

À Guisa de Introdução

1 DOZE ANOS DE VIGÊNCIA DA LEI DE ARBITRAGEM

Quando lancei a primeira edição destes comentários, há mais de dez anos, minha primeira preocupação foi vencer a resistência daqueles que, dada a falta de tradição no uso da arbitragem, não confiavam no desenvolvimento dos meios alternativos de solução de controvérsias no Brasil.

A resistência histórica à arbitragem, por conta dos empecilhos criados pelo antigo Código Civil, que maltratava o compromisso arbitral, seguido pelo Código de Processo Civil de 1939 (que não avançava muito em termos de juízo arbitral), culminando com o Código de Processo de 1973 (monumento jurídico, sem dúvida, mas que ficou devendo um tratamento vanguardeiro ao juízo arbitral), era justificável, criando-se entre nós a sensação de que a falta de tradição no manejo da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil fadaria o juízo arbitral ao total abandono.

Pontes de Miranda, sem favor algum um dos maiores juristas que nosso país já teve, chegou a asseverar, sem cerimônia, que o juízo arbitral “é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo”. E mais: “é arma efficacíssima do capitalismo tardio, eliminador da concorrência e da segurança extrínseca (da certeza sobre qual a lei que regeu e rege os negócios de cada um)”.¹ Como ele,

¹ Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XV, p. 344, Ed. Forense, 1977.

muitos outros mostraram-se agressivamente céticos (ou, pior, preconceituosos) acerca dos benefícios da solução arbitral dos conflitos, acreditando sempre que o instituto prestar-se-ia à proteção do capital e interesse estrangeiros em detrimento dos nacionais, numa associação totalmente atécnica entre arbitragem e transnacionalidade. Como detectou Stephen D. McCreary,² nas nações latino-americanas de modo geral a arbitragem vem se desenvolvendo de forma lenta, especialmente porque muitos países da região continuam a aderir à “Doutrina Calvo”, particularmente hostil à arbitragem internacional, em especial no que se refere a disputas entre investidores estrangeiros e o Estado: tais disputas acabam sendo submetidas às cortes domésticas, o que obviamente não satisfaz os investidores estrangeiros, que prefeririam resolver o conflito perante um tribunal arbitral.

Não foi necessário muito tempo para que essas opiniões pessimistas fossem totalmente destroçadas pela realidade: a arbitragem não se revelou método selvagem e abusivo de resolver litígios; os meios alternativos de solução de controvérsias floresceram no Brasil, na América Latina e no resto do planeta e não houve a tão propalada revolta do Poder Judiciário contra os mecanismos extrajudiciais de solução de litígios. Ao contrário, os juízes perceberam – como não poderia deixar de acontecer – que a somatória de esforços para vencer a maré montante de pleitos e demandas trouxe benefícios para todo o país. Cumpre deixar claro que em verdade houve poucas – mas estridentes – vozes que insistentemente alardeavam que os juízes não queriam e não precisavam de qualquer ajuda externa para resolver a crise em que mergulhou o Estado (e, com ele, o Poder Judiciário). Todos concluíram que a ajuda que os meios alternativos (entre eles a arbitragem) podem prestar é valiosa e não pode ser descartada. Também concluíram todos que não era fundado o medo de alguns de que a arbitragem concorresse com o Poder Judiciário na solução dos litígios: a experiência acabou por demonstrar que a arbitragem jamais poderia substituir a atividade jurisdicional protagonizada pelo Estado.

Essas polêmicas, que hoje são águas passadas, estavam em pauta nos instantes iniciais de vigência da Lei de Arbitragem. Hoje, tudo isso tem sabor histórico, já que a prática venceu a resistência dos mais ferrenhos conservadores, superando-se também os temores manifestados por alguns dos mais ilustres ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo se manifestado finalmente a Suprema Corte sobre a inexistência de qualquer inconstitucionalidade na Lei 9.307/96.³

De outra parte, os entusiastas extremados da arbitragem, que viam no instituto a panaceia para os males de que padece o Poder Judiciário, tiveram oportunidade de diminuir seu ardor, acomodando-se às limitações que a realidade impõe. A esses exagerados parecia que a arbitragem seria capaz de, por si só, aliviar a sobrecarga de processos que hoje sufoca os órgãos do Poder Judiciário, o que levou

² International arbitration in Latin America, in *Business America*, 11 fev. 1991, p. 17-18.

³ A constitucionalidade da Lei 9.307/96 foi apreciada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e incidental no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7.

até à redação de dispositivos como o art. 25 da Lei 7.244/84, depois substituído pelo art. 24 da Lei 9.099/95, ambos objetivando criar as condições propícias para a expansão da utilização do juízo arbitral nos Juizados Especiais.⁴ Como disse, a experiência acabou por revelar que, na maior parte dos Estados,⁵ as partes não se socorreram da arbitragem para resolver as controvérsias de menor complexidade levadas aos Juizados,⁶ sendo certo também que não houve, país a fora, uma explosão de causas arbitrais que pudesse revelar uma preferência da população pela via arbitral em detrimento do processo estatal. Assistiu-se a uma verdadeira acomodação, percebendo-se que paulatinamente – e de forma lenta – os contratos de cunho comercial e os contratos societários passaram a incorporar cláusulas compromissórias; a arbitragem passou a ser um assunto cogitado pelos advogados dos contratantes, que perceberam os benefícios de uma solução diferenciada para seus eventuais conflitos; multiplicaram-se os órgãos arbitrais (alguns excelentes, outros nem tanto), estando os advogados hoje razoavelmente informados sobre suas opções; surgiram novas revistas dedicadas à arbitragem, algumas de qualidade excepcional;⁷ e, sintoma relevante do sucesso da experiência arbitral no Brasil, os tribunais começam a manifestar-se sobre os mais variados temas relativos à Lei 9.307/96.

O indiscutível sucesso da arbitragem no Brasil leva-me, pois, a apresentar a terceira edição dos COMENTÁRIOS que submeti à comunidade jurídica em 1998. Muita coisa mudou desde então: o que era teoria pura passou a ser prática e cotidiano; o que era impressão passou a ser fato; o que era cogitação entrou para o mundo

⁴ Vide, sobre o tema, Carlos Alberto Carmona, “Arbitragem nos Juizados Especiais”, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, 24/96, p. 429-434.

⁵ O Estado do Paraná, porém, tem estatística impressionante (relativa ao ano de 1996) sobre o desenvolvimento da arbitragem nos Juizados Especiais. Até onde pude constatar, porém, a utilização da arbitragem naquele Estado, em sede de Juizados Especiais, deveu-se ao especial empenho dos juízes então encarregados da direção e implantação do sistema, que – preparados e extremamente dedicados – não mediram esforços para orientar a população acerca da vantagem, também naquela sede, de resolver conflitos através de árbitros, o que multiplicou a potencialidade dos Juizados.

⁶ Este enfoque – de alívio à sobrecarga do Poder Judiciário – foi adotado, inclusive, pela comissão encarregada de redigir o anteprojeto de lei de 1981, como chegou a afirmar o Des. Severo da Costa, um de seus membros mais ilustres. Elio Fazzalari, por sua vez, já percebia, na década de 1960, as vantagens da arbitragem na Itália como forma de permitir àqueles que não mais confiavam no Estado, de modo geral, o acesso à justiça: “Todavia, os árbitros estão agora absorvendo, entre nós, ao lado dos processos jurisdicionais cíveis, não apenas a normal função de fornecer a certos litigantes e para certas matérias um tipo de justiça mais flexível – quanto a formas e a juízo – mas também aquela, verdadeiramente extraordinária, de sustentar o choque e o peso de uma necessidade de justiça insatisfeita por causa da sobrecarga e do desempenho nem sempre feliz da jurisdição estatal” (“I processi arbitrali nell’ordinamento italiano”, in *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXIII (II série), 1968, p. 459-482, esp. p. 460, trad. livre).

⁷ Lembro, a título de exemplo, a *Revista de Arbitragem e Mediação* (Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo), e a *Revista Brasileira de Arbitragem* (publicação da Editora Síntese e do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr), ambas lançadas no início de 2004.

dos acontecimentos. Com base nessa experiência, reexaminei, na segunda edição deste compêndio, tudo o que disse em 1998, à luz da experiência; acrescento agora, com o advento desta terceira edição, as novas reflexões que a prática da arbitragem acabou por suscitar. Considero-me plenamente satisfeito, pois aconteceu tudo o que estava previsto: vencido o medo (reação normal ao desconhecido), a arbitragem foi redescoberta. Agora, é preciso refinar o conhecimento que todos os operadores puderam adquirir nestes poucos anos de vigência da Lei de Arbitragem. Estes comentários pretendem, portanto, facilitar a viagem pelos meandros da Lei!

2 OBSTÁCULOS À UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM ANTES DA LEI 9.307/96

Para compreender o alcance da Lei de Arbitragem, é preciso fazer, antes de mais nada, uma retrospectiva, que revele os obstáculos que o Código de Processo Civil de 1973 criava à utilização do mecanismo que agora floresce. Insisto: sem conhecer tais obstáculos, o intérprete não conseguirá entender o motivo que levou o legislador a dar eficácia tão ampla à cláusula compromissória, muito menos o motivo pelo qual a transformou em objeção processual. Mais ainda: sem a necessária atenção à história recente da lei, poderá passar despercebido ao intérprete o motivo que levou o legislador a dispensar o compromisso arbitral na instituição da arbitragem quando houver cláusula compromissória.

Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral.

A cláusula arbitral ou cláusula compromissória – dispositivo contratual em que as partes preveem que resolverão eventuais disputas surgidas em determinado negócio jurídico por meio da arbitragem – foi totalmente desprestigiada no direito interno brasileiro até o advento da Lei 9.307/96, de tal sorte que o Código de Processo Civil não permitia a instauração do juízo arbitral a não ser na presença do compromisso arbitral, único instrumento a autorizar a exceção de que tratava o art. 301, IX, do Estatuto de Processo, em sua versão original.⁸

⁸ Cite-se, por todos, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo Des. Franciulli Netto (ap. 107.779-2, 14ª Câm., julg. em 23.9.86, in RT 615:67-70). No corpo do acórdão, pode-se ler o seguinte trecho, que resume a postura adotada pelos tribunais antes da nova Lei de Arbitragem: “Para que a *exceptio ex compromisso*, oponível nos juízos estatais, nos termos do art. 301, IX, c/c o art. 267, VII, ambos do CPC, pudesse ser aceita, antes e acima de tudo, compromisso perfeito e acabado deveria existir, presentes todos os seus requisitos legais, entre os quais os essenciais ou necessários, previstos nos arts. 1.039 do CC e 1.074 do CPC. Este último dispositivo diz que esses requisitos devem estar presentes *sob pena de nulidade*.” E prossegue: “Ora, confrontados esses requisitos legais com

Nessa esteira, entendiam os tribunais pátrios que o desrespeito à cláusula arbitral não permitia a execução específica de obrigação de fazer, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos, reconhecidamente de difícil liquidação. Em outras palavras, a doutrina e a jurisprudência praticamente transformaram o *pacto de contrahendo* (cláusula compromissória) em verdadeiro *pactum nudum*, contribuindo para que os agentes do comércio (especialmente os agentes do comércio internacional) abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil.

Quanto à obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, alinhava-se o legislador (civil e processual) ao que havia de mais antigo e ultrapassado na matéria. Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência do Poder Judiciário, mesmo que *a posteriori*. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o *exequatur* retirava várias das vantagens do instituto: o **segredo**, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o **custo**, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a **celeridade**, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos...

Assim, enquanto a Bélgica (1972), a França (1980), Portugal (1986), a Itália (1983)⁹ e a Espanha (1988)¹⁰ aboliam ou pelo menos mitigavam a exigência de homologação de laudos arbitrais, o legislador brasileiro mantinha-se fiel às suas tradições históricas, emperrando a utilização do mecanismo de solução de controvérsias.

3 O ANTEPROJETO DE LEI DE 1981

Não tardou o próprio governo federal a perceber o atraso de nossa legislação nacional em relação à dos demais países, inclusive sul-americanos. Por isso mesmo, em 1981, aparecia o primeiro anteprojeto de lei sobre a arbitragem, elaborado por

o que da cláusula 16 emana, vê-se que, sem sombra de dúvida, na última se encontra inserida uma mera promessa de compromisso arbitral. Assim, quando muito, o desrespeito a essa cláusula poderia gerar uma controvérsia específica sobre o rompimento dessa promessa. Seja como for, como novo ajuste não foi feito, para que o compromisso se aperfeiçoasse, não deve a presente controvérsia ser subtraída do Poder Judiciário, que, como se sabe, existe exatamente para desempenhar, de modo primacial, essa função específica.”

⁹ O Código de Processo Civil italiano, que regula a arbitragem, já passou por mais duas reformas pontuais desde então: uma em 1994 e outra em 2006.

¹⁰ Em 2003 foi editada a nova lei espanhola sobre a arbitragem, em substituição à lei de 1988.

solicitação do extinto Ministério da Desburocratização, publicado no *Diário Oficial da União*, de 27.5.81, para a apresentação de críticas e sugestões.

Este primeiro anteprojeto – o primeiro de uma série de três, como se verá – procurava, em 28 artigos, dotar a arbitragem de mecanismos que permitissem largamente a utilização do instituto que, na opinião da comissão relatora, deveria retirar do aparelho judiciário parte substancial do trabalho que lhe era imposto.

Foram atacados os dois males de que padecia o instituto: dava o anteprojeto equiparação de efeitos entre compromisso e cláusula arbitral, de modo que na presença de um ou de outra poder-se-ia afastar a competência do juiz estatal, estabelecendo-se, ao mesmo tempo, disciplina própria para a execução específica de cláusula compromissória na hipótese de haver resistência de alguma das partes quanto à instituição da arbitragem; além disso, decretava o anteprojeto em questão a desnecessidade de homologação de laudo arbitral, que ficava equiparado a um título executivo extrajudicial.

Apesar de cuidadoso em alguns pontos, o anteprojeto deixava a desejar quanto à precisão técnica, sendo certo que as sugestões remetidas ao Ministério para o seu aperfeiçoamento poderiam ter preenchido algumas lacunas e aparado as arestas notadas. Infelizmente, o trabalho acabou esquecido em Brasília e foi simplesmente abandonado.

4 O ANTEPROJETO DE LEI DE 1986

O mesmo aconteceu com o anteprojeto de lei de 1986, publicado no *Diário da União*, de 27.2.87 (Portaria 76/87 do Ministério da Justiça), para receber sugestões.

Este segundo trabalho, à semelhança do anteprojeto anterior, previa que a mera estipulação de arbitragem seria suficiente para afastar a competência do juiz togado, dispondo minuciosamente sobre o procedimento da “ação de cumprimento de estipulação arbitral” (execução específica da obrigação de celebrar compromisso). Um dos grandes problemas relativos ao tema, porém, não foi solucionado pela comissão relatora: na ação de execução específica, não havendo acordo entre as partes para a nomeação de árbitro ou árbitros, cada parte deveria indicar o seu, cabendo a estes a indicação do árbitro desempatador (art. 23, combinado com o art. 7º), sem levar em consideração eventual previsão diversa da cláusula compromissória, que restaria superada. Curioso observar, de qualquer modo, que o anteprojeto em questão não empregou a expressão “convenção de arbitragem” (hoje constante do art. 3º da Lei 9.307/96), preferindo referir-se à cláusula compromissória e à estipulação da arbitragem (por instrumento ou termo), afirmando o texto projetado que a arbitragem estaria instituída tão logo assinado o instrumento (público ou particular) ou o termo judicial. Tal consideração mostra que a comissão redatora estava completamente apegada ao modelo do Código de Processo Civil que exigia o compromisso arbitral (que o projeto denominava instrumento

ou termo) para considerar instituída a arbitragem (arts. 6º e 11 do anteprojeto). Friso este ponto para mostrar que a Lei 9.307/96 não seguiu o mesmo padrão, tanto que o art. 19 da lei vigente atesta que a arbitragem estará instituída desde que o árbitro (ou os árbitros) aceite o encargo, independentemente, portanto, de celebração de compromisso arbitral!

Embora mais aprimorado que o primeiro trabalho, o anteprojeto publicado em 1987 continha alguns defeitos técnicos que acabaram por aconselhar o seu definitivo arquivamento. Entre outros tópicos de desajuste, cumpre citar o art. 1º, onde se confundia **arbitragem** (meio de solucionar controvérsias) com **arbitramento** (meio de integrar um elemento faltante em um contrato), pretendendo-se com isto, de modo impróprio, criar lei que pudesse servir aos dois propósitos. Outro ponto que restava sem disciplina adequada dizia respeito ao laudo proferido no exterior: considerando-se a equiparação do laudo aos títulos executivos extrajudiciais, não se previa qualquer tipo de reconhecimento judicial, limitando-se o único artigo que tratava do tema (art. 32), de maneira excessivamente simplista, a afirmar que o laudo estrangeiro, desde que constante de documento autenticado (consularizado e traduzido), teria eficácia executiva no Brasil, nos termos do art. 585, § 2º, do Código de Processo Civil. Tal solução, atécnica, efetivamente, não poderia ser aceita.

Contudo, se o anteprojeto indigitado tivesse sido objeto de discussão ampla, com a participação ativa da sociedade e dos setores técnicos interessados, bem como da comunidade científica, certamente poderiam ter sido supridas as falhas apontadas.

5 O ANTEPROJETO DE LEI DE 1988

Em 1988, veio à luz o último anteprojeto oferecido a debate pelo governo. Através da Portaria 298-A, de 20.6.88, o Ministério de Estado da Justiça convidava a sociedade a discutir mais um anteprojeto de lei sobre a arbitragem.

A comissão relatora, com o intuito de evitar mutilação no Código de Processo Civil, pretendia preservar sua unidade, alterando dez artigos daquele Estatuto para ali encartar os novos dispositivos que tornariam viável a arbitragem no Brasil.

Com tal intenção, procurou o anteprojeto disciplinar a cláusula compromissória juntamente com o compromisso, estatuinto que este e aquela poderiam servir para a instituição da arbitragem. O resultado mostrou que não houve atenção e cuidado necessários para a reforma do Código de Processo Civil então pretendida: o art. 1.074, na redação sugerida, disporia que tanto a cláusula arbitral quanto o compromisso deveriam conter, sob pena de nulidade, o objeto do litígio, o que não é razoável, já que a cláusula compromissória estabelece a solução arbitral para litígios eventuais e futuros, decorrentes de certa relação negocial, sendo impossível descrever o objeto do litígio antes mesmo de haver litígio ...

Outro equívoco do anteprojeto resultou da redação que se pretendia dar ao art. 1.078, §§ 1º e 2º, do Estatuto Processual: estabelecia-se ali, de forma surpreendente, que o laudo arbitral poderia estar sujeito a recurso de apelação, que seria julgado pelo Tribunal de Justiça local! Tal dispositivo certamente acabaria por prestar desserviço à causa da arbitragem, ao invés de agilizar e simplificar o procedimento arbitral.¹¹

Outro ponto a observar – e isto para reduzir estas notas introdutórias ao mínimo necessário para dar uma ideia acerca das falhas técnicas que levaram ao arquivamento do anteprojeto – refere-se à tentativa de inserir, no art. 1.079 do Código de Processo Civil, dispositivo que estabeleceria a obrigatoriedade de ser o árbitro (ou os árbitros) bacharel em direito.¹² É intuitivo que pretender que o árbitro seja sempre bacharel em direito pode resultar em desestímulo à arbitragem, já que há matérias técnicas a serem dirimidas que dispensam o bacharel e exigem a presença do técnico, o que foi reconhecido pela própria Ordem dos Advogados do Brasil, ao manifestar sua desaprovação ao dispositivo constante da proposta legislativa.¹³ Andou bem a Lei 9.307/96 ao disciplinar a questão em sentido dia-

¹¹ Em comentário ao anteprojeto de 1988, tive a oportunidade de asseverar o seguinte: “o dispositivo em questão (art. 1.078, parágrafos 1º e 2º) perde de vista o próprio objetivo da arbitragem, ou seja, afastar a intervenção do Poder Judiciário para a solução do litígio. Ademais, deixa de levar em consideração que as partes, se quiserem dispor acerca da possibilidade de revisão, podem instituir um tribunal arbitral recursal: pode também haver na instituição arbitral escolhida pelas partes a previsão de revisão da decisão arbitral, mas sempre dentro do próprio órgão arbitral” (“A propósito do novo anteprojeto de lei sobre a arbitragem no Brasil”, in *Jurisprudência Brasileira*, v. 142, p. 27-33, esp. p. 31).

¹² Eis a íntegra da redação que o anteprojeto pretendia dar ao art. 1.079 do Código de Processo Civil: “Art. 1.079. Pode ser árbitro quem quer que, tendo capacidade para os atos da vida civil, possua a confiança das partes. Excetuam-se, qualquer que seja a forma de designação:

I – os que não sejam bacharéis em Direito;

II – os legalmente impedidos de servirem como juízes (art. 134), ou os suspeitos de parcialidade (art. 135).

§ 1º Exige-se seja o árbitro alfabetizado, mas não que detenha o título de bacharel em Direito, se a sentença houver de obedecer a critérios de equidade.

§ 2º A exceção de suspeição ou de impedimento será apresentada, ao próprio árbitro e, ouvido este, em 5 (cinco) dias, se não concordar com a arguição, ao juiz para decisão.”

¹³ Ada Pellegrini Grinover, relatora de parecer sobre o anteprojeto apresentado em sessão de 16.8.88 ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e aprovado unanimemente pelo órgão de classe, assim resumia a questão: “A defesa da classe não pode nem deve significar um corporativismo cego. E sendo o árbitro também o juiz do fato (art. 1.087 CPC), seria, a meu ver, insensato exigir que sua escolha se fizesse sempre e necessariamente dentre bacharéis em direito, quando a questão pode envolver matérias não jurídicas, que exigem outro tipo de especialização. Bem recorda o especialista em arbitragem [a parecerista refere-se ao professor José Carlos de Magalhães] que o juiz pode valer-se de peritos, para as questões técnicas, o que não ocorre com a arbitragem. E esta, normalmente, exige conhecimentos especializados, pelo que a escolha do árbitro pode, mas não deve necessariamente, recair em advogados” (parecer de 8.8.88, processo nº 3.352/88, Conselho Federal da OAB, pleno, aprovado em 16.8.88).

metralmente oposto àquele pretendido pelo anteprojeto de 1988, já que o *caput* do art. 13 do diploma legal vigente estabelece que para ser árbitro basta a capacidade civil geral, sem qualquer outra qualificação acadêmica ou profissional.

Não tratou o anteprojeto da questão da homologação do laudo arbitral e muito menos dos problemas ligados ao laudo estrangeiro, de sorte que dois pontos cruciais para o funcionamento regular do instituto foram simplesmente desprezados. Dificilmente o esboço de lei poderia vingar com tantas imperfeições, e o seu arquivamento definitivo não tardou a concretizar-se, apesar das sugestões que foram feitas para as necessárias correções.

6 A OPERAÇÃO ARBITER

Depois da edição do último anteprojeto do governo, abateu-se o desânimo sobre os estudiosos da arbitragem, que haviam procurado, sem sucesso, contribuir para o aprimoramento dos trabalhos apresentados, esperando que algum deles pudesse ser encaminhado ao Congresso Nacional para discussão.

Percebeu-se que a iniciativa para alteração radical do Código de Processo Civil não haveria de partir de setores governamentais, mas deveria emergir da própria sociedade, através das categorias mais interessadas em fazer romper as teias em que se achava enredado o instituto da arbitragem no Brasil.

Foi assim que, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, no final de 1991, lançou-se a *Operação Arbitrer*,¹⁴ exatamente com o intuito de fazer discutir o instituto abandonado, elaborando anteprojeto de lei que, unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias.

O convite do Instituto Liberal – cuja iniciativa foi apoiada, desde logo, pela Associação Comercial de São Paulo e promovida pela Associação dos Advogados de Empresa de Pernambuco – foi aceito por diversas entidades, entre elas pela FIESP e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, a ele aderindo também professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da Faculdade de Direito Cândido Mendes (Rio de Janeiro), representantes de grandes escritórios de advocacia de São Paulo e do Rio de Janeiro, para mencionar apenas alguns. Em 5.11.91, iniciados os trabalhos para a elaboração do anteprojeto de lei, foi constituído um grupo de trabalho (comissão relatora),¹⁵ para apresentação do texto até o dia 9.12.91.

¹⁴ Vide, sobre o tema, a obra de Petrônio R. G. Muniz, *Operação Arbitrer: a História da Lei 9.307/96 sobre a Arbitragem Comercial no Brasil* (Instituto Tancredo Neves, Recife, 2005).

¹⁵ O grupo de trabalho foi composto por Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antonio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona.

O anteprojeto foi apresentado em reunião realizada em 9.12.91; debatido e aprovado pelos presentes, o trabalho recebeu sugestões, algumas incorporadas desde logo ao texto, texto esse que foi distribuído a todos os órgãos interessados, para apresentação de novas sugestões e emendas que seriam discutidas em reunião realizada na Associação Comercial de São Paulo, em 26.2.92.

A repercussão do trabalho apresentado foi além das expectativas. Foram recebidas sugestões dos mais diversos setores de atividades, de professores universitários, de membros do Poder Judiciário e da Câmara de Comércio Internacional, entre outros, sugestões estas analisadas pelo grupo de trabalho e discutidas na mencionada reunião de 26 de fevereiro. As sugestões aprovadas foram incorporadas ao texto, que recebeu sua forma final, acompanhado da justificação redigida pela comissão relatora.¹⁶

O anteprojeto, já em sua versão final, foi apresentado e discutido no Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial, realizado em Curitiba, PR, em 27 de abril de 1992.¹⁷

¹⁶ Sem razão, bem se vê, aqueles que afirmaram, logo após a edição da Lei 9.307/96, que os setores interessados da sociedade não teriam participado da elaboração e discussão do anteprojeto que se converteu, depois, em lei. Miguel Reale afirmou, em artigo publicado n'O *Estado de S. Paulo* (5.10.96) intitulado "Privatização da Justiça" que "a Lei 9.307, de 23.9.96, atravessou em silêncio todos os escaninhos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sem que dela tomassem o devido conhecimento, não digo os meios de comunicação, mas nem sequer os órgãos representativos do mundo jurídico". Clito Fornaciari Júnior, por sua vez, em contundente artigo publicado n'O *Estado de S. Paulo* (24.10.96) sob o título "E agora, Justiça?", asseverou que "o projeto que se converteu em lei tramitou totalmente à margem dos segmentos ligados à administração da Justiça, vindo a surpreender muita gente". Ao contrário do assegurado pelos insignes juristas, participaram das reuniões para discussão do anteprojeto de lei (e formularam valiosas contribuições) advogados, juízes e professores, sendo o trabalho final submetido ao crivo dos interessados em concorrido seminário realizado em Curitiba (PR). Depois de convertido em projeto, o esboço de lei foi divulgado amplamente nas revistas jurídicas de maior circulação no país. As críticas, portanto, não podem ser acolhidas, por contrariarem os fatos.

¹⁷ O Seminário Nacional sobre a Arbitragem Comercial realizou-se na cidade de Curitiba, em 27.4.92, com o objetivo de divulgar e debater o anteprojeto de lei da *Operação Arbitr*. Coube ao professor José Carlos Barbosa Moreira a palestra introdutória sobre arbitragem nacional ("A Arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro"); em seguida, o professor Guido Fernando Silva Soares dissertou sobre a arbitragem internacional ("A arbitragem Internacional e seus Reflexos no Direito Brasileiro"). As palestras foram seguidas de exposições de casos práticos por representantes da CBA (Câmara Brasileira de Arbitragem), CCI (Câmara de Comércio Internacional) e CIC-BR (Câmara de Comércio Internacional do Brasil). Na segunda parte do seminário, os relatores do anteprojeto fizeram uma exposição do seu trabalho, franqueando-se após a palavra aos presentes para perguntas e sugestões. O encerramento do evento foi marcado por discurso do então senador Marco Maciel, patrono do projeto no Congresso Nacional.

7 ORIENTAÇÃO DO ANTEPROJETO QUE SE CONVERTEU EM LEI: QUESTÕES PRÉVIAS

Ao iniciar a redação do anteprojeto, a comissão deparou-se com as seguintes questões: deveria ater-se aos anteprojetos anteriores, ou deveria esquecê-los, criando disciplina nova para a arbitragem? Valeria a pena introduzir no Brasil disciplina radicalmente diversa daquela então em vigor ou seria melhor não destruir totalmente o sistema à época vigente? Conviria ou não disciplinar o reconhecimento e a execução dos laudos estrangeiros?

A resposta a estas perguntas mostra desde logo a tônica do anteprojeto, que acabou por converter-se em lei. A comissão relatora, obviamente, não poderia simplesmente ignorar os anteprojetos anteriores, oriundos do extinto Ministério da Desburocratização e do Ministério da Justiça. É verdade, porém, que o terceiro anteprojeto (de 1988) não pôde contribuir em quase nada para o trabalho que se realizou, preferindo a comissão ater-se ao que havia de útil nos dois primeiros esboços de lei (1981 e 1986), que serviram de guia para a redação do anteprojeto da *Operação Arbitrer*.

A comissão foi buscar subsídio especialmente na legislação espanhola então vigente (de 1988) e na Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial da Uncitral,¹⁸ sem esquecer as disposições das Convenções de Nova Iorque (1958) e do Panamá (1975). Vale lembrar que, à época da edição da Lei de Arbitragem, apenas a Convenção do Panamá estava em vigor, graças ao Decreto nº 1.902, de 9.5.96 (o texto da Convenção foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 90, de 6.6.95); o texto da Convenção de Nova Iorque somente foi aprovado em abril de 2002 (Decreto Legislativo nº 52, de 25.4.2002), sendo finalmente promulgada a Convenção pelo Decreto nº 4.311, de 23.7.2002.

Procurou a comissão, em alguns aspectos, não estabelecer disciplina extremamente radical para a arbitragem. Assim, não aboliu o legislador brasileiro – como se fez na Espanha – a diferença entre cláusula e compromisso, limitando-se a prestigiar aquela espécie de convenção de arbitragem (cláusula arbitral) como fator de exclusão da jurisdição estatal, estabelecendo, porém, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário se as partes, diante de cláusula compromissória vaga ou vazia, não conseguirem instituir o juízo arbitral (art. 7º). Da mesma forma, a condução de testemunhas renitentes será feita sob o controle do órgão do Poder Judiciário (e não diretamente pela autoridade policial, a pedido do árbitro, como se chegou a cogitar no âmbito da comissão relatora do anteprojeto), disciplinando-se por fim a forma de cooperação do juiz togado com o árbitro em caso de necessidade de tutela cautelar. Apesar da dispensa do procedimento de homo-

¹⁸ Vide, quanto aos dispositivos da Lei Modelo incorporados à nova lei de arbitragem, o artigo de Selma Maria Ferreira Lemes intitulado “Princípios e origens da lei de arbitragem”, in *Revista do Advogado*, v. 51, outubro de 1997, p. 32-35.

logação do laudo, criou-se mecanismo ágil de impugnação da decisão arbitral por meio de demanda própria (art. 33), mantendo-se ainda a possibilidade de ataque (para laudos condenatórios) mediante ação de embargos do devedor na execução.

Por fim, a disciplina do reconhecimento e execução do laudo estrangeiro fazia-se absolutamente imprescindível, para que o Brasil pudesse integrar-se tão completamente quanto possível ao concerto das nações, já que àquela altura (início dos anos 90) não havíamos ainda ratificado a Convenção de Nova Iorque de 1958 (e a ratificação da Convenção do Panamá de 1975 só aconteceu poucos meses antes da promulgação da Lei de Arbitragem). Colocou-se um basta no “sistema da dupla homologação” até então vigente no Brasil, segundo o qual poderia ser reconhecido o laudo arbitral estrangeiro se tivesse sido previamente homologado pelo órgão judicial do lugar em que tivesse sido proferido.¹⁹

8 A TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI NO CONGRESSO NACIONAL

Findo o trabalho de redação do anteprojeto, teve início o processo legislativo para sua conversão em lei. Em junho de 1992, o então Senador (e depois Vice-Presidente da República) Marco Maciel apresentou o esboço de lei à Câmara Alta. O projeto de lei recebeu o número 78/92.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado aprovou o projeto nos termos do Parecer nº 221, publicado no *Diário do Congresso Nacional* de 3.6.93 (Secção II), não tendo havido recurso regimental contra a decisão da comissão. Aprovado assim o projeto no Senado Federal, foi ele enviado em 14.6.93 à Câmara dos Deputados para a revisão de que trata o art. 65 da Constituição Federal.

Na Câmara o projeto – que recebeu o número 4.018/93 – teve processamento bastante lento, tanto que apenas em março de 1995 o presidente da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias determinou sua divulgação para recebimento de eventuais emendas.

Em abril de 1995 a Comissão, tendo como relator o deputado Celso Russomano, opinou pela aprovação do projeto, sugerindo emenda para modificação do § 2º do art. 4º do projeto.²⁰

¹⁹ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era pacífica a esse respeito, conforme se pode conferir no estudo de Guido Fernando Silva Soares intitulado “O Supremo Tribunal Federal e as arbitragens comerciais internacionais: *de lege ferenda*”, in *Revista dos Tribunais* 642:38-71. Pouco antes da vigência da Lei 9.307/96, porém, a Suprema Corte passou a cogitar da possibilidade de homologação direta de laudo arbitral estrangeiro proferido em país onde não houvesse procedimento homologatório (como ocorre em Portugal e na Espanha).

²⁰ Em sua redação original – aprovada em primeira votação no Senado – o anteprojeto dispunha no art. 4º, § 2º, que “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só teria eficácia se o aderente

Aprovado pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, o projeto de lei foi submetido, em maio de 1995, à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, atuando como relator o professor e deputado paulista Regis de Oliveira. O parecer do relator, depois de judiciosas observações sobre a constitucionalidade da arbitragem, foi no sentido da aprovação do projeto, com a incorporação da emenda da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias.²¹

Levado a plenário para discussão, foram apresentadas 12 (doze) propostas de emendas.²² A Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, acolhendo em 24.4.95 parecer do relator, Dep. Celso Russomano (datado de 27 de março do mesmo ano), opinou pela rejeição de todas as emendas; a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, por sua vez, aprovou em 28.5.96 parecer do relator, Dep. Regis de Oliveira (de 15.11.95), no sentido de rejeitar 11 das 12 emendas acima mencionadas, propondo subemenda no sentido de que fosse suprimida no art. 44 da Lei a revogação do inciso VII do art. 51 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), de tal sorte que continuaria (como continua) a vigorar o dispositivo que considera **nula**, nas relações do consumo, a cláusula contratual que determine a utilização compulsória da arbitragem.

Após manifestação de diversos parlamentares (registraram análises críticas os Deputados José Genoíno, Nilson Gibson e Jarbas Lima), a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei em junho de 1996, com a subemenda proposta pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, devolvendo-se o projeto à casa

tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição". Na Câmara, o deputado paulista que presidiu a Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias sugeriu modificação no parágrafo referido, para "acrescentar a exigência de que a instituição ou concordância do aderente à cláusula compromissória se dê por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula" (conf. parecer de 24.4.95). A emenda (infelizmente, como se poderá constar nos comentários do artigo em questão!) foi aprovada pela comissão e incorporou-se ao projeto de lei.

²¹ O parecer do ilustre professor do Largo São Francisco, Regis de Oliveira, datado de 1º.8.95 e aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados em 20 de setembro do mesmo ano, tem especial importância no que se refere à constitucionalidade da arbitragem.

²² O deputado Milton Mendes apresentou dez emendas ao projeto, emendas estas que, se aprovadas, descaracterizariam as reformas que acabaram sendo introduzidas pela lei. Algumas sugestões do deputado diziam respeito à terminologia (v.g., queria o deputado fazer substituir a expressão **sentença arbitral** por **laudo arbitral**); outras diziam respeito à própria utilização do instituto da arbitragem no Brasil (v.g., queria o parlamentar que a arbitragem somente pudesse realizar-se para a solução de questões cujo valor superasse o equivalente a 200.000 UFIR, ou, ainda, que a homologação dos laudos arbitrais continuasse a ser obrigatória). O deputado Aldo Arantes apresentou duas emendas ao projeto de lei, a primeira para substituir a redação do artigo 31 (queria o parlamentar que os laudos arbitrais fossem obrigatoriamente sujeitos à homologação em juízo, mantendo em vigor os artigos 1.098 a 1.102 do Código de Processo Civil) e a segunda para suprimir o art. 34 (que trata do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira no Brasil) e a parte final do § 2º do art. 2º.

de origem (Senado Federal) para os efeitos do art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal.

O Senado Federal aprovou o projeto, com as duas alterações introduzidas na Câmara de Deputados (adendo ao § 2º do art. 4º e supressão da referência ao art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor no art. 44), e o Presidente da República sancionou a Lei de Arbitragem em sessão solene (23.9.96), fazendo publicar o texto no *Diário Oficial* de 24.9.96; a nova lei entrou em vigência 60 dias após sua publicação.

9 ESTRUTURA DA LEI DE ARBITRAGEM

A Lei sobre a Arbitragem no Brasil compõe-se de 7 (sete) capítulos e 44 (quarenta e quatro) artigos.

Talvez fosse recomendável que – à semelhança da Itália e da França – a disciplina da arbitragem viesse inserida no próprio bojo do Código de Processo Civil, evitando-se quebrar a sistemática do Estatuto Processual. A tarefa, porém, provou ser impossível, já que a técnica da *novellazione* – adotada na Itália tanto na reforma de 1983 (Lei 28/83) como nas reformas de 1994 (Lei 25/94) e de 2006 (Decreto legislativo 40/2006) – com a inserção de novos dispositivos e derrogação de outros já existentes, não favoreceria a clareza das normas. Por outro lado, considerando a especificidade do instituto e o fato de que a Lei contém normas que não podem ser consideradas apenas processuais, optou o legislador por estabelecer as regras acerca da arbitragem em diploma apartado do Código, revogando todo o Capítulo XIV, Título I do Livro IV da Lei 5.869/73 e também o Capítulo X, Título II do Livro III do antigo Código Civil (Lei 3.071/16),²³ na esteira, aliás, da tendência dos países que vêm renovando sua legislação em matéria de arbitragem.²⁴

²³ A rigor, não seria necessário revogar o capítulo referido do antigo Código Civil (artigos 1.037 a 1.048), pois o Código de Processo de 1973, ao cuidar da matéria até então disciplinada pelo Estatuto Civil (compromisso arbitral) já o havia revogado na parte em questão. Porém, para não deixar dúvida, a Lei 9.307/96 (art. 41, I) revogou expressamente os arts. 1.037 a 1.048 do antigo Código Civil. O novo Código Civil (Lei 10.406/02) dedicou – inutilmente, diga-se de passagem – 3 (três) artigos para tratar do compromisso (arts. 851 a 853), reportando-se o último desses dispositivos (art. 853) à lei especial que dispõe sobre o juízo arbitral (ou seja, à Lei 9.307/96).

²⁴ Portugal (1986), Espanha (1988-2003), Peru (1993-2008), Inglaterra (1996), Venezuela (1998), Suécia (1999) e Paraguai (2002) optaram por legislação arbitral separada e independente do Código de Processo; França (1980-1981), Itália (1983-1994), Países Baixos (1986) e Alemanha (1998), porém, preferiram solução diversa, incorporando a matéria em seus respectivos Códigos de Processo Civil. Na Argentina, o *Proyecto de Ley de Arbitraje* (de 1991) pretende revogar todo o Livro VI do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, estabelecendo, assim, legislação independente para regular a arbitragem. O legislador mexicano incorporou a nova disciplina sobre a arbitragem comercial (lei de 22 de julho de 1993) ao Código de Comércio (Título IV).

10 AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Para que possam recorrer a este meio de solução de controvérsias – que tem natureza jurisdicional²⁵ os interessados devem ser capazes de contratar (capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. O novo Código Civil, nos arts. 851 e 852, reforça tal premissa (que estava suficientemente clara no primeiro artigo da Lei 9.307/96), ou seja, de que é possível fiar-se em árbitros desde que os contratantes tenham capacidade de contratar (art. 851) e desde que o litígio não diga respeito a questões de estado, de direito pessoal de família e de outras questões “que não tenham caráter estritamente patrimonial” (art. 852).

Segundo a Lei de Arbitragem, as partes têm liberdade de escolher o direito – material e processual – aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

Prestigiu-se em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da Lei. Sabe-se que no Brasil o princípio da autonomia da vontade encontra alguma dificuldade em sua aplicação, afirmando Irineu Strenger que o princípio foi abandonado pela Lei de Introdução ao Código Civil, porque “dava margem a muita controvérsia, a muita discussão”.²⁶ Em sede de arbitragem, porém, muitos problemas são resolvidos com a expressa escolha da lei aplicável pelas próprias partes, de tal sorte que o árbitro não terá que recorrer às regras de conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto. Faz-se mister frisar que as “regras de direito”, a que se refere o art. 2º, § 1º, são tanto de direito material quanto processual: quanto às regras de direito processual, nada impede que as partes criem normas específicas para solucionar o litígio, reportem-se às regras de um órgão arbitral institucional ou até mesmo adotem as regras procedimentais de um código de processo civil estrangeiro.²⁷

²⁵ Vide, sobre a jurisdicionalidade da arbitragem, Carlos Alberto Carmona, “Arbitragem e jurisdição”, in *Revista de Processo*, 58:33-40.

²⁶ Irineu Strenger, *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1978, p. 396.

²⁷ Esta última hipótese – adoção para a arbitragem das regras procedimentais de um código de processo civil estrangeiro – embora pouco ortodoxa, é perfeitamente possível, desde que sejam respeitados os princípios da ampla defesa, contraditório, imparcialidade, igualdade das partes e livre convencimento do árbitro.

11 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

À semelhança do que ocorreu na França no início da década de 1980, a Lei 9.307/96 tratou, no mesmo capítulo, da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, sob a denominação conjunta de **convenção de arbitragem**.²⁸

Segundo a sistemática adotada, tanto a cláusula quanto o compromisso excluem a jurisdição estatal, efeito que até o advento da Lei 9.307/96 só era produzido pelo compromisso arbitral, *ex vi* do art. 301, IX, do Código de Processo Civil, em sua redação original. Tal efeito unificado da cláusula e do compromisso é condição *sine qua non* para o regular funcionamento da arbitragem.

Desta forma, a cláusula compromissória – pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica – passou a ser apta a afastar a competência do juiz estatal.

O legislador não quis ousar demais: poderia ter feito, como na Espanha, a completa identificação entre a cláusula e o compromisso, deixando inclusive de utilizar terminologia diferenciada (os espanhóis tratam apenas do *convenio arbitral*, abandonando os vocábulos **cláusula** e **compromisso**), tudo para demonstrar a ruptura do velho sistema que revelava ser a cláusula um mero pré-contrato de compromisso. Muito embora o legislador brasileiro não tenha revolucionado a terminologia predominante, mudou por completo os conceitos: hoje, no Brasil, pode-se instituir arbitragem apenas e tão somente com base em cláusula compromissória, dispensada a formalidade do compromisso.²⁹

12 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Tendo em vista que o direito positivo brasileiro não se preocupou – até o advento da Lei 9.307/96 – com a normatização da cláusula compromissória, o legislador foi particularmente atencioso com relação ao tema, especialmente porque

²⁸ Note-se o equívoco cometido pelo novo Código Civil ao inserir, no Capítulo XX, Título VI, Livro I (parte especial), sob a rubrica “Do Compromisso”, dois dispositivos que tratam nominalmente do compromisso (arts. 851 e 852) e um dispositivo que trata exclusivamente da cláusula compromissória (art. 853). A rigor, o Título XX deveria denominar-se “Da Convenção de Arbitragem”, já que os 3 (três) artigos dedicados pelo novo Código Civil à arbitragem (todos os três de técnica sofrível) dizem respeito tanto ao compromisso quanto à cláusula. Efetivamente, o legislador civil deveria ter silenciado sobre o tema, já que os malfadados dispositivos nada acrescentam à disciplina da arbitragem no Brasil.

²⁹ O compromisso será mera formalidade se a cláusula compromissória for completa: neste caso, por conta do disposto no art. 5º da Lei, bastará acionar os mecanismos predeterminados pelas partes na convenção de arbitragem para que se instaure o juízo arbitral, que se considera instituído com a aceitação, pelo árbitro, do encargo, independentemente de compromisso, repita-se!

a cláusula deixou de ser apenas um pré-contrato de compromisso, eis que, nos termos do art. 5º, o juízo arbitral pode ser instituído (art. 19) sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral.

Estabeleceu a lei que a cláusula pode estar ou não inserida no corpo de um contrato, de tal sorte que a avença será contemporânea ao contrato ou posterior a ele: nesta última hipótese, a cláusula será convencionada através da troca de cartas, telegramas, telex ou mesmo facsímiles que se reportem a um negócio jurídico, prevendo a solução de eventuais e futuras controvérsias por arbitragem. Não descarto, outrossim, a possibilidade de validar-se a cláusula estipulada por troca de mensagens eletrônicas.

Uma barreira às cláusulas arbitrais foi estabelecida quanto aos contratos de adesão: o objetivo foi evitar sua banalização, através da inclusão da cláusula, indiscriminadamente, em condições gerais de negócios, normalmente impressas e às quais o contratante adere em bloco. O § 2º do art. 4º, entretanto, com a emenda recebida na Câmara dos Deputados, perdeu o vigor que lhe dava o anteprojeto, que fazia depender sua eficácia da vontade do aderente (de acordo com a redação dada pela comissão de redação do anteprojeto, o aderente poderia livremente recorrer ao Poder Judiciário para dirimir uma controvérsia, sem ter que enfrentar alegação de fato impeditivo para o prosseguimento do feito, enquanto o polícitante só poderá recorrer ao Poder Judiciário se o aderente não quisesse recorrer à solução arbitral).³⁰

13 EXECUÇÃO ESPECÍFICA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Fazia-se imprescindível – diante da força que se deu à cláusula compromissória – estabelecer de forma criteriosa um procedimento rápido e eficaz para a hipótese de resistir uma das partes à instituição do tribunal arbitral, quando do surgimento de controvérsia abrangida pela convenção. O art. 7º será assim invocado quando o juiz deparar-se com **cláusulas compromissórias vazias**, ou seja, cláusulas que se limitem a afirmar que qualquer litígio decorrente de um determinado negócio jurídico será solucionado por meio da arbitragem.³¹ Nessa hipótese, os poderes do

³⁰ A redação do art. 4º, § 2º, foi dada por emenda (aliás, subemenda) da Câmara dos Deputados, tornando o dispositivo pouco prático e, em certa medida, incompreensível, como se verá nos comentários.

³¹ Tais cláusulas, sem indicação da forma pela qual serão nomeados os árbitros, são consideradas nulas na França (*ex vi* do dispositivo no art. 1.443, segunda parte, do *Code de Procedure Civile*). No Brasil, não há por que seguir a lição francesa, de tal sorte que a cláusula é válida e produz plenos efeitos, apesar de nada dispor sobre a nomeação de árbitros, procedimentos etc. Bastará, para sua validade, que a cláusula se reporte a uma relação jurídica específica, pois, como lembram Medina e Merchán, é indispensável que o contrato preliminar proporcione a fixação, ao menos, “da relação jurídica concreta sobre a qual há de versar a futura arbitragem, pois não é válida uma renúncia

juiz serão bastante amplos, não só para a nomeação de árbitro (o § 4º do artigo já referido dispõe que o juiz **poderá** nomear árbitro único, ficando, entretanto, a seu critério a nomeação de um colegiado), mas também para a fixação de outros elementos necessários ou úteis ao desenvolvimento do processo arbitral, tais como a indicação precisa das questões a serem resolvidas, prazo de apresentação do laudo e local de realização dos atos da arbitragem.

Os inconvenientes de uma cláusula arbitral vazia são notórios, de forma que esta deve sempre que possível ser evitada, procurando as partes reportar-se desde logo às regras de um órgão arbitral institucional ou então prever na própria cláusula a forma desejada de nomeação de árbitro (ou árbitros) – o que evitará o procedimento do art. 7º da lei – prazos, procedimentos etc., evitando-se controvérsia futura, seja quanto à constituição do órgão arbitral, seja quanto ao desenvolvimento do processo arbitral.

14 COMPETÊNCIA DO ÁRBITRO

Quanto à competência expressamente conferida ao árbitro para decidir sobre sua própria competência, a polêmica é antiga: não poucos estudiosos – como é o caso de José Carlos de Magalhães³² – negavam ao árbitro (em princípio e sob a égide da lei antiga) tal atribuição, o que gerava mais um problema para a instituição do juízo arbitral, já que bastava alegar a invalidade da cláusula ou do compromisso para bloquear a atividade do árbitro. Agora, o parágrafo único do art. 8º não deixa margem alguma a dúvidas, atribuindo ao árbitro o poder de decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula e do compromisso, bem como do próprio contrato que contenha a cláusula compromissória.

Consagrou-se, em outras palavras, a autonomia da cláusula compromissória: ainda que o contrato em que esta esteja inserida seja viciado, a mesma sorte não terá – necessariamente – a cláusula. E diz-se **necessariamente** porque, em algumas hipóteses, será inevitável a falência da cláusula compromissória diante da destruição do contrato em que estiver inserida: basta imaginar que o contra-

geral à ação judicial (à jurisdição estatal) a respeito de todos os direitos de uma pessoa” (José M. Chillán Medina e José F. Merino Merchán, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Madrid, Editorial Civitas, 1978, p. 123, trad. livre).

³² Para José Carlos de Magalhães – que se manifestou antes da promulgação da Lei 9.307/96 – os árbitros somente teriam competência para decidir sobre sua própria competência se houvesse expressa previsão na cláusula arbitral. Caso contrário, incidiria a regra geral, assim enunciada pelo professor do Largo São Francisco: “Se a parte objeta contra a instituição do juízo arbitral, por entender nulo o contrato e a cláusula arbitral, falece ao árbitro autoridade para decidir sobre sua própria competência e, nesse caso, somente ao juiz caberia decidir esta controvérsia” (“A arbitragem internacional privada”, in *Arbitragem Comercial*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1986, p. 24).

tante seja incapaz, que a assinatura aposta no instrumento seja falsa etc. Caberá, portanto, ao árbitro decidir se o ato das partes que estabelece sua própria competência tem ou não eficácia. Se o árbitro decidir pela nulidade da convenção de arbitragem, proferirá sentença terminativa (o laudo, portanto, terá conteúdo meramente processual).

15 COMPROMISSO ARBITRAL: ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS

A Lei de Arbitragem alterou o quadro dos elementos obrigatórios do compromisso, em comparação com o que exigia o Código de Processo Civil (art. 1.074). Exige a lei vigente a qualificação das partes (incluindo estado civil, que pode ser relevante para aferir a necessidade de participação do cônjuge no juízo arbitral, na hipótese de versar o litígio sobre bens imóveis, por exemplo), a qualificação dos árbitros ou a especificação da entidade que os indicará (o que, desde logo, demonstra que as partes poderão delegar a um órgão especializado ou não em arbitragem a indicação de árbitros), a matéria que será objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Muito embora a Lei (art. 10) não o diga – pois não era necessário – a ausência de algum dos elementos **obrigatórios** do compromisso poderá implicar sua nulidade.

Quanto à nomeação de árbitros, cabem desde já algumas observações que parecem relevantes: o inciso II do art. 10 permite que as partes **deleguem** a uma entidade a função de indicar árbitro ou árbitros. A fim de respeitar ao máximo a vontade das partes, não se exige que a entidade delegada seja um órgão arbitral institucional. Podem, pois, as partes convencionar que a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Regional de Economia ou a diretoria da Faculdade de Engenharia da USP indique os árbitros. Mas as partes, ao estabelecerem tal delegação, devem antes de mais nada verificar se tais órgãos podem aceitá-la e se estão dispostos a colaborar com a tarefa, pois a simples indicação da entidade delegada no compromisso não a obriga a proceder à designação de árbitros. E mais: não podem as partes estabelecer que a indicação de árbitros seja feita pelo presidente de um determinado tribunal estatal ou por uma de suas câmaras ou turmas, já que nem os presidentes dos tribunais nem os integrantes dos seus órgãos fracionários têm competência funcional para tanto.

O que fazer na hipótese de a entidade apontada no compromisso recusar-se a indicar árbitro? A solução encontra-se no art. 16, § 2º da Lei: se as partes não chegarem a um acordo sobre a forma de nomear o árbitro, a parte mais diligente poderá recorrer ao Poder Judiciário na forma prevista no art. 7º, evitando-se com isso o indesejável perecimento do compromisso.

Pode causar perplexidade o inciso IV do art. 10, erigido a requisito obrigatório do compromisso. A questão merece explicação e está relacionada ao conceito

adotado para sentença arbitral estrangeira (art. 34, parágrafo único). A fim de evitar discussões infundáveis sobre a definição de **arbitragem internacional** (com o objetivo de qualificar a sentença arbitral como estrangeira ou nacional), optou-se por critério objetivo, considerando nacional a sentença arbitral proferida em território brasileiro, ainda que todo o procedimento arbitral tenha-se desenvolvido no exterior. Portanto, é importante precisar o lugar em que a sentença haverá de ser proferida para aferir-se desde logo se será ou não necessário o procedimento de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras de que trata o Capítulo VI da Lei.

16 ELEMENTOS FACULTATIVOS DO COMPROMISSO ARBITRAL

Dentre os elementos facultativos que o compromisso pode conter, para facilitar, delimitar e orientar a tarefa do árbitro, a Lei arrolou o local (ou locais) onde se desenvolverá a arbitragem. Já se viu que o lugar em que o laudo será proferido deve constar obrigatoriamente do compromisso (art. 10, IV), o mesmo não acontecendo com o local da arbitragem, cuja fixação pode ser deixada a cargo do árbitro (ou do tribunal arbitral). Nada impede que os atos processuais da arbitragem sejam desenvolvidos em locais diferentes, realizando-se, por exemplo, sessões ou audiências ora na localidade em que se situa a sede ou domicílio de uma das partes, ora na sede ou domicílio da outra. Em outros termos, a **sede da arbitragem** – conceito importante em outros sistemas jurídicos que não o nosso³³ – não precisa ser fixada necessariamente no compromisso arbitral.

Outra faculdade das partes é a autorização para que os árbitros julguem por equidade, ou seja, decidam sem a aplicação das normas postas que incidiram na espécie. É claro, entretanto, que a autorização para julgar por equidade não permite aos árbitros abandonar a observância das normas jurídicas de ordem pública. De outro lado, nada impede que os árbitros, autorizados a julgar por equidade, apliquem o direito estrito se este coincidir com a equidade no caso concreto.

³³ No ordenamento italiano, por exemplo, a ideia de **sede da arbitragem** é relevante para determinar a esfera de eficácia das normas peninsulares. Como explica Edoardo F. Ricci, “depende, de fato, da prévia fixação da sede em um lugar preciso, compreendido dentro dos confins da República, seja a individuação do pretor territorialmente competente para proferir a decisão de executividade do laudo nos termos do art. 825 do CPC, seja a individuação da Corte de Apelação competente por território para pronunciar-se sobre a impugnação por nulidade nos termos do art. 828 do CPC, seja a individuação da Corte de Apelação territorialmente competente para pronunciar-se sobre eventuais demandas revocatórias ou de embargos de terceiro nos termos do art. 831 do CPC; e quando faltar a fixação da sede no território da República, o laudo não pode ser nem declarado executivo por meio do procedimento previsto no art. 825 do CPC, nem poderá ser impugnado diante da autoridade judiciária do nosso país. (...)” (*Nuove Disposizioni in Materia di Arbitrato e Disciplina dell'Arbitrato Internazionale*, G. Tarzia, R. Luzzatto e Edoardo Ricci, Pádua, Cedam, 1995, p. 85, trad. livre).

Convém que as partes fixem o prazo para apresentação do laudo (art. 11, III). Se os contratantes não o fizerem, aplica-se o prazo de seis meses previsto no art. 23.

A indicação da lei ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem é outra faculdade das partes, que está em consonância com a previsão dos §§ 1º e 2º do art. 2º.

A declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e despesas com a arbitragem deixou de ser requisito obrigatório do compromisso (como previa o Código de Processo Civil, art. 1.074, IV) para tornar-se elemento meramente facultativo. Presume-se que o árbitro desempenhe sua atividade a título oneroso, de forma que, não havendo estipulação sobre seus honorários, deverá ele dirigir-se ao Poder Judiciário para fixação e cobrança de sua remuneração. O procedimento a utilizar será o comum (na maior parte dos casos, sumário, *ex vi* do art. 275, II, “f”, do Código de Processo Civil) e os contratantes são solidariamente responsáveis pelos honorários do árbitro, já que ambos o contrataram, independentemente do resultado da arbitragem, a não ser que o contrário conste da convenção de arbitragem. Em outras palavras, mesmo a parte vencedora no juízo arbitral pode ser instada a pagar integralmente os honorários do árbitro, sem prejuízo de acionar regressivamente a parte vencida, se for o caso.

Fique claro, de qualquer forma, que as regras processuais relativas aos ônus da sucumbência não são obrigatórias na arbitragem. Podem as partes prever, com base no inciso V do art. 11, que as despesas sejam sempre divididas, ou fiquem a cargo deste ou daquele contratante.

Por derradeiro, se os honorários do árbitro forem fixados no compromisso, este constituirá título executivo extrajudicial contra os contratantes, que respondem solidariamente pelo débito, a não ser que o contrário tenha sido convencionado.

17 EXTINÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL

As hipóteses de extinção do compromisso arbitral foram reduzidas à sua expressão mínima. Imperou o princípio da salvação da convenção arbitral, de modo que a recusa do árbitro ou o seu impedimento ulterior não inutilizarão o procedimento: em tal hipótese, as partes deverão nomear outro árbitro (se já não tiverem previamente designado suplente) ou, então, se não houver acordo sobre a substituição, utilizar-se-ão do procedimento previsto no art. 7º, recorrendo ao Poder Judiciário para a nomeação do árbitro faltante.

Pode ocorrer, porém, que a arbitragem esteja assentada na confiança depositada pelas partes na pessoa do árbitro, de tal forma que sua substituição destruiria a validade da própria escolha da solução arbitral. Neste caso, e desde que as partes tenham previamente declarado que os árbitros não podem ser subs-

tituídos em vista do caráter personalíssimo da escolha, não haverá outro remédio senão dar por prejudicado o compromisso, que nesta hipótese se extinguirá.

Outra forma de extinção é também referida no inciso III do art. 12 e diz respeito ao prazo para a prolação da sentença arbitral. Pelo sistema revogado (Código de Processo Civil, art. 1.077, III), bastava que não fosse apresentado o laudo no prazo estipulado pelas partes para que caísse por terra todo o procedimento arbitral. A inconveniência da norma era notória, em vista do prejuízo sofrido pelas partes, com o desmantelamento do juízo arbitral, embora não se pudesse deixar de reconhecer o interesse das partes em solucionar a controvérsia no menor prazo possível. Daí a solução alvitrada pela Lei no sentido de que o árbitro ou os árbitros sejam notificados para a apresentação da sentença arbitral, sob pena de fazer valer a parte notificante a exceção de extinção do compromisso, tudo sem prejuízo do direito dos contratantes à indenização por perdas e danos contra os árbitros.³⁴

18 O ÁRBITRO

As regras a respeito do árbitro, traçadas no Capítulo III da Lei, constituem-se, acima de tudo, num verdadeiro código de ética, estabelecendo os deveres e obrigações daquele que é instado, por vontade dos litigantes, a decidir uma controvérsia.³⁵ O legislador foi cuidadoso ao disciplinar a constituição do órgão arbitral (seja ele monocrático ou colegiado), prevendo sempre – no caso de optarem as partes por órgão colegiado – que o número de árbitros seja ímpar. E, ainda que as partes nomeiem árbitros em número par, fica desde logo estipulado que os julgadores nomeados deverão indicar o *tiers arbitre*; se não chegarem a um acordo, será convocado o Poder Judiciário a fazer a nomeação, conforme o procedimento do art. 7º.

Importa frisar que o árbitro deverá proceder sempre com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição no exercício de sua atividade, potencializando assim as vantagens clássicas da arbitragem.

Por outro lado, considerando que a função do árbitro não difere substancialmente daquela desempenhada pelo juiz estatal, foi inserido na Lei o disposto no

³⁴ O dispositivo inspirou-se no Código de Processo Civil italiano, cujo art. 821 assim dispõe: “O decurso do prazo indicado no artigo antecedente [prazo para a pronúncia da decisão arbitral] não pode ser alegado como causa de nulidade do laudo se a parte, antes da deliberação do laudo resultante do dispositivo subscrito pela maioria dos árbitros, não tiver notificado as outras partes e os árbitros de que pretende fazer valer a sua decadência” (trad. livre).

³⁵ Ver, sobre o tema, Selma Maria Ferreira Lemes, “Árbitro: o padrão de conduta ideal”, in *Arbitragem: A nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional*, coord. de Paulo B. Casella, São Paulo, Ed. LTr, 1996, p. 243-279. Ver também, da mesma autora, “Dos árbitros”, in *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro A. Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999, p. 245-287.

artigo 17, equiparando árbitros e funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

A falta de imparcialidade do árbitro encontra remédio no procedimento previsto para a alegação de impedimento ou suspeição (art. 14). A respectiva exceção deve ser apresentada ao próprio árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral. Aceito o pedido de afastamento, assume as funções o substituto designado pelas partes (se houver). Não havendo designação de substituto para o árbitro impedido ou suspeito, aplica-se o procedimento do art. 16.

Vale notar que a decisão do árbitro acerca da exceção de incompetência ou suspeição não fica sujeita a controle imediato do Poder Judiciário. A decisão que acolhe a exceção, com afastamento do árbitro, espelha decisão íntima que não está sujeita a controle algum;³⁶ já a rejeição da exceção merece outro tratamento: se o árbitro não reconheceu sua parcialidade, o procedimento arbitral terá normal prosseguimento, podendo a parte que se julgar prejudicada levantar a questão após a prolação da sentença, através da demanda de que trata o art. 33.

19 PROCEDIMENTO ARBITRAL

O Capítulo IV da Lei foi dedicado ao procedimento arbitral.

Restaram fortalecidos os princípios básicos do devido processo legal, ao mesmo tempo em que a autonomia da vontade foi prestigiada, na medida em que fica a critério das partes a disciplina procedimental da arbitragem. A regra preconizada é a seguinte: as partes podem adotar o procedimento que bem entenderem desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional. Se nada dispuserem sobre o procedimento a ser adotado e se não se reportarem a regras de algum órgão institucional, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral ditar as normas a serem seguidas, sempre atendidos os princípios há pouco mencionados, princípios esses que, em última análise, resumem o conteúdo do que, historicamente, acabou sendo conhecido como o devido processo legal.

Cumpra lembrar que a vontade das partes (e, subsidiariamente, dos árbitros) quanto à especificação de regras procedimentais encontra limitação na natureza e finalidade da arbitragem, bem como na própria Lei.³⁷ Assim, não podem as partes estabelecer, por exemplo, que a sentença arbitral tenha forma diversa daquela

³⁶ De fato, se o próprio árbitro não se considera imparcial em relação à causa, tudo recomenda seu afastamento, sendo certo que o Poder Judiciário não será chamado a manifestar-se sobre a questão (inaplicável aqui o art. 32 da Lei). É claro que o eventual dolo do árbitro (que aceite o encargo sabendo de seu impedimento ou suspeição) poderá gerar – independentemente da exceção respectiva – responsabilidade civil por perdas e danos, eis que terá sido violada a norma do art. 14, § 1º.

³⁷ Gianni Schizzerotto, *Dell'Arbitrato*, Milão, Giuffrè Editore, 1982, p. 464-468.

prevista no art. 26 ou que possa ser a decisão impugnada além do prazo previsto no art. 33.

Dá-se por instituído o juízo arbitral tão logo seja aceita pelo árbitro (ou pelos árbitros) a função para a qual foram escolhidos. A aceitação não depende de ato formal do árbitro, entendendo-se que aceitou o encargo se desde logo tomou providências para o prosseguimento do procedimento (recebimento de manifestação das partes, expedição de notificações, convocação das partes para audiência etc.).

Se o órgão arbitral for composto por mais de um árbitro, assumirá a presidência do colegiado aquele que for designado pela maioria. Não havendo consenso, assumirá a presidência o árbitro mais idoso. A função de presidente do tribunal arbitral assume importância vital na hipótese de não haver consenso majoritário na decisão final. Se não se formar maioria, ou seja, se todos os votos forem divergentes, prevalecerá o voto do presidente, nos termos do § 1º do art. 24.

A instrução processual será livremente disciplinada, respeitadas as regras estabelecidas no art. 22.

As medidas coercitivas que o árbitro decretar serão cumpridas com a ajuda do Poder Judiciário, sejam elas cautelares, instrutórias ou antecipatórias. Quanto às medidas cautelares (pense-se no arresto ou no sequestro), cumpre ao árbitro decidir sobre sua pertinência e, se vier a concedê-las, requererá – para a sua execução – a força da Justiça Estatal.³⁸

20 SENTENÇA ARBITRAL

A **sentença arbitral** – a lei abandonou a terminologia adotada pelo Estatuto Processual Civil, que se referia a laudo arbitral – conterá basicamente os mesmos requisitos da decisão final proferida pelo juiz togado. Haverá um **relatório**, onde as partes serão qualificadas e onde se fará um resumo do objeto da arbitragem e de todos os fatos relevantes ocorridos; seguir-se-lhe-á a **motivação**, onde serão esclarecidos os fundamentos da decisão; e por fim o **dispositivo**, onde os árbitros estabelecerão o preceito, resolvendo as questões que lhes foram submetidas. Além destes três requisitos, o art. 26 exigiu mais um, qual seja, a data e o lugar em que a sentença foi proferida (e já se viu a importância de estabelecer o lugar da decisão para aferir-se a nacionalidade do laudo).

A sentença proferida não fica sujeita a qualquer recurso. Nada impede, porém, que as partes estabeleçam que a sentença arbitral possa ser submetida a reexame

³⁸ Vide, sobre o tema, meu artigo “Das boas relações entre os juízes e os árbitros”, in *Revista do Advogado*, v. 51, outubro de 1997, p. 17-24.

por outro órgão arbitral ou por outros árbitros, ou ainda que, na hipótese de não ser a decisão unânime, possa o vencido interpor recurso semelhante aos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil, fazendo integrar o tribunal arbitral por outros membros, escolhidos da forma estabelecida pelos contedores. Importa ressaltar, porém, que tais recursos são sempre **internos**, nunca dirigidos a órgãos da justiça estatal. E a decisão arbitral que obrigará as partes e que se sujeitará ao ataque previsto no art. 33 será aquela final, após a decisão dos referidos recursos. Apesar da aventada possibilidade de disporem os litigantes acerca de recursos, **como parte do procedimento arbitral**, o fato é que tais recursos são de todo inconvenientes e a sua utilização não parece corriqueira em países onde a arbitragem vem florescendo.³⁹

A atividade do árbitro poderá ser meramente homologatória quando as partes chegarem a um acordo e quiserem fazer consigná-lo expressamente em sentença (art. 28). O interesse das partes será, em caso de transação, o de obter título que permita a execução forçada, valendo lembrar que a sentença arbitral condenatória é título executivo **judicial** (art. 475-N, IV, do Código de Processo Civil).⁴⁰

Por fim, convém lembrar que a alteração do § 1º do art. 162 do Código de Processo Civil (Lei 11.232/05) abriu espaço, em nosso ordenamento jurídico, para as **sentenças parciais**. Essa modificação certamente produzirá efeitos também em sede arbitral, favorecendo a possibilidade de as partes, por consenso, autorizarem os árbitros a proferir sentença que julgue parte do mérito.

21 “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO”

Proferida a sentença arbitral, termina a atividade do árbitro. Pode ocorrer, porém, que a sentença arbitral contenha contradição, omissão ou obscuridade que necessite elucidação. Daí a criação de procedimento semelhante ao dos embargos de declaração previstos no Código de Processo Civil.

³⁹ A prática brasileira confirmou o que ocorre nos países onde este meio alternativo de solução de litígios já se consolidou: a arbitragem não se “processualizou” entre nós, de tal sorte que não se tem notícia de órgão arbitral institucional que preveja, em suas regras, a possibilidade de revisão da sentença arbitral, não havendo também notícia de arbitragem *ad hoc* que tenha encampado a ideia de um “recurso interno”.

⁴⁰ A Lei 10.358/01 acrescentou o inciso VI ao art. 584, de sorte que a sentença arbitral foi deslocada do inciso III, onde figurava juntamente com a sentença homologatória de conciliação ou de transação, para um inciso separado (independente e destacado). A Lei 11.232, de 22.12.2005, revogou o art. 584, de modo que os títulos executivos judiciais estão agora relacionados no art. 475-N (a sentença arbitral está arrolada no inciso IV).

As partes terão o prazo de cinco dias a contar da notificação ou ciência da sentença arbitral (nos termos do art. 29 os árbitros devem comunicar às partes o *decisum*, enviando-lhes cópia da sentença proferida) para interpor seus “embargos de declaração”, que podem servir tanto para correção de erros materiais (que os árbitros poderiam até retificar de ofício) como para esclarecer obscuridade e contradição, ou ainda para provocar a manifestação dos árbitros sobre ponto omitido a respeito do qual deveriam ter-se manifestado. A outra parte é comunicada da interposição do remédio apenas para que tenha ciência de que a atividade dos árbitros ainda prosseguirá; não há previsão para manifestação do “embargado” (embora nada impeça que os árbitros a determinem). Em dez dias os árbitros devem apresentar a decisão, aditando a sentença arbitral (mesmo que seja para acrescentar que os “embargos” foram rejeitados) e notificando as partes.

22 JURISDICIONALIDADE DA ARBITRAGEM

O art. 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da **jurisdicionalidade da arbitragem**, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal ideia tacaña de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde: “[A] experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes”.⁴¹

Diante desta constatação, a lei dispôs que a sentença arbitral não precisa mais passar pelo controle prévio dos órgãos do Estado para receber a oficialização que lhe era outorgada pela sentença de homologação. Não quer isso dizer, no entanto, que não seja possível questionar em juízo a validade e eficácia da sentença arbitral: para este fim, estabeleceu-se o procedimento do art. 33.

O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns

⁴¹ Giovanni Verde, “Arbitrato e giurisdizione”, in *L'Arbitrato secondo la Legge 28/83*, Nápoles, Jovene Editore, 1985, p. 161-182, esp. p. 168, trad. livre.

seguindo as velhas lições de Chiovenda⁴² para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. Não há tratado, manual, tese ou monografia – refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nestes onze anos de vigência da Lei de Arbitragem – que não tenha desafiado o assunto, explorando filão que já se esgotara nas duas últimas décadas do século XX. O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem.

23 NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

Os casos de nulidade (*rectius*, anulabilidade) da sentença arbitral relacionados no art. 32 não trazem grande inovação em relação ao que já previa o art. 1.100 do Código de Processo Civil. O rol constante da Lei inclui todas as hipóteses que estavam inseridas no dispositivo revogado do Estatuto Processual e acrescenta outras que aumentam a garantia das partes. É o caso da previsão do inciso VI do art. 32, que incorpora um dos casos de rescindibilidade da própria sentença estatal, reforçando a credibilidade da via arbitral como meio eficaz e seguro para a solução de controvérsias. Da mesma forma, o inciso VIII prestigia a garantia do *due process of law* ao estabelecer que a violação dos princípios estipulados no art. 21, § 2º, pode levar à destruição da sentença arbitral.

Diante da redação do dispositivo legal citado, não hesito em afirmar que não cabe ação rescisória de sentença arbitral, sendo inaplicável, portanto, o disposto no art. 485 do Código de Processo Civil.⁴³

⁴² Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, trad. de J. Guimarães Menegale, Ed. Saraiva, São Paulo, 1965, p. 82 ss.

⁴³ Flávio Luiz Yarshell, em tese de livre-docência, chegou à mesma conclusão (confira-se, *Ação Rescisória*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2005, p. 204-205). Vide, ainda, do mesmo autor, “Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, 5:95-99.

24 IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

A sentença arbitral não escapa ao controle (eventual) do Poder Judiciário. Embora tenha sido abolida a homologação obrigatória do laudo arbitral (condição *sine qua non* que o Código de Processo Civil impunha para que o laudo produzisse os mesmos efeitos da sentença estatal), pode a parte interessada pleitear ao juiz togado a anulação da decisão arbitral nos casos relacionados no art. 32.

A demanda para impugnação da sentença arbitral deverá ser proposta pela parte no prazo decadencial (improrrogável, portanto) de 90 dias após o recebimento da notificação da decisão final dos árbitros. O processamento a seguir será o comum previsto no Código de Processo Civil, de tal sorte que, dependendo do valor atribuído à causa, poderá o autor valer-se do rito sumário. Julgado procedente o pedido, será anulada a sentença arbitral; se as hipóteses da nulidade (*rectius*, anulabilidade) forem aquelas relacionadas nos incisos I, II, VI, VII e VIII do art. 32, restará ineficaz a convenção arbitral, e as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para solucionar sua controvérsia, a não ser que prefiram instituir novo juízo arbitral; nas demais hipóteses do dispositivo legal indigitado, o árbitro (ou o tribunal arbitral) será instado a proferir nova decisão, pois aqui os vícios de que padece a sentença arbitral podem ser eficazmente corrigidos, sem prejudicar todo o trabalho até então realizado pelo árbitro.⁴⁴

25 RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

O penúltimo capítulo do texto comentado aborda questões relativas ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras (ou seja, aquelas proferidas fora do território nacional).

Para que a sentença arbitral estrangeira possa produzir seus efeitos no Brasil, basta a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.⁴⁵ Receberá a decisão arbitral, portanto, o mesmo tratamento da decisão judicial estrangeira, enterrando-se de vez o desnecessário “sistema da dupla homologação” estabelecido

⁴⁴ Nos casos em que o árbitro (ou o tribunal arbitral) será chamado a proferir nova decisão, a nulidade (*rectius*, anulabilidade) afeta apenas a sentença arbitral: ou a sentença não contém os requisitos legais, ou o julgamento foi *ultra* ou *extra petita*, ou ainda a decisão foi *contra petita*.

⁴⁵ Com a edição da Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, foi acrescentada a alínea “i” ao art. 105, I, da Constituição Federal, atribuindo-se ao Superior Tribunal de Justiça competência para processar e julgar originariamente “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias”.

pelo Supremo Tribunal Federal quando era competente para lidar com a questão do reconhecimento e execução das decisões estrangeiras.

Ao dispensar o mecanismo restritivo de extensão dos efeitos do laudo estrangeiro, coloca-se a Lei brasileira em posição de vanguarda, ombreando com os sistemas processuais mais desenvolvidos; mas o caminho a percorrer para a total equivalência entre a decisão arbitral estrangeira e a nacional é ainda longo e penoso, e tudo ficará na dependência do que vier a decidir sobre a matéria o Superior Tribunal de Justiça. Vale lembrar a advertência de José Carlos Barbosa Moreira que, ao concluir suas observações sobre os problemas ligados ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, asseverou: “Menos satisfatório apresenta-se o panorama, em matéria de extensão extraterritorial da eficácia de laudos arbitrais. Obstáculos conhecidos parecem capazes de travar aqui, com maior energia, a ‘importação’ de decisões. Seria um erro, em todo caso, subestimar a força do movimento favorável à respectiva facilitação.”⁴⁶

O procedimento a seguir junto ao Superior Tribunal de Justiça será – segundo dispõe o artigo 36 da Lei – o mesmo utilizado para a homologação de sentença estrangeira (arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil, que se reportam, por sua vez, ao Regimento Interno da Corte Magna),⁴⁷ devendo o interessado na homologação apresentar os documentos referidos no art. 37 da Lei de Arbitragem.

A homologação somente será denegada nos casos previstos nos arts. 38 e 39, sendo importante atentar para o disposto no parágrafo único do art. 39, que resolve um problema crucial em matéria de homologação de sentenças estrangeiras em geral. Trata-se da questão da citação do réu, que muitas vezes não é realizada segundo as formas da lei brasileira e, no caso de parte residente no Brasil, não é efetivada através de carta rogatória (de procedimento demorado e extremamente custoso). Fica assim assentado que não pode ser denegada homologação da sentença arbitral estrangeira sob tal alegação.

26 DISPOSIÇÕES FINAIS

As disposições finais, último capítulo da Lei, adaptam o Código de Processo Civil às previsões da nova legislação, revogando os dispositivos que tratavam do compromisso e do juízo arbitral. Cabe lembrar, para terminar esta introdução, que

⁴⁶ José Carlos Barbosa Moreira, “Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentença e laudos arbitrais estrangeiros”, in *Temas de Direito Processual*, quarta série, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 243-290, esp. p. 289.

⁴⁷ O Código de Processo Civil ainda não foi alterado para fazer constar, no art. 483, a correta referência ao Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45. Rege a matéria, por enquanto, a Resolução nº 9, editada pelo presidente daquela Corte em 4 de maio de 2005, que dispõe, em caráter transitório, sobre a competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional referida.

o anteprojeto pretendia revogar o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, o que foi obstado por força de emenda na Câmara dos Deputados.

O legislador falhou, porém, em diversas oportunidades, no que se refere à adaptação do Código de Processo Civil: o art. 575, III (que tratava da competência para promover a ação de execução fundada em título judicial, reportando-se ao “juízo que homologou a sentença arbitral”) somente foi revogado em 2001, por força da Lei 10.358/01; o inciso IV do mesmo artigo foi também alterado pela Lei 10.358/01; o art. 814, cujo parágrafo único ainda se reportava ao “laudo arbitral pendente de homologação”, somente foi alterado em maio de 2002, pela Lei 10.444/02.

Eis aí o sumo da Lei de Arbitragem, que completou doze anos de vigência. Resta agora analisar com detalhes seus meandros.