante da sentença que não contiver referido problema (isto é possível de ocorrer nas sentenças *ultra petita*, por exemplo).²⁵¹

Não proposta a ação de nulidade no prazo legal, teria o vencido ainda ao seu dispor, caso a sentença arbitral fosse condenatória e, havendo a execução, impugná-la por meio da interposição dos embargos do devedor, mas apenas alegando alguma das matérias trazidas pelo artigo 741 do Código de Processo Civil.²⁵²

²⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo um comentário à Lei n. 9307/96**. São Paulo: Atlas, 2004, p.339.

²⁵¹ CARMONA, Carlos Alberto. 2004, p.340.

²⁵² Aqui não se somam os motivos do artigo 32 da Lei de Arbitragem com os apresentados pelo artigo 741 do Código de Processo civil, estes somente podem ser invocados no processo de execução de sentença arbitral condenatória, através de embargos do devedor. Entretanto, interpondo o vencido, os embargos do devedor, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da notificação da sentença arbitral (portanto, dentro do prazo da ação de nulidade), ter-se-ia uma exceção àquela regra exposta acima da não cumulação de motivos do artigo 32 da Lei 9.307 com os do artigo 741 do Código de Processo Civil, possibilitando o embargante nos autos dos embargos alegar os motivos de nulidade juntamente com os dos embargos do devedor. Mas, por tratar-se de questão exclusivamente processual, não vamos tecer maiores comentários a respeito dos embargos ao devedor no nosso trabalho, desejando apenas esclarecer que além da ação de nulidade da sentença arbitral, até 90 (noventa) dias da notificação da sentença arbitral que lhe for desfavorável, pode o vencido ainda opor, após aqueles 90 (noventa) dias, outra ação, a de embargos do devedor. E, será através destes dois mecanismos de ataque da sentença arbitral que estará o Estado realizando seu controle sobre a atividade do árbitro e conseqüentemente sobre o procedimento arbitral.

CAPÍTULO 6

Capítulo 6 - Discussão e Estudo de casos; 6.1 Teka vs. Aiglon; 6.2 M B V Commercial and Export Management Establishment vs. Resil Indústria e Comércio Ltda

6- DISCUSSÃO E ESTUDO DE CASOS

Neste capítulo, que se destina a estudo de casos, iremos verificar como está se posicionando o Supremo Tribunal Federal a respeito da aplicabilidade da arbitragem no território brasileiro. Faremos isso através da análise de litígios que tenham sido solucionados após a Lei 9.307/96, haja vista a enorme alteração trazida pela mesma, no que tange à regulamentação da arbitragem nacional.

Na realidade, não vamos aqui discorrer sobre a sentença arbitral estrangeira, mas, mesmo não sendo a sentença arbitral estrangeira e seus requisitos de admissibilidade e suas condições de validade objetos de nosso trabalho, verificaremos como a referida sentença homologada pelo Supremo Tribunal Federal, passa a ter aplicação e executoriedade no Brasil. Iremos, então, nos ater ao estudo de duas decisões, que foram escolhidas dentre as mais discutidas pela doutrina acerca do tema arbitragem, por terem sido as responsáveis por trazer ao cenário do ordenamento jurídico pátrio questões relevantes quanto à aplicação prática da arbitragem, como, por exemplo, a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 9.307/96 .

Será interessante a análise destes casos, pois poderemos ver na prática a verificação concreta de todos os conceitos doutrinários e dogmáticos que foram trazidos no decurso da discussão sobre o tema da arbitragem nos contratos.

Num primeiro momento, será estudado um caso clássico que é o pedido da Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira interposto pela empresa Aiglon Dublin Limited (empresa

irlandesa) contra a empresa Teka (Teka Tecelagem Kuenrich S/A) e no segundo será analisado um Agravo Regimental interposto na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira pela M B V Commercial and Export Managment Establishment contra a Resil Indústria e comércio Ltda.

6.1 Teka vs. Aiglon

Não poderíamos deixar de trazer à análise um dos casos mais clássicos a respeito da arbitragem, que confirmou a constitucionalidade da lei arbitral e reafirmou a desnecessidade da homologação do laudo arbitral que é o caso Teka vs Aiglon.

No âmbito nacional, o Plenário do STF concedeu o *exequatur*, em 1º de dezembro de 1999, através da homologação de sentença estrangeira contestada nº 5874-1²⁵³, proveniente do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte.

A requerente Aiglon Dublin Limited, empresa irlandesa, ingressou no STF com o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, que havia sido proferida pelo Reino Unido. Por outro lado, a empresa brasileira Teka Tecelagem Kuenrich S/A contestou o pedido da parte autora alegando: ausência de caução, ausência de contrato e cláusula compromissória e nulidade do laudo pelo desrespeito ao contraditório e ampla defesa, nulidade da cláusula compromissória, bem como a abusividade de cláusulas frente ao “consumidor” de algodão.²⁵⁴

O ministro relator Maurício Corrêa afastou todas as teses da defesa, homologando a sentença arbitral estrangeira a fim de condená-la ao pagamento das despesas devidas. Assim foi a Ementa e o Acórdão:

²⁵³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Sentença estrangeira contestada 5847- 1, publicação DJ 17-12-99, PP 00004, Ementa Vol-01976-02, PP 000236. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

²⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka Vs. Aiglon em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, nº. 30, p. 221-239, outubro/dezembro, 2000.

Ementa: HOMOLOGAÇÃO DE LAUDO ARBITRAL ESTRANGEIRO. REQUISITOS FORMAIS: COMPROVAÇÃO. CAUÇÃO: DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI 9.307/96. CONTRATO DE ADESÃO: INEXISTÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS. INAPLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Hipótese em que restaram comprovados os requisitos formais para a homologação (RISTF, art. 217).

2. O Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a caução em homologação de sentença estrangeira (SE no. 3.407, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, DJ de 07.12.84).

3. As disposições processuais da Lei no. 9.307/96 têm incidência imediata nos casos pendentes de julgamento (RE no. 91.839/GO, RAFAEL MAYER, DJ de 15.05.81).

4. Não é contrato de adesão aquele em que as cláusulas são modificáveis por acordo das partes.

5. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu artigo 2º, aplica-se somente à “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Pedido de homologação deferido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de homologação, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.²⁵⁵

Tratava-se de um contrato de compra e venda, cuja controvérsia a respeito do mesmo fora solucionada por meio da arbitragem. A arbitragem seguiu as regras da Liverpool Cotton Association Limited e apresentava como partes as empresas Aiglon Dublin Limited (Aiglon) e a Teka Tecelagem Kuenrich S/A (Teka).

A sentença condenara a empresa Teka a efetuar à outra parte (Aiglon) o pagamento de determinada quantia em dinheiro, correspondente à diferença do preço de aquisição de mercadoria, estipulado na época da assinatura do contrato de compra e venda, e nos termos de sua rescisão, acrescida de juros.

Apesar da empresa Teka ter recorrido da decisão, em virtude do seu próprio comportamento, reconheceu-se a validade da cláusula compromissória. Isso porque, apesar de não se manifestar a respeito da indicação do árbitro, na sua réplica, a empresa Aiglon demonstrou

²⁵⁵BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Sentença estrangeira contestada 5847- 1, publicação DJ 17-12-99, PP 00004, Ementa Vol-01976-02, PP 000236. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

que a empresa ré atendeu à solicitação do Tribunal Arbitral de Liverpool Cotton Association LTD, apresentando as provas que lhe foram solicitadas.²⁵⁶

A empresa Aiglon, por seu turno, nos autos do processo que tramitou no Supremo Tribunal Federal em que se questionava a real existência da avença, desejando a obtenção da homologação da sentença estrangeira, juntou cópias do contrato, guias de importação, correspondências trocadas pelas partes e comprovante de recebimento da mercadoria. Como consequência dessa juntada de documentos, o Ministério Público Federal requereu a aplicação do art. 18 do CPC à empresa Teka, por litigância de má-fé.²⁵⁷

Na sua réplica alegou ainda a empresa autora que a sentença arbitral, pela Lei 9.307/96 constitui título executivo judicial e que a empresa Teka não poderia invocar o Código de Defesa do Consumidor, por não ser ela destinatária final do produto, mas sim sociedade mercantil.

Na análise do voto do Ministro Relator, verificar-se-á que o mesmo se concentrou na revisão dos artigos 6º, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem, que outrora teriam sido considerados inconstitucionais e na conclusão de que a empresa brasileira não poderia ser considerada consumidora, e ter o benefício da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, já que para o exercício da sua atividade profissional de tecelagem utilizava o produto que havia sido adquirido pela empresa autora (algodão), desconfigurando-se assim a relação de consumo, por não se tratar de destinatária final.²⁵⁸

Em seu voto, o Ministro Relator Maurício Corrêa analisa o voto do Ministro Sepúlveda Pertence na apreciação do Agravo Regimental em sede de homologação de Sentença Estrangeira

²⁵⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002, p. 197.

²⁵⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. 2002, p. 197.

²⁵⁸ Abordaremos apenas as questões atinentes à arbitragem, deixando de lado os aspectos consumeristas, por não ser os mesmos objetos de nosso trabalho.

n.º. 5.206²⁵⁹, com a finalidade de demonstrar que discorda do Ministro Sepúlveda Pertence ao esclarecer que é livre às partes a estipulação no contrato, que verse sobre direitos disponíveis, de cláusula compromissória e que a parte contratante que descumprir a submissão do litígio ao juízo arbitral, proclamada por aquela cláusula, poderá ser chamada pelo Poder Judiciário, através de pedido da outra parte, para ser compelida a firmar o compromisso arbitral.

Essa submissão compulsória, esclarece o Ministro Relator Maurício Corrêa, não seria inconstitucional como teria afirmado o Ministro Sepúlveda Pertence.²⁶⁰

O Ministro Sepúlveda Pertence argumentava, na ocasião de seu julgamento, sobre o agravo regimental referido pelo Ministro Maurício Corrêa, que a inconstitucionalidade do juízo arbitral estaria justificada pela renunciabilidade do exercício do direito de ação. Renúncia esta que, para aquele ministro, só seria possível no momento posterior em que a controvérsia tivesse sido posta à análise do Poder Judiciário, o que não aconteceria na arbitragem, já que a renúncia à submissão da análise pelo Poder Judiciário era anterior à propositura da ação.²⁶¹

Por outro lado, esclareceu ainda o Ministro Maurício Corrêa, apesar de a cláusula compromissória, de fato, referir-se a um litígio de forma genérica (pois ela é estipulada quando o contrato ainda não foi descumprido e nenhuma lide foi consolidada), o contrato serviria como um contorno, já que a arbitragem teria que se referir a seus limites específicos.

O fato de a cláusula compromissória referir-se a uma lide de forma genérica não seria inconstitucional, já que o próprio Código Civil autoriza que o objeto do contrato não seja

²⁵⁹ Esta decisão também será estudada por nós, logo em seguida, por ter sido através dela que o Supremo Tribunal Federal consagrou definitivamente a constitucionalidade da arbitragem.

²⁶⁰ O Ministro Sepúlveda Pertence argumenta que a inconstitucionalidade deve-se, neste caso, ao fato de que “...o Poder Judiciário não poderia impor opção em nome da parte recalcitrante, regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar.” BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Sentença estrangeira contestada 5847- 1, publicação DJ 17-12-99, PP 00004, Ementa Vol-01976-02, PP 000236. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

²⁶¹ TIBURCIO, Carmem. A lei de arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu artigo. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 218: I-VI, p.175- 195, outubro/dezembro, 1999.

determinado, mas determinável, sendo, pois, bilateral e representativa da vontade das partes. O juiz estatal, ao ser instado a convocar a parte recalcitrante para firmar o compromisso arbitral, deveria apurar se a controvérsia que se deseja ser submetida à apreciação da arbitragem é ou não abrangida pelas hipóteses em que pode existir a cláusula compromissória e se esta encontra-se inserida no contrato. Nesse caso, a sentença estatal valerá como compromisso arbitral. Ou seja, a cláusula compromissória, como foi visto anteriormente, possui uma ação de execução específica para fazer valer o que nela estiver contido (artigo 7º da Lei de Arbitragem).

A aplicação da arbitragem, por outro lado, não afastaria a análise do Poder Judiciário da apreciação da controvérsia, já que ainda caberia às partes o direito à interposição dos pedidos de nulidade do juízo arbitral. Só seria, portanto, no entendimento do Ministro Mauricio Corrêa, inconstitucional negar à parte interessada acesso ao Judiciário para pedir proteção ao seu direito.²⁶²

Com relação ao artigo 41 da Lei de Arbitragem, expõe o Ministro Relator Mauricio Corrêa que o mesmo serviu para substituir a expressão contida nos artigos 267, VII e 301, IX do Código de Processo Civil de “compromisso arbitral” para “convenção de arbitragem”, já que esta última expressão seria mais apropriada pelo fato de abranger tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. Devendo-se considerar extinto o processo, sem julgamento do

²⁶² Para defender seu posicionamento citou renomados doutrinadores como: Antônio Junqueira de Azevedo. Esclarecendo a possibilidade de haver contratos em que o objeto seja indeterminado, a exemplo do que ocorre com as obrigações de dar coisa incerta e as obrigações alternativas. (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Arbitragem e o Direito do Consumidor*. In: **Temas atuais de Direito**. São Paulo: LTR, p. 153/154); Carlos Alberto Carmona, para quem é necessário que, para a instituição da arbitragem, a vontade das partes de afastar a apreciação do litígio pelo Poder Judiciário precisa estar clara, e que, mesmo sendo o objeto da arbitragem apenas determinável no momento da celebração da cláusula compromissória, caberá ao juiz estatal, existindo referida cláusula e havendo resistência de uma das partes contratantes, fazer cumprir a vontade das partes no momento da celebração do contrato, que é a instituição da arbitragem (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo, um comentário à Lei 9.307/96**. Belo Horizonte: Malheiros, p. 103); Joel Dias Figueira Júnior. Para quem não haveria inconstitucionalidade na arbitragem e que a mesma não ofenderia o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois o juiz apenas instituirá compulsoriamente a arbitragem ante a presença de cláusula arbitral firmada pelas partes contratantes, sendo esta cláusula um pressuposto para a instauração da arbitragem (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução, análise crítica da Lei 9.307/96**. São Paulo: RT, p.167).

mérito, caso as partes durante o julgamento da ação judicial optarem por solucionar o conflito mediante a instauração do juízo arbitral. Esclarecendo que os artigos 41 e 42 da Lei de Arbitragem não seriam inconstitucionais, porque o juiz estatal, por meio da execução da cláusula compromissória, não estaria substituindo a vontade das partes, mas sim concretizando-a.

Afastada, inicialmente, a tão controversa questão da inconstitucionalidade, para enfim declarar constitucional os referidos artigos da Lei de Arbitragem, passou o Ministro Relator Maurício Corrêa a analisar o objeto do pedido que seria a homologação da sentença estrangeira contestada.

Para a análise do objeto do pedido esclareceu de imediato o Ministro, cumprindo as determinações da Lei de Arbitragem, que não caberia àquela corte suprema a análise do mérito do litígio já decidido por meio da sentença arbitral, mas tão somente a verificação do preenchimento de seus requisitos formais, a fim de que a mesma pudesse vir a funcionar como título executivo judicial, nos termos dos artigos 35, 38 e 39 da Lei de Arbitragem e nos termos dos artigos 215 a 224 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao pedido de nulidade do processo, por ausência de caução, demonstrou o Ministro relator que o Supremo Tribunal Federal já firmara entendimento de que para homologação de sentença estrangeira tal requisito é dispensável.

Quanto ao pedido de nulidade da sentença arbitral, por não existir um contrato celebrado entre as partes, inexistindo, pois, a cláusula compromissória, considerou o Relator, a afirmação contrária à realidade trazida pelos autos do processo de pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira, já que o referido contrato fora juntado pela parte autora, devidamente assinado e traduzido, constando inclusive neste a instituição arbitral previamente eleita pelas partes para a solução de possível controvérsia que pudesse advir em decorrência do descumprimento do mesmo, estando, portanto, mais que configurada esta cláusula como

compromissória e, descreveu, pois, no seu voto o trecho do contrato que fazia, pois, menção à referida cláusula.

As partes declaram conhecer e respeitar, obrigando-se desde já a aceitarem a instalação de instauração (sic) do Juízo Arbitral, na forma do capítulo VIII dos Estatutos da Bolsa de Mercadorias e Futuros (...) REGRAS DE ARBITRAGEM da The Liverpool Cotton Association Ltd²⁶³

Em decorrência deste fato, suscitou o Ministério Público Federal a preliminar pedindo que a empresa Teka fosse condenada por litigância de má-fé, pedido este, que não fora reconhecido pelo Ministro Relator, “tendo em vista a natureza da questão objeto do pedido, além das teses opostas pela defesa e relativas ao mérito da própria homologação”.²⁶⁴

Quanto à alegação de que haviam sido violados os princípios da ampla defesa e do contraditório, foram os mesmo rejeitados, já que ficou demonstrado, através de prova documental, que a Liverpool Cotton Association expedira, sem nenhum êxito, várias notificações à empresa Teka, requerendo da mesma a indicação de árbitro e a apresentação de sua defesa. Não logrando êxito nos seus requerimentos, designou àquela instância arbitral, eleita pelas partes no contrato, um árbitro compulsório requerendo da Teka a remessa de documentos necessários à instauração do procedimento arbitral. Esta, por sua vez, juntou, aos autos do procedimento arbitral, documentos ilegíveis. Em momento posterior, pronunciou-se a empresa Teka requerendo a substituição dos árbitros mas, mesmo assim, teve como resultado a prolação de sentença arbitral que lhe fora desfavorável, condenando-a ao pagamento do montante devido e reconhecido à empresa Aiglon.

²⁶³ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Sentença estrangeira contestada 5847- 1, publicação DJ 17-12-99, PP 00004, Ementa Vol-01976-02, PP- 00236, fls. 221/222.. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

²⁶⁴ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Sentença estrangeira contestada 5847- 1, publicação DJ 17-12-99, PP 00004, Ementa Vol-01976-02, PP- 00236, fls. 251..Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

Contra a decisão da sentença arbitral estrangeira, recorreu a Teka, mas, por tê-lo feito fora do prazo, foi dito recurso tido como deserto, transitando em julgado a sentença.

Reconheceu ainda o Ministro Maurício Corrêa a desnecessidade da dupla homologação, alegada como imprescindível pela empresa Teka, já que o pedido de homologação fora protocolado após a vigência da Lei 9.307/96, tornando esta lei a sentença arbitral equivalente a título executivo judicial. A mesma independeria de homologação, apenas necessitando de homologação do Supremo Tribuna Federal, por se tratar de sentença estrangeira. Sendo, também, aquela lei norma de direito processual teria, pois, incidência imediata em todos os casos pendentes de julgamento.

Quanto à alegação da requerida de que o contrato que fora celebrado entre as partes seria de adesão, e por isso sua defesa de que a cláusula compromissória para ser válida deveria vir em negrito, sob pena de nulidade, como prescreve o artigo 4º, § 2º da Lei 9.307/96, apesar de se tratar de questão atinente ao mérito e, a princípio insuscetível de apreciação pelo Judiciário, no seu voto o Ministro Maurício Corrêa esclareceu que, em virtude da empresa vendedora (requerente) ter sido livremente escolhida pela Teka (requerida), mesmo diante da existência de tantas outras que ofereciam o mesmo produto que estava sendo adquirido (algodão), diante do fato de que as partes livremente estipularam questões relativas à pesagem, entrega, seguro, frete e inclusive às regras da arbitragem, prevendo a possibilidade de modificação dessas questões, mediante entendimento prévio entre elas, desconfiguraria o dito contrato como de adesão.

Por outro lado, não haveria a possibilidade da anulação da sentença, em virtude da não aplicação, para a resolução do conflito, das normas do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque a relação que fora travada através do contrato celebrado não poderia ser considerada uma relação de consumo, já que a Teka não figurava no mesmo como consumidora final (requisito

necessário exigido pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor para a caracterização como consumidor), uma vez que utilizava o produto que estava sendo adquirido como insumo.

Por tudo isso que fora exposto, julgou o Ministro Maurício Corrêa, Relator da homologação da Sentença Arbitral Estrangeira, contestada, tendo em vista o cumprimento dos requisitos dos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem assim como os artigos 215 a 224 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o pedido de homologação procedente. O objetivo seria que se fizesse aplicar a sentença em nosso território para que a mesma pudesse aqui produzir todos os efeitos, condenando a requerida (Teka) a pagar o montante da condenação e mais as custas do processo e honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

Logo em seguida pronunciou-se o Ministro Sepúlveda Pertence que, quanto à inconstitucionalidade defendida por ele no Agravo Regimental na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira contestada de nº. 5206, suscitada e discutida contrariamente pelo Ministro Maurício Corrêa, nos autos da homologação de sentença estrangeira que estamos a discutir, dizendo prefer não se manifestar, sob dois argumentos. O primeiro de que deixaria para discutir a inconstitucionalidade mencionada pelo Ministro Maurício Corrêa a respeito dos artigos da Lei de Arbitragem (art. 6º, 7º e 41) quando daquele julgamento; segundo porque o tema da inconstitucionalidade defendido por ele se justificaria na presença da execução compulsória da cláusula compromissória, podendo o juiz, por meio de decisão judicial, forçar a parte recalcitrante a submeter-se à arbitragem não constituída, e este não era o caso que estariam a discutir na presente ação analisada, já que houve o comparecimento da requerida inexistindo, portanto, situação que justificasse a execução compulsória como também inexistindo situação que justificasse o debate da inconstitucionalidade.

Por outro lado, levantou o Ministro Sepúlveda Pertence outra indagação quanto à necessidade ou não da homologação judicial na sua origem para que ela tivesse o seu reconhecimento pelo foro brasileiro.

Esta questão deve-se ao fato de ter sido requerida pela empresa Teka a nulidade da sentença arbitral estrangeira, alegando que não fora respeitada a necessidade de dupla homologação da sentença arbitral, o que quer dizer que deveria a mesma, além de ser homologada pelo Brasil, por se tratar de sentença arbitral estrangeira, também ser homologada pelo Poder Judiciário do país em que a mesma fora prolatada. Quanto a esta questão, esclareceu o Ministro Sepúlveda Pertence que, com a nova redação trazida pela Lei de Arbitragem, a sentença arbitral não precisa, para ter eficácia de título executivo judicial, de homologação no país em que a mesma fora proferida, é assim que o ordenamento jurídico brasileiro entende, por meio do art. 31 da Lei 9.307/96.

A validade da sentença arbitral estaria condicionada à disponibilidade da pretensão material questionada e na livre manifestação de vontade das partes em excluírem a lide da apreciação do Poder Judiciário submetendo-a, pois, à apreciação de um árbitro, mas em momento algum a nova Lei quis condicionar a exeqüibilidade da sentença arbitral à homologação do Poder Judiciário, pelo contrário, esta foi uma das inovações trazidas pela Lei 9.307/96.

Por meio da completa semelhança empregada pelo ordenamento jurídico brasileiro entre a sentença arbitral e a estatal já se verificaria a desnecessidade de que a sentença arbitral estrangeira tivesse sua homologação também no seu país de origem, se o Brasil dispensa essa homologação interna, como exigir a homologação interna da sentença de outro país? Em resposta à desnecessidade de dupla homologação esclarece ainda o artigo 35 da Lei de Arbitragem que, para ser a sentença arbitral estrangeira reconhecida ou executada no Brasil, ela necessita unicamente ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A ausência do requisito da homologação, esclarece ainda o Ministro Sepúlveda Pertence, por outro lado não dispensa as partes da necessária observância às normas que a Lei 9.307/96 prescreve para o processo arbitral (artigo 21), nem mesmo a observância dos princípios inerentes ao procedimento comum como os do contraditório, ampla defesa, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro, seu livre convencimento, etc.

Estando ainda o Poder Judiciário presente no controle das sentenças arbitrais, no momento em que ele irá decidir quanto à nulidade ou não das mesmas. Portanto, mesmo deixando de existir a homologação prévia, continuaria a existir a ação de anulação a ser realizada através da atuação do Estado, por meio de ação específica em procedimento ordinário, e, havendo ação de execução, por meio de embargos do devedor, nos moldes do artigo 741 do Código de Processo Civil.

Após estes breves relatos, decidiu o Ministro Sepúlveda Pertence seguir o voto do Ministro Relator Maurício Corrêa.

O Ministro Nelson Jobim pediu vistas e, concordando com os votos já proferidos pelos Ministros Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence, votou pela homologação, já que a discussão quanto à constitucionalidade ou não dos artigos que fora argumentada pelo Ministro Relator e não foi discutida neste caso pelo Ministro Sepúlveda Pertence (cuja tese de inconstitucionalidade é defensor) não afetava o processo de homologação da sentença arbitral estrangeira que estava sob análise.

Invocou, pois, o STF não apenas o princípio da boa-fé para a decisão, mas também que a parte recalcitrante, em virtude de comportamento posterior ao estabelecimento da arbitragem, aceitará a mesma reconhecendo-a, pois, como válida.

Assim, o julgamento foi decidido por unanimidade, deferindo-se o pedido de homologação nos termos do voto do Sr. Ministro Relator Maurício Corrêa.

Sendo assim, numa decisão importante do Supremo Tribunal Federal, pôde-se verificar aplicações do estudo anteriormente realizado acerca da arbitragem, no que diz respeito à ausência da necessidade de dupla homologação da sentença arbitral estrangeira, o reconhecimento da sua aplicação como título executivo judicial, assim como a confirmação da possibilidade de haver a execução específica da cláusula compromissória.

Nessa decisão que foi analisada, pôde-se constatar que, por meio da celebração de uma cláusula compromissória em que as partes elegeram previamente a instituição arbitral perante a qual desejariam submeter à apreciação do seu litígio (cláusula compromissória cheia) que poderia, de plano, ser deferido à análise arbitral, não podendo uma das partes a seu critério alegar posteriormente que tal cláusula seria nula, caso houvesse concordado expressamente com a mesma. E em relação ao presente caso, foi afastada a tese de se tratar o contrato celebrado pelas partes como de adesão, pelo fato de a empresa Teka, na realidade, utilizar-se do material adquirido (algodão) como insumo, sendo, pois, plenamente válida a cláusula compromissória, razão pela qual houve a homologação da sentença proferida pela instituição arbitral eleita pelas partes pelo Supremo Tribunal Federal.

6.2 M B V Commercial and Export Management Establishment vs. Resil Indústria e Comércio Ltda.

A segunda decisão trazida a estudo neste trabalho tem uma relevância muito grande à concretização da Lei de Arbitragem, pois foi através dela que se discutiu, a nível de Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, a questão da constitucionalidade dos artigos 6º, 7º e 41 da Lei 9.307/96.

Trata-se de um Agravo Regimental em uma Sentença Estrangeira interposto pela M B V Commercial and Export Management Establishment.

A M B V Commercial and Export Management Establishment, com sede em Genebra, requereu, perante o Supremo Tribunal Federal a homologação da Sentença Arbitral Estrangeira, proferida pelo Advogado espanhol (árbitro), Juan Escudero Claramunt, em desfavor da requerente Resil Indústria e Comércio Ltda, empresa brasileira.

O ministério Público Federal, nos autos da homologação da sentença, opinou pelo indeferimento do pedido baseando-se em um outro julgado do Supremo Tribunal Federal (SE nº. 4.724-4 em 27-04-94) em que demonstrava ser necessário para a homologação no Brasil de sentença arbitral estrangeira que a mesma fosse homologada primeiramente no país em que ela fora prolatada.

A partir do opinamento do Ministério Público Federal, decidiu o Ministro Sepúlveda Pertence pelo indeferimento do pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira, de cuja decisão resultou o agravo regimental.

O motivo do agravo regimental deu-se pelo fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado, anteriormente, em outra decisão (SE 2.468) que restando demonstrado que a legislação do país estrangeiro, lugar onde o laudo arbitral tiver sido proferido, não prevê ou não veda a homologação, estaria, por conseguinte, também dispensados pelo Pretório Excelso brasileiro aqueles requisitos.

Com relação ao Agravo Regimental na Sentença Arbitral Estrangeira de nº. 5.206-7 Reino da Espanha, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, decisão esta que passaremos logo após a analisar:

Ementa: 1. Sentença estrangeira: Laudo arbitral que dirimiu conflito entre as 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 Lei 9.307/96, de 23.09.96, 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. 39).

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 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 e 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).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em prover o agravo para homologar a sentença arbitral, e, por maioria, declarar constitucional a L. 9.307/96, de 23.09.96, vencidos, em parte, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º; do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267,

incisos VII e ao artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos do referido diploma legal.²⁶⁵

O agravo regimental que fora interposto pela requerente, em relação ao indeferimento do pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira deve-se, pois, à demonstrada contraditoriedade entre julgados proferidos por aquele Supremo Tribunal Federal, depois da entrada em vigor da Lei 9.307/96 que trazia nova disciplina à arbitragem.

Em seu voto, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence esclareceu que a Lei de Arbitragem trouxe duas alterações relevantes ao art. 1.072 do Código de Processo Civil, primeiro permitiu a possibilidade de execução específica da obrigação de firmar compromisso arbitral, objeto de cláusula compromissória, através de provimento judicial que, em caso de não cumprimento da instituição arbitral por uma das partes, substituiria a manifestação de vontade da parte recalcitrante. Em segundo lugar, equiparou, no plano do direito interno, os efeitos da sentença arbitral aos da sentença judicial, declarando-a título executivo judicial e, com isso, desconsiderou a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário para que a mesma pudesse ser aplicada, apesar dessas inovações não resultarem na abstenção de controle da mesma pelo Judiciário, já que a ação de nulidade da sentença arbitral, ainda seria de competência estatal.

Estas duas inovações já trariam, por si sós, a conseqüência de autorizar a homologação da sentença arbitral estrangeiro pelo Brasil, sem a necessidade de sua prévia homologação pela Justiça do país estrangeiro em que a mesma fora prolatada.

A sentença arbitral estrangeira, mesmo não tendo sido homologada pelo país estrangeiro que foi prolatada, por si só não era suficiente para negar sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, como também não se encontrava dentro de nenhuma das hipóteses previstas para a

²⁶⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha: D.J. 30.04.2004, Ementário nº 2149-6. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

denegação de sua homologação por aquela Corte, inseridas na Lei de Arbitragem, artigos 38 e 39. Tendo a sentença arbitral limitado-se ao julgamento de direitos patrimoniais inquestionavelmente disponíveis: a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior, apresentando-se a requerida ao processo, firmado o compromisso e prestado anuência ao pedido de homologação, deu o Ministro Relator Sepúlveda Pertence provimento ao agravo regimental, o que resultou na homologação da sentença arbitral estrangeira para que pudesse valer em território brasileiro como título executivo judicial.

Entretanto, por ocasião de seu voto, o Ministro Moreira Alves, solicitou que o julgamento fosse convertido em diligência. A finalidade dessa proposta de diligência era que o Ministério Público Federal fosse ouvido e opinasse a respeito da contrariedade ou não da Lei de Arbitragem ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, já que a questão envolveria renúncia a direito fundamental, que a princípio seria irrenunciável pela sua própria natureza. Dessa forma, propôs a remessa dos autos à Procuradoria - Geral da República, para o exame da possibilidade do incidente de inconstitucionalidade da Lei 9.307/96.

Pedido esse de diligência que foi atendido por unanimidade pelos demais ministros e, após o voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence que dava provimento ao agravo regimental que homologava a sentença arbitral, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal a fim de que o mesmo opinasse quanto à constitucionalidade da Lei 9.307/96 e seus reflexos quanto à homologabilidade da sentença no caso concreto, nos termos do artigo 176 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Em razão de novo voto, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, em seu relatório complementar, expôs que entendia como constitucional a Lei de Arbitragem já que se as partes poderiam resolver o litígio por si sós, como no caso da transação, por que as mesmas não confiariam a um terceiro, eleito por elas, a resolução da lide? E ainda, quando se fala do princípio

da inafastabilidade do Poder Judiciário na resolução de uma disputa, não quer o mesmo dizer que todas as lides devem ser levadas à solução via processo judicial, mas que as partes, querendo, têm a faculdade de assim proceder. E, estando a requerida disposta a concordar com o conteúdo da sentença estrangeira, a fim de honrar com sua idoneidade comercial internacional, já que não cumprira a sentença arbitral estrangeira, mas que estava disposta a fazê-lo após sua homologação, por estas razões se pronunciou o Ministro Sepúlveda Pertence no sentido da homologação da mesma e, portanto, no sentido de dar provimento ao agravo regimental interposto.

Por ocasião de seu segundo voto, esclareceu o ministro, que apesar das partes não terem formulado um contrato escrito e com isso não haver, a existência de uma cláusula compromissória que embasasse a arbitragem, mas havendo a existência de um compromisso, configurado como um contrato arbitral em que as partes identificavam a controvérsia a ser dirimida, elegeram as mesmas um árbitro único e expressaram a aceitação de solucionar a questão através da aplicação do direito espanhol.

Com relação à constitucionalidade quanto à possibilidade de execução específica de compromisso arbitral, afirmou, em seu voto, o ministro relator que não se constituiria questão prejudicial à homologação da sentença arbitral estrangeira. Entretanto, por já ser de entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº. 20.505, em 30.10.85, Lex 59/90, que teve por Relator o Ministro Néri da Silveira, acolhendo uma questão de ordem, declarou e reconheceu o então Presidente Ministro Moreira Alves a obrigatoriedade de que, uma vez suscitada incidentalmente a questão de inconstitucionalidade de lei pertinente aos autos que estivessem sob julgamento, a Corte não poderia deixar de apreciá-la, mesmo que tal questão não fosse essencial à solução do caso concreto. Sendo assim, passou, portanto à análise da constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Demonstrou, em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence que a arbitragem está prevista desde as Ordenações Filipinas, passando à Constituição do Império, no Código Comercial de 1850, no Regulamento 737 (que regulou seu procedimento, abolindo a arbitragem obrigatória, mantendo a arbitragem voluntária), mantida a arbitragem voluntária pelo Decreto 3.900, de 1867, acolhendo-a também o Código Civil de 1916 (artigos. 1037 a 1048) e os Códigos de Processo Civil de 1939 e o de 1973.

A questão quanto à discussão da constitucionalidade teria ganho relevo a partir de 1946, quando a Constituição determinou, como garantia expressa, que nenhuma lesão a direito poderia ser subtraída pela lei à apreciação do Poder Judiciário.

Mas, sendo a arbitragem um instituto utilizado apenas por partes que tenham plena capacidade para transigir, sendo a controvérsia gerada com base em direitos patrimoniais disponíveis e tendo sido autorizada pelo próprio Estado, a solução do litígio por meio da transação, argumenta o ministro: por que não resolver a controvérsia por meio da arbitragem?

A precaução, no entanto, que deve ser tomada é no sentido de que não haja a imposição abusiva da arbitragem, ou seja, deve-se ter em mente o cuidado para que, em nome da liberdade contratual, não se imponha, na realidade, o poder da parte economicamente mais forte, no sentido desta ser a quem predetermine as regras instituidoras da arbitragem.

O que não é permitido é a vedação de se socorrer ao judiciário, mas quando as partes, por livre e espontânea vontade, firmam o compromisso, subentende-se que as mesmas manifestaram sua vontade, no sentido de afastar, por sua própria conta, a solução da controvérsia pelo Estado. Se a pretensão material é disponível, assim também o é a ação voltada para sua afirmação jurisdicional.

Entretanto, continuou o Ministro Sepúlveda Pertence em sua análise, a fim de apurar em que medida as inovações trazidas pela nova Lei de Arbitragem 9.307/96 poderiam, de alguma forma, ter afetado a higidez constitucional do instituto.

A primeira alteração trazida, a ser analisada, seria o fato de a Lei de Arbitragem ter possibilitado a conversão, por meio de sentença judiciária, da cláusula arbitral em compromisso arbitral, como consequência da distinção que aquela lei trouxe com relação ao compromisso e à cláusula compromissória, que na realidade são espécies do gênero denominado convenção arbitral.

A doutrina e a jurisprudência, anteriores à Lei de Arbitragem, afirmavam que não havia possibilidade de execução específica de cláusula compromissória e que a mesma representava apenas uma obrigação de fazer que, por si só, não obrigava a outra parte à celebração do compromisso, apesar de a não celebração deste constituir infração do contrato, do qual resultaria a responsabilidade civil.

Mesmo se admitindo a natureza contratual do compromisso, não se cogitava à época a aplicação do artigo 639 do Código de Processo Civil, que previa a possibilidade da sentença judicial produzir os mesmos efeitos do contrato a ser firmado, quando a parte que se comprometeu a cumprir o contrato não tenha realizado sua obrigação. Deixando o pré-contrato de conter a regulamentação de pontos essenciais ao contrato definitivo (o que aconteceria quando a cláusula compromissória não trouxesse a instituição arbitral ou entidade especializada à qual se submeteria a aplicação). Não poderia o juiz, com a sentença, substituir a vontade da parte recalcitrante pela sua vontade (firmando o compromisso), regulando assim matéria estranha ao

conteúdo do negócio preliminar, já que isso representaria uma violação à garantia constitucional prevista pelo artigo 5º, inciso XXXV.²⁶⁶

Como na cláusula compromissória, esclarece o Ministro Sepúlveda Pertence, o objeto não é a lide determinada e concretizada, tal como ocorre no compromisso, mas sim, quando muito, refere-se, apenas, a lides determináveis, por meio de referência feita no contrato, prevendo que as mesmas possam vir a surgir, tratando-se, portanto, de previsão de controvérsias futuras e eventuais, de contorno indefinido. A renúncia com força definitiva, que se divisasse na via judicial, por meio da cláusula compromissória, não se legitimaria porque a disponibilidade do objeto do litígio pressuporia sua determinação. Aceitar a possibilidade de a cláusula compromissória poder ser instituidora do juízo arbitral e ser executada pelo juiz, a fim de se ter substitutivamente a sentença como compromisso arbitral, representaria renúncia genérica de objeto indefinido e feriria, portanto, garantia constitucional de acesso à jurisdição.

Isso porque a vontade das partes manifestadas no contrato através da cláusula compromissória seria ainda insuficiente, já que estaria referindo-se apenas à viabilidade de uma possível instauração do juízo arbitral, sem com isso fixar os limites e a determinação do objeto, que dependeria da celebração do compromisso. Permitir a instituição do compromisso arbitral por meio de sentença judicial seria o mesmo que dispensar a vontade bilateral dos litigantes, e somente essa vontade é que poderia dar legitimidade constitucional à arbitragem. Logo, o compromisso firmado por provimento judicial, substitutivo do assentimento da parte que não quer cumprir a cláusula compromissória, seria para o Ministro Sepúlveda Pertence, inconstitucional, em virtude dos motivos apresentados. Essa inconstitucionalidade foi declarada em relação ao parágrafo único do artigo 6º, ao artigo 7º, ao artigo 41 (quando altera a redação

²⁶⁶ Por outro lado, para o Ministro Sepúlveda Pertence, não transgrediria, **o compromisso**, essa garantia já que, através deste, os próprios titulares dos interesses do objeto sobre o qual já há uma lide concretizada, podendo submetê-la à jurisdição estatal, consentem em renunciar a via judicial e eleger a arbitragem para solucioná-la.

dada no Código de Processo Civil aos artigos 267, VII e 301, IX, que estendem a possibilidade à cláusula compromissória a de força impeditiva da constituição ou da continuidade do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral) e ao artigo 42 (que acrescentando um novo inciso ao artigo 520 do Código de Processo Civil, incluiu nos casos de apelação, com efeito só devolutivo, o da interposta contra a sentença que “julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem”).²⁶⁷

Já a instituição válida do juízo arbitral, através do compromisso, formado pelo consenso válido das partes sobre direitos disponíveis, torna a sentença arbitral equiparada à sentença estatal, independente de homologação, irrecorrível e constitucional.²⁶⁸

Apesar da análise e da declaração de inconstitucionalidade daqueles artigos da Lei de Arbitragem, o Ministro Sepúlveda Pertence continuou a entender pelo provimento do Agravo Regimental na Sentença Arbitral Estrangeira, já que a mesma teria sido proferida em razão de compromisso arbitral válido firmado pelas partes e, tendo sido a sentença arbitral estrangeira dispensada de homologação no seu país de origem (porque a lei de arbitragem pátria prevê a dispensabilidade constitucional desta homologação). O seu voto foi no sentido de dar provimento ao pedido da agravante, a fim de ser equiparada à sentença arbitral com todos os seus efeitos, pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao título executivo judicial.

No seu voto de vista, pronunciou-se o Ministro Nelson Jobim, em relação ao voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence que, quanto à posição deste em relação ao compromisso arbitral, não teria nada a declarar, mas que discordava quanto a aspectos atinentes ao voto do Relator em relação à cláusula compromissória.

²⁶⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha: D.J. 30.04.2004, Ementário nº 2149-6, p. 1007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

²⁶⁸ Embasou seu posicionamento num precedente do próprio Supremo Tribunal no Agravo 52.181, em 14.11.1973, Ministro Bilac Pinto, RTJ 68/382.

Expôs o Ministro Nelson Jobim²⁶⁹ que, na medida em que a cláusula compromissória é uma cláusula do contrato, ela pode ser aberta ou fechada (quando a mesma explicita, de forma absoluta, os mecanismos pelos quais, surgida a controvérsia, se utilizaria a arbitragem para solucioná-la).

A cláusula compromissória seria uma cláusula de execução do contrato, para a composição das lides decorrentes da relação jurídica nascida do mesmo, assumindo-se que, através da cláusula compromissória, todas as lides, em razão da iníqua execução do contrato ou de sua má execução, poderiam ser solucionadas mediante a aplicação da mesma.

Entretanto, a cláusula compromissória poderia ser aberta quando apenas previsse, abstratamente, que qualquer controvérsia advinda do contrato seria resolvida perante a instituição do juízo arbitral; ou fechada, quando ela contivesse tudo o que se encontra previsto como elemento necessário do compromisso arbitral (artigo 10 da Lei de Arbitragem).

A virtualidade da lide, prevista pela cláusula compromissória aberta, não seria relativa a todas as lides eventuais que poderiam surgir, mas às lides decorrentes de um contrato específico, e este, por sua vez, se submete, obrigatoriamente, a um compromisso arbitral futuro.

Argumenta o Ministro Nelson Jobim que, na realidade, a Lei de Arbitragem utiliza, nos artigos 5º e 6º uma expressão de difícil compreensão que é a “instituição do compromisso arbitral”, mas, questiona: o que seria necessário para a instituição deste compromisso arbitral? Que a cláusula compromissória tenha os requisitos necessários ao compromisso arbitral, contidos no art. 10 da Lei de arbitragem?

No que diz respeito à cláusula compromissória aberta, concorda o Ministro Nelson Jobim que, pelo fato dela não conter todos os requisitos inerentes à futura instauração da arbitragem, faz-se coerente a afirmação de que esta cláusula não basta à instauração do juízo arbitral, porque

²⁶⁹ Posição com a qual concordamos, conforme pôde ser constatado no decorrer do trabalho ora apresentado.

a partir daí poderia haver a possibilidade de submeter o cidadão à necessidade do juiz estatal nomear um árbitro que ele não queira.

O posicionamento do Ministro Nelson Jobim encontrou alguns óbices colocados pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Moreira Alves que não concordavam com a opinião de que haveria a existência de dois tipos de cláusula compromissória, não havendo a possibilidade de um contrato preliminar de compromisso (querendo referir-se à cláusula compromissória cheia).

Por ocasião das indagações que lhe foram levantadas, com relação à cláusula compromissória, o Ministro Nelson Jobim questionou ao Ministro Sepúlveda Pertence o porquê do mesmo ter entendido inconstitucional a cláusula compromissória como procedimento intercorrente depois do início das funções arbitrais.

Pergunta que foi respondida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, alegando que as partes só poderiam afastar da apreciação do Judiciário o direito de ação com relação a uma lide concreta. Como a cláusula compromissória diz respeito a uma lide futura, este seria o motivo para declarar a execução da mesma como inconstitucional.

Contra o argumento do Ministro Sepúlveda Pertence questionava o Ministro Nelson Jobim sobre o porquê da impossível renúncia já que o direito e os interesses seriam disponíveis.

O Ministro Moreira Alves entrevistou afirmando que o que se queria argumentar, na realidade, era o que levaria à declaração da inconstitucionalidade da cláusula compromissória e do compromisso seria o fato de a Lei de Arbitragem ter disciplinado a aplicação compulsória pelo juiz estatal da arbitragem, caso uma delas se recusasse a cumprir a cláusula compromissória ou o compromisso, pois aí se teria a hipótese proibida de a arbitragem ser instituída mediante a força da lei, através da substituição da vontade da parte recalcitrante pela, do juiz.

Voltando à possibilidade da existência de duas espécies de cláusula compromissória, continuou o Ministro Nelson Jobim, para responder ao Ministro Moreira Alves as perguntas que

lhes foram suscitadas. Era preciso esclarecer que o próprio artigo 5º da Lei de Arbitragem concede às partes o direito de se reportarem, quando da instituição da cláusula arbitral, a uma instituição arbitral institucional ou entidade especializada, para que sejam delas as regras aplicáveis ao procedimento arbitral. Sendo assim, possível pela lei, no caso, a existência de um “compromisso” – na realidade, uma cláusula compromissória cheia - antes de surgir um litígio.

Logo, a alegada inconstitucionalidade propugnada pelo Ministro Sepúlveda Pertence dar-se-ia, sob o ponto de vista do Ministro Nelson Jobim, quanto à cláusula compromissória vazia e não quanto à cláusula compromissória cheia.

Não quer dizer que, na cláusula compromissória cheia, o órgão institucional arbitral poderá instituir um juízo arbitral independentemente do consentimento das partes, só pelo fato do surgimento de uma controvérsia contratual, mas que, havendo tal controvérsia, haverá uma adesão no contrato das partes aos mecanismos de instituição da arbitragem, segundo as regras daquela instituição arbitral previamente eleita por elas.

Dessa forma, reconheceu o Ministro Nelson Jobim também a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º (as partes não realizaram acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem - cláusula compromissória em branco) e do artigo 7º (sua ação é exclusiva para a cláusula compromissória em branco) da Lei de Arbitragem, já que não havia sido feita distinção entre as duas espécies de cláusula compromissória. Restando a constitucionalidade aos artigos 4º, e 5º, desse último artigo, apenas se houvesse a definição do órgão institucional do qual a arbitragem seguiria as regras.

Mas, esclareceu o Ministro Nelson Jobim que: ainda há uma hipótese em que a lei exige, em qualquer caso, a manifestação expressa sobre a instituição de arbitragem, que é o caso

dos contratos de adesão. É o que prevê o artigo 4º, §2º, para se evitar a composição unilateral da arbitragem em um contrato em que não há opção do aderente.

No seu voto de vista, fez o Ministro Nelson Jobim uma longa análise do que viria a ser cláusula compromissória, suas espécies, classificação, diferença com o compromisso, como se daria o procedimento arbitral, quais as características da sentença arbitral, para então passar a analisar e debater o voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence.

A primeira objeção que o Ministro Nelson Jobim colocou, diante do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, decorreu do fato de o voto do Relator ter se baseado nos conceitos de cláusula compromissória “universal” e “parcial” descritos pelo Ministro Nelson Jobim em seu voto, mas deixou de levar em consideração a existência da cláusula compromissória “singular”. Assim descreveu o Ministro Nelson Jobim, quanto à classificação da cláusula compromissória:²⁷⁰

Tomo como base, em primeiro lugar o objeto da cláusula compromissória.

Ela pode ser classificada em três tipos:

(a) a primeira, que chamo de “**universal**”, dá-se quando o pacto submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos que, no futuro, decorram da relação jurídica nascida do contrato;

(b) a segunda, que denomino de “**parcial**”, dá-se quando o pacto submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros que decorram de uma ou de algumas das cláusulas do contrato; e

(c) a terceira, que denomino de “**singular**”, dá-se quando o pacto define e descreve, especificamente, um, ou mais de um, dos conflitos que possam decorrer da relação contratual (p. ex., a fixação dos danos decorrentes do inadimplemento da obrigação principal ou de alguma das obrigações acessórias).

Serão os pactos, em concreto, que fixarão a extensão objetiva da cláusula compromissória.

Então, para o Ministro Nelson Jobim, estaria incorreta a afirmação do Ministro Sepúlveda Pertence quando considerou que a cláusula compromissória seria apenas genérica e objetivaria solucionar, tão somente, um número definido e indefinido de controvérsias. Isto porque a

²⁷⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha: D.J. 30.04.2004, Ementário nº 2149-6, p. 1040 Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

existência da cláusula compromissória singular, onde a lide futura já é definida na própria cláusula, faria com que aquele argumento não prosperasse.

A segunda divergência apontada pelo Ministro Nelson Jobim está no fato de que a Lei de Arbitragem declara que a instituição da arbitragem só se dará após a existência do conflito, já para o Ministro Sepúlveda Pertence a instituição de arbitragem poderia ocorrer, equivocadamente, antes disto.

Esclarece o Ministro Nelson Jobim que a Lei de Arbitragem estipulou dois momentos distintos para a instituição da arbitragem: um primeiro momento quando da estipulação da cláusula compromissória, que é contemporânea ao contrato e precedente ao conflito, e, por meio dela, as partes convencionam que se houver um conflito, resultante do contrato, as mesmas submeteriam sua apreciação ao juízo arbitral; um segundo possível momento, quando aceita a nomeação do árbitro, aqui a instituição da arbitragem é posterior ao conflito em concreto, e aí, então, se o conflito versar sobre direitos disponíveis, poderá haver a instituição da arbitragem. A arbitragem, assim instituída, observará as regras contidas nos termos da cláusula compromissória.

A cláusula compromissória é estipulada em momento anterior ao conflito, logo uma coisa é a estipulação da cláusula compromissória, outra é a instituição da arbitragem. A arbitragem só é instituída depois do conflito, apenas quando este ocorrer.

Enquanto a cláusula compromissória só poderia ter por objeto os litígios que surgissem em razão do contrato estipulado pelas partes, ou seja, em decorrência de uma relação contratual específica, o compromisso arbitral poderia ter como objeto o litígio decorrente de qualquer fato jurídico, inclusive não contratual.

No momento da instituição da arbitragem é que se verificarão as condições necessárias para a execução da cláusula compromissória, cuja aplicabilidade só se verificará após o surgimento da controvérsia contratual.

Logo, esclarece o Ministro Nelson Jobim que a solução arbitral de litígio futuros (previstos pela cláusula compromissória) só seria admissível quando aqueles decorressem de uma relação contratual específica sobre direitos disponíveis, não sendo, pois, admitida cláusula compromissória pura, autônoma ou absoluta, porque a lei não admite renúncia absoluta e em abstrato da ação judicial.

Afirma ainda o Ministro Nelson Jobim que a Lei de Arbitragem não admite pacto autônomo, em que as partes se comprometeriam a submeter quaisquer conflitos futuros, decorrentes de qualquer situação jurídica futura. Daí extrairmos que a arbitragem só poderá ser realizada mediante a presença de um contrato ou em razão de uma relação contratual concreta. Por isso a cláusula compromissória pressupõe uma relação jurídica contratual e litígios futuros provenientes deste mesmo contrato. A instituição da arbitragem, por sua vez, consistiria na execução do que fora pactuado pelas partes na cláusula compromissória.

Em virtude dessa explicação, quanto à diferença entre a cláusula compromissória e a instituição da arbitragem, estaria afastada a afirmação de inconstitucionalidade do Ministro Sepúlveda Pertence relativa à instituição de arbitragem, já que esta, nos termos da lei, consistiria na execução do pactuado na cláusula compromissória, que é anterior ao conflito, como já se disse.

A terceira objeção colocada pelo Ministro Nelson Jobim com relação ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence diz respeito à execução compulsória da cláusula compromissória em branco. Esclarece o Ministro Nelson Jobim que a ação do artigo 7º (que trata sobre a execução de cláusula compromissória em branco, na qual as partes não indicaram a instituição arbitral, para

regular o procedimento da arbitragem) objetiva a instituição da arbitragem em relação a litígio conhecido, decorrente de relação contratual. Assim, a Lei de Arbitragem determina que o autor indique com precisão o objeto da arbitragem, cabendo ao juiz, tão somente, verificar se o conflito está ou não dentro do âmbito do contrato e da cláusula compromissória, o que quer dizer que ele nada cria em relação ao conflito, este se encontra definido na inicial.

Para o Ministro Nelson Jobim, caberá ao juiz apenas verificar se o conflito versa sobre direitos disponíveis, se ele está dentro do âmbito do contrato e da cláusula compromissória. Para fins de execução específica da cláusula compromissória deverá ainda o juiz analisar se a mesma preenche os requisitos para sua execução. Logo, a instituição de arbitragem é posterior à lide que se configurou em concreto, esta é o objeto daquela, para qual as partes teriam fixado anteriormente o juízo arbitral.

Se a arbitragem já tiver sido prevista nos moldes do artigo 5º, da Lei de Arbitragem, mediante a existência de uma cláusula compromissória no contrato celebrado pelas partes, em que as mesmas já indicaram o órgão ou instituição responsável para reger o procedimento arbitral, passa-se à instauração da arbitragem nos moldes das regras daquele órgão ou instituição. Por assim entender, diverge o Ministro Nelson Jobim do Ministro Sepúlveda Pertence, a fim de, portanto, declarar constitucional o parágrafo único do artigo 6º e os artigos 7º, 41 e 42 da Lei 9.307/96.

Acompanhou o Ministro Nelson Jobim, o Ministro Sepúlveda Pertence, quanto ao provimento do agravo regimental, com a finalidade de que haja a homologação da sentença arbitral estrangeira, para que a mesma passasse a constituir título executivo judicial e tivesse aplicabilidade no território nacional.

O voto do Ministro Nelson Jobim resultou numa discussão entre os Ministros Sepúlveda Pertence e Moreira Alves que discordavam daquele ministro, no que diz respeito à possibilidade

da renúncia ao direito de ação pelas partes, ou seja, quanto ao momento que essa renúncia pudesse ocorrer a fim de que se pudesse constituir a arbitragem, o que gerou um aditamento de voto do Ministro Nelson Jobim.

Para o Ministro Sepúlveda Pertence o momento de renunciar à ação judicial em razão da instituição da arbitragem é o da ocorrência do litígio (versando sobre direito disponível) e não quando da celebração da cláusula compromissória, porque, na celebração desta, as partes não conhecem ainda a extensão da controvérsia que pode ser gerada. Por isso, defende que só há disponibilidade e, portanto, a possibilidade da renúncia do direito de ação, quando já houver pretensão, já que o direito de ação não pode ser renunciado em abstrato. O Estado, pois, não poderia, por ato do juiz substituir a parte na relação jurídica para renunciar ao direito de ação, esta, por sua vez, só pode existir mediante a ocorrência de uma lide já concretizada. Não devendo-se misturar, desta forma, os artigos 6º e 7º da Lei 9.307/96.

Entende o Ministro Sepúlveda Pertence que a Constituição proíbe as partes que no contrato elas resolvam submeter a expectativa de um conflito, cujo objeto e extensão ainda desconhecem, à arbitragem. Isto deve-se ao fato de que a partir de um mesmo contrato vários litígios podem ocorrer.

O Ministro Nelson Jobim afirma que não se está na cláusula compromissória renunciando-se de antemão ao direito de ação judicial, ou seja, antes de haver o litígio, mas que as partes devem manifestar o desejo, no contrato, de que existindo este, elas instituirão o juízo arbitral. As partes apenas estabelecem, por meio da cláusula compromissória, que a instituição de arbitragem só acontecerá se houver litígio proveniente do objeto daquele contrato que fora celebrado. As partes podem, inclusive, definir na cláusula compromissória qual litígio proveniente do contrato poderá ser submetido à arbitragem (mesmo não indicado previamente, o conflito terá sempre um âmbito definido que é o contrato). Quando ocorrer o litígio, e se ocorrer,

é que se verificará a admissibilidade da instauração ou não da arbitragem, desde que estejam as partes tratando de direitos disponíveis. Mas, esclarece que a renúncia só se daria com a instituição da arbitragem. Não há a renúncia à solução do conflito, mas que ocorrendo o mesmo ele seja dirimido por meio da arbitragem.

O Ministro Moreira Alves não vê a possibilidade de haver a renúncia ao direito de ação quanto a objeto específico, antes da ocorrência do mesmo. A ação *a priori* seria, portanto, indisponível. Não entende o ministro ser possível abrir-se mão do livre acesso ao Poder Judiciário antes de se avaliar as proporções do litígio.

Passou-se ao pedido de confirmação de voto do Ministro Sepúlveda Pertence decorridos três anos e meio do voto que proferira nos autos do Agravo Regimental, em que se pleiteava a homologação da sentença arbitral estrangeira, onde o mesmo divergira do Ministro Nelson Jobim, haja vista o atual entendimento praticamente incontroverso quanto à constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral.

O Ministro Sepúlveda Pertence manteve seu posicionamento quanto à necessidade de estipulação pelas partes, mediante a cláusula compromissória, de todos os litígios que poderiam ser resolvidos por meio da arbitragem, o que no entender do Ministro Nelson Jobim seria impraticável, já que as partes teriam a quase impossível missão de prever todos os litígios a serem solucionados pelo juízo arbitral.

O Ministro Sepúlveda Pertence continuava a entender que, após o conflito ter surgido, não bastaria a existência da cláusula compromissória, prevendo a aplicação da arbitragem, pois o juiz não poderia substituir a vontade da parte recalcitrante na instauração da arbitragem e determinar que a demanda fosse solucionada extrajudicialmente, mas vê, por outro lado, como necessário que depois do litígio as partes entrem num consenso em submeter a controvérsia à arbitragem, não podendo a sentença judicial substituir esse consenso.

No entanto, questionou-o o Ministro Nelson Jobim, sobre em que ocasião, aplicar-se-ia o §1º do artigo 7º da Lei 9.307/96, mas o Ministro Sepúlveda Pertence continuou afirmando que, com relação a este dispositivo legal, sua aplicabilidade estaria sobrestada em face da não possibilidade da substituição da vontade das partes pela do juiz, mediante sentença judicial, pois se assim pudesse proceder, estar-se-ia admitindo a instituição do juízo arbitral com a dispensa da vontade bilateral dos litigantes. Por outro lado, esclareceu o ministro Sepúlveda Pertence que a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, seria insuficiente, em virtude da indeterminação do objeto, e, diversa da necessária a compor o consenso exigível à formação do compromisso. Esclarecendo, dessa forma, que haveria apenas um ponto invencível entre a perspectiva dele e a do Ministro Nelson Jobim.

Não obstante o Ministro Nelson Jobim foi além e questionou que a inconstitucionalidade dos artigos. 6º. e 7º, levaria também à inconstitucionalidade do artigo 4º. Argumento que foi rebatido pelo Ministro Sepúlveda Pertence que afirmou, mais uma vez, a inconstitucionalidade como consequência da não possibilidade de substituição por meio de sentença judicial da vontade da parte recalcitrante a fim de se celebrar o compromisso arbitral e se firmar a arbitragem.

Apesar disso, afirmou, mais uma vez também, o Ministro Nelson Jobim que quando o compromisso arbitral se perfaz, nos moldes do art. 7º, diante a existência de uma cláusula compromissória em branco, o juiz estatal só irá definir tão somente a forma do procedimento da arbitragem e o compromisso do árbitro e quem será este árbitro.

Interveio o Ministro Marco Aurélio para traçar um paralelo entre a arbitragem e a transação, afirmando não ver por que a arbitragem não poder ser instituída. Uma vez que, a transação é utilizada para prevenir litígio e na cláusula compromissória já se tem os parâmetros do litígio, determinados pelo contrato, referindo-se o mesmo a direitos patrimoniais disponíveis, tal como a transação, sendo a esta, inclusive, menos que a arbitragem, já que nesta pode-se

imaginar, inclusive uma solução favorável aos respectivos interesses, não haveria por que proibir a utilização da arbitragem instituída por meio da cláusula compromissória.

Pediu vista dos autos o Ministro Ilmar Galvão, para manifestar que não vê dificuldade na aplicação do artigo 639 do Código de Processo Civil à cláusula compromissória, já que não é fácil apontar elemento cuja falta seja capaz de impossibilitar sua execução específica. Não invalidaria a sua aplicabilidade também o fato da cláusula compromissória ainda ser silente quanto à determinação da lide, ou ainda quando a mesma não indicar previamente o(s) árbitro(s).

Justificou seu posicionamento o Ministro Ilmar Galvão afirmando que o juiz não substitui a vontade das partes através da sentença que constitui o compromisso quando uma das partes opõe-se ao cumprimento da cláusula compromissória, porque o litígio será determinado pelo juiz com base na exposição feita pelo autor em sua inicial, depois de confrontada com as alegações do réu, mas levando-se sim em consideração que o silêncio deste autorizará a presunção de que concordou com a delimitação feita pelo autor.

Quanto à nomeação do árbitro, feita pelo juiz, mediante a existência de uma cláusula compromissória descumprida por uma das partes, esta só poderia ocorrer após a existência da controvérsia. A partir daí saber-se-á, com precisão, quais as qualificações técnicas que lhe serão exigíveis, estando condicionado à natureza da matéria objeto do dissenso. Afirma, portanto, o Ministro Ilmar Galvão que esta situação não tem relevância, por si só, para invalidar o compromisso, pois não seria ela tão diversa da possibilidade da nomeação de perito feito pelo juiz no processo judicial, sem prejuízo da indicação pelas partes dos respectivos assistentes técnicos, especialmente diante da grande importância do laudo técnico na solução de ações que tenham por objeto contratos muito complexos, resultantes do avanço tecnológico.

Não haveria, pois, para o Ministro Ilmar Galvão supressão do controle judicial. O que, na realidade, a Lei de Arbitragem trouxe foi a possibilidade de deslocar-se o momento em que o

judiciário é chamado a intervir, já que a defesa judicial do réu sucede ao julgamento na esfera arbitral.

O que quer dizer que, primeiramente, a Lei de Arbitragem quis dar prevalência ao que foi pactuado pelas partes, conferindo à defesa do réu caráter equivalente ao da rescisão, porque se suas razões, a serem expostas, prosperarem, com base nos artigo 33 da Lei 9.307/96, desconstituir-se-á a sentença arbitral.

Essa mudança é representativa de uma alteração na política legislativa onde prevalece a autonomia da vontade, sem que haja a caracterização de dano irreparável às garantias de defesa do devedor, já que este ainda tem à sua disposição o controle judicial da sentença arbitral.

Diante do que expôs, discordou o Ministro Ilmar Galvão do Ministro Sepúlveda Pertence, para declarar também, junto com o Ministro Nelson Jobim, a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º, e dos artigos 7º, 41 e 42 da Lei 9.307/96, acompanhando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence quanto ao provimento da homologação da sentença arbitral estrangeira posta à análise do Supremo Tribunal Federal.

Pedi vista nos autos a Ministra Ellen Gracie que, após um breve relatório dos votos proferidos anteriormente pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim e Ilmar Galvão, passou a fazer uma análise a respeito da constitucionalidade dos artigos questionados, mais precisamente observando a hipótese da execução específica da cláusula compromissória.

Esclareceu a Ministra Ellen Gracie que uma das importantes inovações trazidas pela Lei de Arbitragem fora justamente a possibilidade de que, não desejando uma das partes cumprir a cláusula compromissória, a parte interessada na instituição da arbitragem, mediante a existência de uma cláusula compromissória previamente estipulada pudesse, através de pedido feito ao Poder Judiciário, ter a manifestação de vontade não declarada suprida através de sentença judicial, a fim de que se pudesse firmar o compromisso arbitral.

Entender de forma diversa, ou seja, vedar essa possibilidade, seria inviabilizar a aplicação da arbitragem, pois a proibição da aplicação dessa alternativa pela parte interessada na instituição da arbitragem faria com que, todas as vezes que a parte recalcitrante não quisesse cumprir a cláusula compromissória, esta ficaria sem efeito, pois não haveria mecanismo hábil a compeli-la a realizar o compromisso.

Isso fazia, segundo a Ministra, com que o Brasil destoasse da maior parte das jurisdições, especialmente nas relações de comércio internacional, a ponto de dificultar a conclusão de transações, pois não havia mecanismos capazes de promover soluções céleres e especializadas exigíveis pela atualidade do comércio. Fazia também com que as empresas brasileiras, na realidade, se vissem compelidas a aceitar a resolução das lides mediante a aplicação das regras da arbitragem daqueles países estrangeiros com os quais realizava seus negócios.

Por tudo isso acima exposto pela Ministra Ellen, afirmou a mesma que²⁷¹:

Negar possibilidade a que a cláusula compromissória importa tenha plena validade e que enseje execução específica, importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão a via expedita de solução da controvérsia, mecanismo pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida esta previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avenca. É inegável que, no mundo acelerado em que vivemos, ter, ou não, acesso a fórmulas rápidas de solução das pendências resultantes do fluxo comercial, constitui diferencial significativo no poder de barganha dos contratantes.

... Não vejo que se afaste do conhecimento judicial a solução de pendência entre os contratantes. O que se dá mudança no foco e na ocasião em que será possível um apelo ao judiciário. Sem a cláusula compromissória, as partes podem, ou não, submeter a controvérsia surgida, ao longo da execução de um contrato à arbitragem (tanto quanto poderiam, desde logo, transacionar sobre os respectivos direitos). Com a presença de uma cláusula compromissória, as partes podem, ainda assim, remeter ao juiz a decisão sobre sua obrigatoriedade no caso em que uma delas resista à concretização do compromisso arbitral. Neste momento, e já diante da lide definida (a qual, se antes, era indeterminada, pressupunha-se necessariamente decorrente da execução do contrato), o juiz apreciará a consistência das eventuais objeções do recalcitrante em adimplir a obrigação pela qual se obrigara: vale dizer, a obrigação de submeter as controvérsias exsurgentes do contrato ao juízo arbitral.

²⁷¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha: D.J. 30.04.2004, Ementário no. 2149-6, p. 1148. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

O julgamento do juiz estatal levará em consideração duas possibilidades: considerará insubsistentes as objeções do réu, determinando a viabilidade da arbitragem; ou verificará que o conflito, determinado pela existência de uma lide concreta, não se subsume à previsão genérica da cláusula contratual que institui o *pactum de compromittendo* e, com isso, negará provimento ao pedido do autor.

Por tudo exposto, afastou a Ministra Ellen Gracie a inconstitucionalidade dos artigos da Lei 9.307/96 acompanhando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence quanto ao provimento da homologação da sentença arbitral estrangeira.

Passou-se então ao voto do Ministro Maurício Corrêa²⁷² que, rememorando seu voto nos autos da Sentença Estrangeira contestada de no. 5847-1, expôs que é uma faculdade das partes, diante a existência de um litígio, socorrerem-se ao Poder Judiciário, mas que as próprias partes, por esta possibilidade que lhes dá a lei, poderiam submeter a apreciação da controvérsia a um árbitro eleito por elas, sem que isso ferisse o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário. Isso ocorre porque, quando se veda a criação de mecanismos que possam fazer com que a lide seja solucionada fora do Poder Judiciário, é ao legislador que quer a lei impor tal vedação, e não às partes. Essas podem, através do contrato, estipular tal forma de solução, desde que tratem a avença de direitos patrimoniais disponíveis.

Esclarece o Ministro Maurício Corrêa que quando as partes elegem o foro particular, elas estariam se referindo ao litígio de forma genérica, porém nos limites do contrato, sendo, portanto, irrelevante que no momento da assinatura da cláusula compromissória não haja ainda controvérsia a ser dirimida. Tudo isso decorre do fato de que a noção genérica de litígio, objeto

²⁷² Foram expostos novamente neste voto, relativo ao Agravo em Sentença Estrangeira Contestada no. 5.206-7, os argumentos utilizados pelo Ministro Maurício Corrêa na análise da Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira contestada n° 5847-1, de que tratamos anteriormente, ao expor o caso das empresas Aiglon e Teká.

da renúncia, conterà, tão somente, as eventuais espécies decorrentes do inadimplemento das obrigações contratuais.

Segundo o Ministro Maurício Corrêa, o juiz estatal, instado a atuar, mediante pedido da parte interessada, com o intuito de ver celebrado o compromisso arbitral, apenas verificará se a demanda estava ou não abrangida pela renúncia declarada na cláusula compromissória, deferindo ou indeferindo o pedido, conforme o caso. Dessa forma, o artigo 7º não obrigaria de imediato o juiz a deferir o pedido da parte interessada, compelindo a parte recalcitrante a firmar o compromisso arbitral. O juiz estaria, na realidade, concretizando a vontade das partes, anteriormente expressa na cláusula compromissória e não a substituindo, por isso não haveria como se considerar verdadeira a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º e dos artigos 7º, 41 e 42 da Lei 9.307/96.

Por tudo que foi exposto, acompanhou o Ministro Maurício Corrêa, em consonância com o voto que fora anteriormente por ele prolatado nos autos da Sentença Estrangeira Contestada no. 5847-1, os votos dos Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão, discordando, portanto, do Ministro Sepúlveda Pertence.

Seguiu-se o voto do Ministro Marco Aurélio que relembrou a importância da arbitragem, face ao atual cenário judiciário brasileiro de congestionamento dos tribunais. Verificou que as partes podem eleger e confiar a um terceiro a solução de sua controvérsia. Expôs que as partes ainda podem utilizar os mecanismos de nulidade da sentença arbitral, aplicando-se portanto o controle judicial às sentenças arbitrais, esclarecendo que o próprio Código de Processo Civil previu como uma das formas de extinção do processo, sem julgamento de mérito, a decisão das partes, no curso do processo, de submeter o caso à arbitragem. Fazendo, pois, a demonstração de que a Lei de Arbitragem consagra o princípio da manifestação da vontade, quanto aos direitos patrimoniais disponíveis, fazendo-se prevalecer a liberdade. E por isso não seria inconstitucional.

Passou-se ao voto do Ministro Sydney Sanches que acompanhou o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, já que por considerar que, na realidade, a lei permitiu em abstrato, o que quer dizer, sem definição ou indicação de lides determinadas ou determináveis, ainda que meramente possíveis e eventuais, possam as partes abrir mão do direito de ação, ou seja, à jurisdição estatal. Esta permissão estaria ferindo a vedação da possibilidade de se excluir a apreciação de qualquer lide ao Poder Judiciário, estando em ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV da Constituição.

Prosseguiu-se com o voto do Ministro Néri da Silveira que analisou os votos anteriormente proferidos pelos Ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence a fim de destacar que, apesar do debate em relação à cláusula compromissória, em nenhum deles se afirmou a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei de Arbitragem, limitando-se a verificar a possibilidade ou não da execução específica da cláusula compromissória. Mas, afirma que, se é certo que a instituição arbitral pressupõe a existência de um compromisso arbitral, que deve preencher os requisitos do artigo 10 da Lei de Arbitragem, se também é certo que a cláusula compromissória, apesar de possibilitar a constituição posterior da arbitragem, depende da celebração do compromisso arbitral, compreende o Ministro Néri da Silveira que não é possível substituir a vontade das partes contratantes pela do juiz, sem ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República.

Não vendo assim o Ministro Néri da Silveira a possibilidade de aplicação do artigo 639 do Código de Processo Civil para forçar a obrigação de firmar o compromisso arbitral à parte recalcitrante, pois, tendo a cláusula compromissória dificuldade para preencher todos os requisitos do compromisso, enquanto contrato definitivo com vistas à instauração válida do juízo arbitral, e exigindo para sua aplicação o artigo 639 de contrato preliminar que tenha os mesmos conteúdos do contrato definitivo, não poderia este artigo ser aplicável a execução da cláusula

compromissória. A partir do que foi exposto acompanhou o Ministro Néri da Silveira o Ministro Sepúlveda Pertence, a fim de também declarar inconstitucionais os artigos questionados.

Passou-se, então, ao voto do Ministro Carlos Velloso que o iniciou optando pela declaração de constitucionalidade dos preceitos impugnados na Lei 9.307/96. Em razão de considerar que os mesmos não ferem o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito, pois, podem as partes resolver livremente seus litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis por meio da arbitragem, já que ao Estado ainda é conferido o controle da sentença arbitral nas ações de nulidade da mesma e nas ações de embargos do devedor. Por isso, acompanhou o voto do Ministro Nelson Jobim.

O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental, tendo como consequência a homologação da sentença arbitral estrangeira, vencidos parcialmente os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único ao artigo 6º, do artigo 7º, e seus parágrafos, no artigo 41 às novas alterações atribuídas aos artigos 267, inciso VII e 301, inciso IX, do Código de Processo Civil, e o artigo 42, todos da Lei 9.307/96.

Logo, a partir do caso apresentado, podemos verificar que, após longo tempo considerando-se a cláusula compromissória como obrigação de fazer, cuja inexecução só resultaria na condenação ao pagamento das perdas e danos, passou-se a reconhecer, através da Lei 9.307/96, à cláusula compromissória uma autonomia que, resultaria na admissão de sua execução específica. Por outro lado, se não houvesse esse reconhecimento quanto a sua autonomia, a arbitragem só teria lugar por meio da necessária celebração do compromisso arbitral.

Através da Lei de Arbitragem reconheceu-se ainda que, tanto a cláusula compromissória (cheia) quanto o compromisso arbitral têm a força necessária para obrigar a parte resistente a

instituir o procedimento arbitral e que o Poder Judiciário estaria presente neste contexto apenas para conhecer e declarar ser da instância arbitral a competência para dirimir tais litígios, conferindo-se aos órgãos e entidades arbitrais os poderes necessários para tanto.

O compromisso arbitral passou a ser um requisito para a instauração do procedimento arbitral quando a cláusula compromissória for considerada “em branco” ou “vazia” (parágrafo único do 6º e artigo 7º da Lei 9.307/96)

A partir dessas inovações, prevê-se que, em caso de recusa de uma das partes, no sentido de instaurar a arbitragem, a outra parte poderá citá-la, com o objetivo de firmar o compromisso. Tal solução legal equivale à execução forçada da cláusula compromissória.

Ao instituir o compromisso arbitral em juízo, juntamente com a parte interessada na instauração da arbitragem, como expomos anteriormente, o juiz não estaria se substituindo à parte resistente, mas sim concedendo a tutela específica de uma obrigação que fora por ela anteriormente assumida, mediante a cláusula compromissória, que corresponde a um contrato em si mesmo, completa, autônoma e capaz de produzir efeitos jurídicos.

Portanto, o juiz na presença de um mínimo de elementos trazidos pela parte interessada, tais quais: o contrato principal juntamente com a demonstração da existência da cláusula compromissória cheia, escrita e assinada deverá, após ouvir as razões da parte contrária, julgar o pedido a fim de que, sendo válida a cláusula compromissória, determinar que se realize, ou ele mesmo junto a outra parte, celebre do compromisso arbitral, sob pena de se negar a validade dos efeitos da cláusula compromissória.

A partir do momento que decide o juiz pela celebração ou não do compromisso ele deverá, segundo as determinações expressas pelos artigos 9º, 10º e 11 da Lei 9.307/96, definir alguns elementos relativos ao procedimento arbitral. Ao assim proceder, no entanto, precisará observar os princípios aplicados à arbitragem.

Caberá, pois ao juiz, neste momento, precisar os limites da decisão judicial sobre o pedido de execução forçada da cláusula compromissória. Tendo a própria Lei de Arbitragem previamente fixado, satisfatoriamente, quais os elementos deveriam ser utilizados pelo magistrado na sentença de instituição do juízo arbitral, não causando, portanto, neste sentido, a aplicação da Lei 9.307/96, maiores dificuldades à arbitragem.

Logo, através da análise das duas decisões do Supremo Tribunal trazidas neste capítulo, pôde-se notar que a jurisprudência brasileira tem se mostrado mais favorável à arbitragem e, em razão do aumento de sua utilização e do crescimento da diversidade de casos submetidos à sua apreciação, começa-se, enfim, a definir um entendimento mais apurado sobre o assunto e sobre a função do juiz, a fim de que se possa assegurar o pleno funcionamento do procedimento arbitral.

CONCLUSÃO

No momento em que economias nacionais tornam-se, progressivamente, mais interdependentes, o estabelecimento concreto de novos paradigmas de composição de conflitos requer um maior estudo e maior aplicabilidade. A qualidade desses novos paradigmas refere-se não só à positivação da arbitragem, no plano jurídico interno, com a única finalidade de tornar este instituto efetivo, mas antes mesmo disso, refere-se ao reconhecimento da necessidade da adoção de meios outros, que não o jurisdicional, e entenda-se jurisdição como manifestação da soberania estatal, portanto, privativo do Estado, para a solução de avenças surgidas no meio social.

Conforme foi visto, não há como negar a crise que vive o Judiciário nos dias atuais. A demora na resolução dos casos, a excessiva onerosidade, por vezes a baixa qualidade de algumas sentenças, entre outras causas, faz com que cada vez seja maior o descrédito nas instituições judiciárias. Não se quer propor aqui uma alteração ao Poder Judiciário, mas tão somente indicar a arbitragem como um dos meios de solução de controvérsias em determinadas áreas (que envolvam direito patrimonial disponível).

A lide judicial pressupõe confrontação e domínio de uma parte litigante sobre a outra. A cooperatividade representada pela via arbitral, através da atuação conjunta da vontade das partes, reflete interação inevitável, conseqüência de um novo panorama jurídico-social que está ganhando seus moldes na atualidade. O que passa a ser valorizado na arbitragem é a continuidade e a qualidade das relações jurídicas, cujo requisito é exatamente o entendimento das partes, evidenciados em uma série de elementos de ordem prática informadores da via arbitral. A eleição do árbitro surge, no contexto da arbitragem, como um elemento fundamental de “parceria” entre

as partes, estranha ao processo judicial. É o que se denomina de Justiça Coexistencial, cujo fundamento é o consenso.

Logo, a conveniência e a indispensabilidade da via arbitral estaria justificada, num primeiro momento, nas situações em que há a continuidade do relacionamento após a solução do conflito, pois serviria para evitar o rompimento do mesmo, já que no sistema jurisdicional, a grande dificuldade que se apresenta é o esgotamento da animosidade das partes à esfera do litígio julgado. Indispensável ainda a arbitragem diante de conflitos que envolvam determinada operação comercial que necessite de absoluto ou relativo sigilo, já que a arbitragem independe da publicidade inerente ao processo judicial.

Deve-se ater para o fato de que a solução arbitral é meio democrático de solução de controvérsias e, portanto, um mecanismo eficaz ao exercício da cidadania, estando sob o manto do princípio da autonomia da vontade, e somente pode ser eleita como forma de dirimir litígios, mediante consenso das partes, mas as mesmas deverão sempre estar submetidas aos princípios informadores do processo judicial como o do *due process of law*, do contraditório, da livre convicção do árbitro, da igualdade das partes, etc.

Daí a conclusão que chegamos no primeiro capítulo de que alguns motivos podem ser apontados como responsáveis pelo acréscimo cada vez maior dos litígios que iriam parar no Judiciário: a participação dos trabalhadores - consumidores nas relações de consumo, a integração da mulher no mercado de trabalho, a constitucionalização de novos temas, a repetição de processos com idênticos pedidos.

Outros fatores poderiam ainda ser apontados como causadores da demora na prestação jurisdicional como: o formalismo processual, a postura meramente procrastinatória de alguns advogados, a grande quantidade de recursos postos à disponibilidade de utilização.

Ficou ainda evidenciado que o judiciário não é acessível a todos em virtude: dos custos da demanda, da temerosidade na interposição da demanda já que os litigantes habituais que, têm mais poder econômico, mais influência nos tribunais e mais experiência processual, têm mais chances de saírem vencedores.

Em contrapartida à demora do processo, seus altos custos, sua publicidade e a ausência, muitas vezes, de especialidade do juiz ao julgar uma determinada matéria, existiria a arbitragem como mecanismo, paralelo à justiça estatal, apto a solucionar conflitos contratuais civis e consumeiristas acerca dos direitos disponíveis.

Logo, a conclusão que advém do segundo capítulo é que, por meio da autorização legal (Lei 9.307/96) para a instauração da arbitragem, as partes, desde que capazes, através de livre manifestação de vontade, podem estipular cláusula no contrato (cláusula compromissória) ou simplesmente determinar, face à ocorrência de uma controvérsia em concreto (compromisso arbitral), submeterem-se à arbitragem.

Como vimos, no entanto, a arbitragem nem sempre teve as características que possui atualmente e tampouco sempre foi de fácil aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico pátrio.

A arbitragem precisou sofrer reformulações, a fim de que pudesse ganhar efetividade. Neste sentido, foi de suma importância o reconhecimento da sentença arbitral como título executivo judicial, pois antes a aprovação da Lei 9.307/96 a sentença arbitral para ter validade precisaria de homologação do Poder Judiciário, o que acabava por retirar uma das características da arbitragem, que era a sua celeridade.

Foi ainda importante a conquista do reconhecimento, já existente no âmbito internacional (através do Protocolo de Genebra de 1923), de que a cláusula compromissória pode, assim como o compromisso arbitral ser motivo ensejador do início do procedimento arbitral, já que antes daquela lei, apenas o compromisso poderia ter tal poder.

Mais importante ainda foi o reconhecimento de que a arbitragem não é inconstitucional e não fere o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário em relação à lesão ou ameaça a direito, mas, pelo contrário, juntamente com a conciliação e a transação (da qual guarda inúmeras diferenças), pode ser utilizada nos contratos como meio a solucionar os conflitos patrimoniais dele provenientes.

A natureza jurídica da arbitragem, graças ao reconhecimento de que a sentença arbitral constitui título executivo judicial deixa, portanto, de ser meramente privatística ou contratual e passa a ser judicial, pois o árbitro tem o poder de dizer o direito a ser aplicável ao caso concreto, podendo inclusive, com autorização das partes, julgar conforme a equidade e sua decisão tem a mesma força de uma decisão prolatada pelo juiz estatal. Dependendo ainda, no entanto, da intervenção judiciária para a execução dos preceitos que nela estiverem contidos se a parte vencida não os cumprir.

No terceiro capítulo pudemos concluir, que hoje a expressão “convenção de arbitragem”, com a Lei de Arbitragem, passa a ser o gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies e que apenas através da existência da cláusula compromissória e /ou do compromisso arbitral é que é possível o início da arbitragem.

Através da existência de várias espécies de cláusula compromissória é que podemos verificar se ela, por si só estaria hábil a dar início à arbitragem. Assim, da análise das mesmas é que podemos verificar que apenas quando a cláusula compromissória fizer referência a um órgão arbitral ou uma entidade especializada (cláusula compromissória cheia), e contiver todos os requisitos do artigo 10 da Lei 9.307/96, (requisitos obrigatórios do compromisso arbitral) ela independeria de futuro compromisso arbitral, podendo desde já dar início ao procedimento arbitral.

Portanto, concluí-se que a cláusula compromissória cheia, ganhou mecanismos de aplicabilidade próprios, sem a necessidade da celebração do compromisso para se instituir a arbitragem.

A cláusula compromissória deixa de ser vista, portanto, como mera promessa de contratar e passa a ser vista como um contrato, ou seja, passa a ser dotada de autonomia, tornando-se independente, o que quer dizer que ela é um verdadeiro contrato dentro do contrato da qual faz parte.

Como pudemos analisar, ainda no terceiro capítulo, a cláusula compromissória difere do compromisso arbitral, pois enquanto aquela ainda é indeterminada, já que apenas se refere a possibilidade de instauração da arbitragem caso haja alguma avença surgida em decorrência do contrato da qual está inserida, este é firmado pelas partes diante a presença de um litígio já delineado.

Apesar das discussões a respeito da possibilidade da cláusula compromissória nos contratos de adesão, concluímos que a Lei de Arbitragem não revogou, nem fora revogada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas que os dois dispositivos legais são compatíveis entre si. A Lei de Arbitragem só se refere aos contratos de adesão, genericamente, sem dizer que tais contratos seriam necessariamente de consumo (artigo 4º §2º), já o Código de Defesa do Consumidor (artigo 51, VII) exclui apenas a possibilidade da cláusula compromissória ser utilizada compulsoriamente contra o consumidor.

Por isso, concluiu-se que, se o aderente (consumidor em um contrato de adesão), tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, estando a cláusula compromissória, no contrato de adesão por escrito e em negrito ou em documento anexo, com assinatura ou visto especialmente para esta cláusula, ou se o mesmo concordar expressamente com a instituição da arbitragem, não haveria

porque negar às partes a solução de um litígio proveniente de uma relação de consumo através da via arbitral, ainda que tal litígio tenha se originado de um contrato de adesão.

Se descumprida a cláusula, há previsão legal de uma execução específica a ser requerida pela parte que deseja a via arbitral, portanto ela passou a ser dotada de um mecanismo de execução específica, por meio do qual, havendo a existência de um contrato em que se faça constar a mesma, a parte que desejar instituir a arbitragem pode recorrer-se ao judiciário e pedir ao juiz para que seja firmado o compromisso arbitral. Diante da recusa da parte recalcitrante em firmar o compromisso, pode o juiz, a exemplo do que acontece com a execução da obrigação de fazer, celebrar o compromisso, juntamente com a parte interessada, cumprindo a vontade que as próprias partes manifestaram anteriormente, por meio da previsão da cláusula compromissória, que é a celebração da arbitragem.

No quarto capítulo podemos concluir que o compromisso, para ser um instrumento capaz de dar início à arbitragem, precisa observar alguns requisitos básicos previstos na Lei de Arbitragem (artigo 10), mas que as partes podem, facultativamente, inserir no compromisso a autorização para o árbitro julgar por equidade, podem estipular prazo diferente do legal (seis meses) para a prolação da sentença arbitral e podem ainda nele já deixar fixada a remuneração dos árbitros.

Com o surgimento da Lei 9.307/96 alguns dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil foram revogados. Mas, ainda hoje, o Código Civil ao autorizar a celebração do compromisso, faz com que as partes remetam-se à Lei de Arbitragem, com relação às regras a serem observadas quanto ao seu procedimento.

O compromisso, assim como a cláusula compromissória, é autônomo em relação ao contrato do qual faz parte, podendo ser inclusive judicial ou extrajudicial.

No quinto capítulo pudemos concluir que o árbitro, juiz de fato e de direito na arbitragem, possui não só direitos, mas também deveres em relação às partes e vice-versa. A maneira pela qual o árbitro é escolhido (cláusula compromissória ou compromisso arbitral válidos), juntamente com a aceitação de seu ofício, são os requisitos fundamentais da arbitragem e, apesar de várias discussões doutrinárias, o ato que constitui o árbitro não se confunde com o contrato de mandato ou com o contrato locação de serviços, mas configura-se verdadeiro contrato específico, distinto de qualquer outro previsto no Código Civil e dotado de características próprias, sendo intitulado de contrato de investidura.

Concluimos que a função do árbitro possui a natureza contratual na sua fonte, pois sua função origina-se de um contrato, mas também judicial em relação ao objeto.

A sentença arbitral pode ser, por vontade das partes, irrecorrível, não estamos com isso querendo nos referir à irrecorribilidade em abstrato, pois esta violaria o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, mas as partes podem decidir não recorrer da sentença arbitral. O que as partes não podem é criar outras hipóteses, além daquelas trazidas pela Lei de Arbitragem no artigo 32, para a nulidade da sentença arbitral.

Com relação às hipóteses de nulidade que, juntamente com a tomada de medidas cautelares e a condução forçada da testemunha para prestar depoimento, fazem parte das possibilidades de intervenção do Poder Judiciário na arbitragem, concluimos que nem sempre poderá a decisão estatal substituir a decisão arbitral inquinada de nulidade.

Isso porque, em relação aos incisos III (“não contiver os requisitos do art. 26”), IV (“for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”) e V (“não decidir todo o litígio submetido à arbitragem”) do artigo 32 da Lei 9.307/96, o julgamento da matéria não passará à competência do Poder Judiciário, mas o juiz estatal, diante da alegação de qualquer um desses incisos, determinará que o árbitro ou tribunal arbitral profira outra sentença que substituirá a

anterior (artigo 32, § 2º, II). Entretanto, como a Lei de Arbitragem não previu o prazo para a prolação de nova sentença arbitral, entende-se que caberá ao juiz estatal promover um acordo entre as partes e o árbitro a fim de se estabelecer data máxima para prolação da mesma.

Por fim, trouxemos no último capítulo, a análise de duas das mais importantes decisões do Supremo Tribunal Federal no que tange a arbitragem que, além de servir para demonstrar a aplicabilidade dos conceitos que foram trazidos ao longo do trabalho, serviram para chegarmos à conclusão de que hoje, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de não considerar inconstitucional a atitude do juiz que supre a vontade não manifestada da parte recalcitrante, a fim de que seja firmado o compromisso arbitral.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que demorou longos anos para ser tomado e, na realidade, não fora realizado por unanimidade (encontrando como o maior resistente o Ministro Sepúlveda Pertence e maior defensor o Ministro Nelson Jobim), foi de fundamental relevância para a continuidade da arbitragem interna.

Em havendo a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º, do artigo 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem, a mesma deixaria aos pouco de ser eleita pelas partes para solução dos seus litígios, pois bastaria que uma delas, mesmo tendo firmado o compromisso arbitral, se negasse a cumprir da cláusula compromissória para que o juiz nada pudesse fazer a esse respeito.

Estaríamos com isso, resumindo a possibilidade da arbitragem à vontade de ambas as partes a cumprir o preceito contido na cláusula compromissória, e ainda mais, estaríamos dando o direito a uma das partes descumprir uma obrigação contratual sem que a esta fosse aplicada nenhuma sanção.

O Brasil anda no caminho certo para a implementação da arbitragem. A Lei 9.307/96, como pudemos notar, trouxe alterações positivas nas legislações anteriores sobre a arbitragem,

facilitando um melhor acesso das partes à utilização do procedimento arbitral na solução de controvérsias patrimoniais.

A arbitragem, claro, possui aspectos que dificultam ainda sua aplicação. Talvez o estabelecimento de diretrizes éticas, edificadoras da conduta do árbitro, assim como a atuação dinâmica dos entes arbitrais e sua melhor divulgação entre a população, que por vezes nem tem conhecimento de sua existência, poderiam servir como impulsos para consolidar a implementação gradual e, por que não dizer definitiva, da cultura arbitral no Brasil.

O primeiro passo já foi dado: através do reconhecimento da sentença arbitral como título executivo judicial, independente de homologação do Poder Judiciário; da possibilidade da cláusula compromissória cheia, assim como o compromisso arbitral poderem instituir a arbitragem; a constitucionalidade da execução específica da cláusula compromissória; a devolução em alguns casos (artigo 32, III, IV e V) da sentença arbitral ao árbitro para que ele possa reformulá-la, representam inúmeros avanços à utilização da arbitragem.

Bibliografia

Artigos em revistas

BARBI FILHO, Celso. Cumprimento Judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 87, v. 749, pp. 104-123, março, 1998.

_____. Execução específica de cláusula arbitral. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 85, v.732, pp. 64-73, outubro, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Revista Jurídica**. Rio Grande do Sul, Notadez, ano 49, n° 282, pp. 19-26, abril, 2001.

BARRAL, Welber. Arbitragem e jurisdição. In: **Revista dos Instituto de pesquisas e estudos**. Bauru, Instituição Toledo de Ensino, n° 21, pp. 111-125, abril/ junho, 1998.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los médios alternativos de solucion da conflictos: bases para su implementacion. In: **Análise de la Facultad de Ciências Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**. Plata, Editorial de la Universidade Nacional de La Plata, Tomo XXXII, pp. 143-158, 1996.

BERTRAND, Edouard. Arbitration and mediacion: an impossible conciliation? In: **Revue de Droit des Affaires Internationales**. Paris, International Business Law Journal, no. 2, pp. 133-141, 2001.

CABRAL, Bernardo. A reforma do Judiciário. In: **Revista Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Ed. Diretoria de comunicação social da AMB, ano 5, n° 10, pp. 51 -60, 1° semestre de 2001.

CARMONA, Carlos Alberto. Das Boas relações entre os juízes e árbitros. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, Associação dos advogados de São Paulo, n° 51, pp. 17-24, outubro, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, Senado Federal, ano 25, n° 98, pp. 127-138, abr/ jun, 1988.

DE PAULA, Adriano Perácio. Da arbitragem nas relações de consumo. In: **Revista de Processo**. São Paulo, RT, ano 24, nº 94, pp. 140-153, abril/ junho, 1999.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. A nova Lei de Arbitragem e os contratos de adesão algumas considerações. In: **Ajuris**. Rio Grande do Sul, Generali Seguros, nº 69, pp. 347-358, março, 1997.

FILOMENO, José Geraldo Britto. Conflitos de consumo e juízo arbitral. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 21, pp. 38-50, jan/ mar, 1997.

FRADERA, Vera Maria Jacob. Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Padma, ano 2, vol. 9, pp. 97-118, jan/ mar, 2002.

FREITAS, Elisabeth Cristina Campos Martins. Considerações acerca da arbitragem e sua constitucionalidade. In: **Revista Jurídica**. Campinas, v. 15, nº 2, p. 90-98, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz, Netto. Transformações gerais do contrato. In: **Revista ESMAL**. Maceió, ESMAL, nº. 1, ISSN 1678-0450, pp. 242-253, 2002.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de Informação legislativa**. Brasília, Senado Federal, no. 141, pp. 99-109, jan/ março, 1999.

MACIEL, Marcos. Arbitragem e avanço institucional. In: **Revista do SFI**. Brasília, SFI, nº 3, 1997.

MANSO, Richard. Democratização do Poder Judiciário. In: **Revista Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Ed. Diretoria de comunicação social da AMB, ano 4, nº 8 , pp. 88-94, 1º semestre de 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka Vs. Aiglon em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º. do CDC. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, RT, no. 30, p. 221-239, outubro/ dezembro, 2000.

PATU JÚNIOR, Ruy Trezena. Mediação, Conciliação e Arbitragem. Alternativas à prestação jurisdicional convencional. In: **Revista da ESMAPE**. Recife, ESMAPE, ano 1, no. 2, p. 272-338, novembro, 1996.

ROQUE, Sebastião José. A Arbitragem implanta-se enfim no Brasil. In: **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, RT, Ano 4, no. 11, , pp. 375-380, janeiro/ março 2001.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi. As vantagens da arbitragem. In: **Revista do Instituto da Pesquisas e Estudos. Divisão Jurídica**. Bauru, Instituição Toledo de Ensino, n°. 22, pp. 271-277, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, RT, ano I, n° 2, pp.5-16, nov/ dez, 1999.

TIBURCIO, Carmem. A lei de arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu artigo. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, vol. 218: I-VI, pp.175- 195, out/ dez, 1999.

TRAPPE, Johannes. The Arbitral Proceedings. Fundamental Principles and Rights of the Parties. In: **Journal of International Arbitration**. Geneva, Journal of International Arbitration, vol. 15, n° 3, pp. 93-102, september, 1998.

VALENÇA FILHO, Clávio. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal. In: **Revista de Direito Bancário do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo, RT, Ano 5, n° 15, pp. 361-391, jan/ mar, 2002.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. In: **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, Universidade Estadual Paulista, 6 (10): 263-272, jan/ dez, 2001.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo, RBAR, n° 4, pp. 7-31, out/ dez, 2004.

WALD, Arnold. A validade da sentença arbitral parcial nas arbitragens submetidas ao regime da CCI. In: **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 17, ano 5, pp. 329-341, julho/ setembro, 2002.

Livros

ANGELIS, Dante Barrios de. **El Juicio Arbitral**. Montivideo: Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y ciencias Sociales de la Universidad de Montivideo, Seccion III- XCI, 1956.

BRAGHETTA, Adriana. **Conflito entre lei interna e tratado no âmbito da arbitragem – O Brasil e o MERCOSUL**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Programa de Pós-graduação em integração da América Latina.USP. Orientador: Paulo de Borba Casella, fevereiro de 2000.

BURDESE, Alberto. **Manuale di Diritto Privato Romano**. Milão:UTET, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNACINI, Tito. **Arbitraje**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1961.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral da arbitragem interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro**. São Paulo: RT, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: RT, 1997.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem questionamentos e perspectivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro princípios da independência e da imparcialidade**. São Paulo: LTR, 2001.

_____. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002.

_____. Dos Árbitros. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Curso de introdução à arbitragem**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA, Luis Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002.

MARSHALL, T. H.& BOTTMORE, Tom. **Ciudadanía y classe social**. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1990.

_____. Cláusula compromissória. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 216.

_____. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 298.

MARTINS, Pedro A. Batista. A convenção de Arbitragem. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 210.

_____. Cláusulas opcionais do compromisso. In: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 224.

_____. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 383.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol.I.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitraje en los países del MERCOSUR**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997.

_____. **Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul**. São Paulo: LTR, 1997.

RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira**. São Paulo: RT, 2004.

ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem a solução viável**. São Paulo: Ícone, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. São Paulo: Cortês Editora, 2001.

SATTA, Salvatore. **Contributo alla Dottrina dell' Arbitrato**. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1969.

STRENGER, Irineu. **Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTR, 1998.

VALENÇA FILHO, Clávio Melo. Sentença Arbitral Inexistente. In: **Reflexões sobre arbitragem**. São Paulo: LTR, 2002.

WALD, Arnold. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Ed. Alfa - Omega, 2001.

Artigos na Internet

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n.º. 55, março, 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 22 de maio de 2005.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Sentença estrangeira contestada 5847- 1, publicação DJ 17-12-99, Ementa Vol-01976-02. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha, publicação D.J. 30.04.2004, Ementário n.º. 2149-6. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de março de 2005.