

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Caroline Cavassin Klamas

OS PODERES DOS ÁRBITROS

Curitiba
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

OS PODERES DOS ÁRBITROS

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Curitiba

2012

CAROLINE CAVASSIN KLAMAS

OS PODERES DOS ÁRBITROS

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Prof. Dr. Elton Venturi

Prof. Bruno Marzullo Zaroni

Curitiba, 10 de dezembro de 2012

*À minha família e ao meu namorado, pelo incentivo e carinho incondicionais.
Ao grupo de arbitragem da UFPR, o maior presente que recebi da faculdade.
Aos mestres, pelo olhar crítico ao qual fui apresentada e que nunca abandonarei.*

RESUMO

A arbitragem, método de resolução de conflitos milenar, ressurgiu no ordenamento jurídico brasileiro a pouco mais de uma década, com a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96 e com a posterior declaração da sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em 2001. O presente trabalho tem por objetivo analisar a figura central do instituto - os árbitros - que são investidos de uma série de “poderes” pela autonomia da vontade das partes, com a finalidade máxima de proferir uma solução justa, rápida e de qualidade ao conflito. Em especial, o objeto de investigação consistirá nestes poderes à luz da doutrina e da jurisprudência. Ao delimitar-se o tema, optou-se por abordar àqueles tidos como mais relevantes ou que poderiam gerar maior controvérsia.

Assim, será analisada a competência dos árbitros para decidir sobre a sua jurisdição e sobre a higidez da convenção de arbitragem, a possibilidade de emprego de medidas de urgência no processo arbitral, o poder para determinar as regras aplicáveis ao caso, o poder para instruí-lo e, finalmente, o poder para julgá-lo. Tendo em vista as limitações inerentes a tais poderes, será bordada em seguida a necessidade de cooperação entre os árbitros e o poder judiciário e, por fim, as formas de controle do Estado sobre a sentença arbitral.

Palavras-chave: Arbitragem. Competência-competência. Autonomia da cláusula compromissória. Medidas de urgência. Instrução. Sentença arbitral.

ABSTRACT

Arbitration, a millenary means of dispute resolution, emerged in the Brazilian legal system a little over a decade with the enactment of Law n. 9.307/96 and its later declaration of constitutionality by the Brazilian Supreme Court, in 2001. The work undertakes arbitration's main figure - the arbitrators - who are granted several "powers" through party autonomy with the ultimate purpose of granting a fair, quick and quality decision on the dispute. This work's particular subject matter will be the study of the arbitrator's powers under scholarly opinions and case law. By limiting the work to this topic, the goal is to cover those points which were considered to be the most relevant or most controversial.

Therefore, this study will deal with the competence of the arbitrators to decide on their own jurisdiction and on the standing of the arbitral agreement; the possibility of using interim and conservatory measures; the power to determine the applicable rules; the power to take evidence; and, finally, the power to rule over the dispute. Due to the inherent limitations of such powers, the work will then analyze the need for cooperation between the arbitrators and the courts and, finally, the means of State control over the arbitral award.

Keywords: Arbitration. Competence-competence. Separability. Interim measures. Conservatory measures. Evidence. Arbitral award.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. QUESTÕES PRELIMINARES	9
2.1 ARBITRAGEM	10
2.2 VANTAGENS DA ARBITRAGEM	13
2.3 ARBITRAGEM NO BRASIL	18
2.3.1 Lei de Arbitragem	20
3. OS ÁRBITROS	25
3.1 HISTÓRICO DOS ÁRBITROS.....	25
3.2 OS ÁRBITROS NA LEI DE ARBITRAGEM	27
3.3 FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DOS PODERES DOS ÁRBITROS	32
3.3.1 Competência-competência e autonomia da convenção de arbitragem.....	32
3.3.2 Poder normativo	37
3.3.3 Poder para decretação de medidas de urgência	38
3.3.4 Poder instrutório.....	43
3.3.5 Poder decisório.....	46
3.4 TRABALHO DE COOPERAÇÃO ENTRE OS ÁRBITROS E O PODER JUDICIÁRIO	52
3.4.1 Execução específica da cláusula compromissória vazia	53
3.4.2 Aplicação de medidas coercitivas e execução da sentença arbitral.....	55
3.5 CONTROLE SOBRE OS ÁRBITROS PELO PODER JUDICIÁRIO	56
3.5.1 Recepção da sentença arbitral nacional.....	57
3.5.2 Homologação da sentença arbitral estrangeira.....	61
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	66

1. INTRODUÇÃO

O direito processual civil contemporâneo se encontra em um momento de profundas transformações, tendo em vista a intensificação das relações intrapessoais e o surgimento de novas demandas sociais, as quais requerem uma forma diferenciada de tutela jurisdicional. Constatando o surgimento destas necessidades, Mauro Cappelletti inaugurou as chamadas "Ondas Renovatórias do Direito Processual"¹ e buscou estruturar um processo civil mais comprometido com a efetividade da prestação jurisdicional, a qual pode ser atingida por medidas, tal qual a desordinarização dos procedimentos e o aumento da sua flexibilidade, celeridade e efetividade. Entretanto, a concretização destes objetivos se apresenta como um grande desafio ao sistema tradicional. Hoje, aqueles que buscam a tutela do poder judiciário têm que lidar com uma estrutura burocrática, morosa e pautada em incontáveis recursos que, muitas vezes, permitem o emprego de manobras protelatórias por aquele que não tem razão, a quem muitas vezes não interessa ver o rápido deslinde do conflito. Se isto não bastasse, os jurisdicionados ainda têm que "concorrer" com centenas de milhões de outros, em igual posição, que também buscam uma resposta ao seu apelo, número este claramente superior ao que o nosso sistema judiciário seria capaz de suportar. Assim, fica claro que na conjuntura atual a eficiência é mera utopia. Para dificultar mais a questão, a dinâmica de diversas categorias de negócios jurídicos, como das relações comerciais e empresariais, é cada dia mais rápida, complexa e globalizada. Isto faz com que, em igual intensidade, demandem uma prestação jurisdicional em passo acelerado e altamente técnica. Caso esta demanda não seja atendida, a contrário senso do que se poderia pensar, não apenas os sujeitos envolvidos naquela relação jurídica se veriam prejudicados, mas a sociedade como um todo, já o desenvolvimento sócio- econômico (ou não) a todos atinge.

Neste contexto, a arbitragem se apresenta como uma interessante ferramenta ao auxílio do poder judiciário e do processo civil tradicional à promoção da tutela jurisdicional justa,

¹ Ensina o autor que "o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira onda desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo" (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 31.)

rápida e eficiente. Esta percepção ficou claramente consubstanciada em um trecho extraído de um voto proferido pelo Desembargador Adilson de Araújo, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se vê:

Em vista dos céleres avanços da vida em sociedade, e do agigantado aumento dos litígios entre as pessoas, não se pode furtar ao reconhecimento de que a administração da Justiça pelo Estado-Juiz tem revelado, além da morosidade que assola o Poder Judiciário, a alarmante dificuldade de se dar uma resposta adequada às necessidades que reclamam uma pronta solução de conflitos. Assim, à luz do inegável congestionamento da Justiça, imperioso se abdique das soluções tradicionais, na busca de novas fórmulas e novos caminhos tendentes à pacificação social, alvitando a celeridade e praticidade aos litigantes. Daí avulta em importância, entre nós, o instituto da arbitragem, que deve ser sempre incentivado, desde que, é certo, não implique denegação de Justiça.²

É claro que o instituto arbitral possui certas particularidades, as quais por vezes se mostrarão como grandes vantagens àqueles que o utilizam e, por outras, limitarão a sua abrangência. No presente trabalho, procuraremos, em um primeiro momento, destacar as características mais relevantes da arbitragem e, em seguida, as suas consequências sobre o desempenho da função dos árbitros, sejam elas traduzidas em “poderes” ou em limitações. Assim, passaremos pelos principais aspectos da arbitragem e pelo seu desenvolvimento no Brasil (capítulo 2). Em seguida, abordaremos o árbitro sob o prisma da legislação, da doutrina e da jurisprudência nacional, fazendo por vezes paralelos com a prática internacional, a fim entender aqueles que denominamos “poderes dos árbitros” (capítulo 3). Neste sentido, ao delimitarmos o tema, identificamos como aspectos centrais a competência-competência e autonomia da convenção de arbitragem (ponto 3.3.1); o poder normativo (ponto 3.3.2); o poder para decretação de medidas de urgência (ponto 3.3.3); o poder instrutório (ponto 3.3.4); e o poder decisório (ponto 3.3.5). Em contraponto, tendo em vista as limitações inerentes a estes poderes, enfrentaremos as formas de cooperação entre os árbitros e o poder judiciário (ponto 3.4); e, por fim, as formas de controle sobre a sentença arbitral (ponto 3.5).

2. QUESTÕES PRELIMINARES

O primeiro passo a ser dado para compreender a figura do árbitro é analisar o contexto em que ele se insere. Assim, neste capítulo abordaremos as principais características da

² TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão nº 0083532-64.2009.8.26.0224, Rel. Des. Adilson de Araújo, voto nº 10.126, julg. em 29/03/2011, DJ 30/03/2011.

arbitragem (ponto 2.1), passando pelos aspectos que a permitem ser (ao menos potencialmente) um mecanismo de solução de litígios tão festejado e utilizado nos ambientes em que já está difundida (ponto 2.2), e, por fim, abordaremos a trajetória e as particularidades da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro (ponto 2.3).

2.1 ARBITRAGEM

A arbitragem é um meio de solução de conflitos facultativo, heterocompositivo e extrajudicial que, mediante a opção consensual das partes, fará com que o poder judiciário deixe de prestar tutela a determinadas questões, relativas a direitos patrimoniais e disponíveis. Ao cabo, um árbitro único ou um grupo de árbitros escolhido diretamente pelas partes ou por um método por elas determinado, proferirá sentença definitiva, cujo mérito não será passível de recuso (salvo disposição diversa das partes) ou a controle pelo Estado ³.

Através de uma convenção privada, a qual poderá ser entabulada antes ou após o surgimento do conflito, as partes manifestam a sua vontade pela utilização da arbitragem e outorgam a particulares o poder decisório. Ademais, traçam os contornos do conflito que será submetido à apreciação do tribunal arbitral, estabelecem as regras processuais e materiais a serem seguidas, escolhem o número de árbitros que julgará o caso (em geral um ou três árbitros, a depender da complexidade e do valor da causa, mas sempre em número ímpar) e limitam os seus poderes. Conforme opção dos litigantes, o procedimento poderá ser administrado por uma câmara especializada diretamente pelos árbitros (sendo,

³ Carlos Alberto Carmona a define como “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”. O autor segue afirmando que “Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31). Para Nadia de Araújo, “A arbitragem é um meio jurídico de solução de controvérsias presentes ou futuras, baseado na vontade das partes envolvidas, as quais elegem por si mesmas e diretamente, ou através de mecanismos por elas determinados, árbitros para serem os juízes da controvérsia, confiando-lhes a missão de decidir de forma obrigatória o litígio através da prolação de um laudo arbitral. Ao final da arbitragem, idealmente, espera-se que o laudo seja cumprido espontaneamente.” (ARAÚJO, Nadia de. *A nova lei de arbitragem brasileira e os princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais, elaborados pelo UNIDROIT*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997, p. 87-116, p. 90.) Em que pese o direito brasileiro não estabelecer distinção entre a arbitragem interna e internacional, quanto a esta Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kroll afirmam que “International arbitration is a specially established mechanism for the final and binding determination of disputes, concerning a contractual or other relationship with an international element, by independent arbitrators, in accordance with procedures, structures and substantive legal or non-legal Standards chosen directly or indirectly by the parties.” (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 01)

respectivamente, institucional ou *ad hoc*)⁴. Neste sentido, a convenção de arbitragem⁵ tem o condão de gerar dois tipos de efeitos – um negativo e outro positivo⁶. O efeito positivo confere ao tribunal arbitral poder decisório, relativamente ao mérito e à sua própria competência⁷, e impõe obrigatoriamente a adoção da arbitragem. Por sua vez, o efeito negativo implica a incompetência do poder judiciário, vez que os árbitros se tornam juízes de fato e de direito da causa⁸.

A partir do papel central desempenhado pelo princípio da autonomia da vontade na arbitragem, verificam-se relevantes diferenças entre o processo arbitral e o judicial. Neste, os litigantes devem, necessariamente, seguir um sistema de regras aplicável a todos os conflitos de determinada natureza⁹, e, caso haja estipulação contratual em contrário, o poder judiciário poderá afastá-la¹⁰. Ainda, o magistrado só poderá proferir julgamento pautado em equidade nos casos previstos na legislação¹¹, já que a lei (somada aos princípios informadores do direito) é a matéria prima da atividade jurisdicional e o limite da atuação do magistrado¹². Já

⁴ Os regulamentos de determinadas câmaras arbitrais determinam que os árbitros escolhidos para julgar processos por elas administrados deverão ser escolhidos dentre os membros de uma lista de profissionais selecionados, como ocorre na CAMARB (Disponível em: <http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=259>. Acesso em: 19 nov. 2012). Em outros casos, tais listas terão a mera função de auxiliar as partes na escolha dos julgadores, ao indicar profissionais qualificados, sem, no entanto, ranqueá-los ou avaliá-los. Como exemplo, destaca-se o 4.4.1 do Regulamento da CCBC: “As partes poderão indicar livremente os árbitros que comporão o Tribunal Arbitral. Contudo, caso a indicação seja de profissional que não integre o Corpo de Árbitros, deverá ela ser acompanhada do respectivo currículo, que será submetido à aprovação do Presidente do CAM/CCBC.” (Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/default.asp?categoria=2&subcategoria=Regulamento2012#3>>. Acesso em: 19 nov. 2012). Ainda assim, esta prática é de grande valia já que, pela confidencialidade da arbitragem, o acesso a informações tal qual a forma como os potenciais árbitros conduziram e julgaram processos anteriores dificilmente será divulgada.

⁵ Gênero do qual são espécies tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral.

⁶ VIEIRA, Antonio Vicente. *Eficácia da Aplicação da Lei de Arbitragem: A cláusula compromissória*. Soleis: Rio de Janeiro, 08 jul. 2010. Disponível em: <http://soleis.com.br/artigos_arbitragem.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.

⁷ O poder do árbitro para decidir sobre a sua própria competência, que será melhor analisado adiante, é chamado de princípio da competência-competência. Segundo João Bosco Lee e Clávio Valença Filho este também teria um efeito negativo, vez que o poder judiciário se torna incompetente para julgar a competência do árbitro (LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio de Melo. *A Arbitragem no Brasil: material desenvolvido para o Programa de Fortalecimento da Arbitragem e da Mediação no Brasil para a Confederação das Associações Comerciais do Brasil (CACB) e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)*. Brasília: 2001, p. 61).

⁸ Código de Processo Civil, artigo 267, inciso VII: “Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: (...) VII – pela convenção de arbitragem”.

⁹ Em outras palavras, a regra no processo judicial é a indisponibilidade do procedimento (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 344).

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 65.

¹¹ Artigo 127, Código de Processo Civil: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

¹² AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: Oportunidades, Riscos e Desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 01-16, p.02. Ainda, segundo Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, “quando o magistrado

na arbitragem, há predominância da flexibilidade, a qual transfere às partes a seleção das regras aplicáveis ao conflito, sejam elas de natureza material ou procedimental, conforme se extrai da Lei de Arbitragem¹³. Assim, o julgamento poderá se pautado: a) na equidade, ou seja, na noção de “justiça” dos árbitros, os quais tem a faculdade de afastar as regras de direito tomadas por injustas ou inapropriadas ao caso concreto; b) nos princípios gerais do direito; c) nos usos e costumes, quais sejam as práticas reiteradas de determinada área (como o comércio internacional) e consolidadas com o tempo; d) ou nas regras internacionais de comércio¹⁴. É claro que haverá limites a esta manifestação da autonomia da vontade, tal qual o dever de respeito à ordem pública (brasileira), às leis imperativas, aos bons costumes e aos princípios informadores do processo arbitral (como o devido processo legal, a ampla defesa e a igualdade entre as partes). Neste sentido, apesar da lei de arbitragem tratar de modo único os procedimentos internos e “internacionais”, parte da doutrina defende que esta liberdade só seria efetivamente ampla quando existisse um elemento externo na relação de direito material:

Ao unificar o tratamento legislativo da arbitragem interna e da arbitragem internacional num mesmo Diploma Legal, o legislador fomentou dúvidas quanto à aplicação do princípio da autonomia da vontade na determinação do direito aplicável ao mérito do litígio. O princípio da autonomia da vontade das partes, como princípio fundamental do direito internacional privado, deve-se restringir às relações contratuais internacionais. Quando uma arbitragem apresenta conexão exclusivamente com um único País, deve-se aplicar imperativamente o direito interno deste Estado.¹⁵

Ainda sobre a relação entre árbitros e magistrados, ressalte-se que, em que pese as atividades de ambos ser muito próximas, este não possui o poder coercitivo para efetivar as

afasta-se da lei (constitucionalmente válida, é evidente) para a solução de litígios, e fora dos padrões excepcionais autorizados pela legislação vigente, dá nascimento a uma das piores deformações da atividade judicante, representada pelo chamado “direito alternativo”. Transforma-se o juiz de direito, nesse caso, em autêntico tirano instantâneo, criando normas não albergadas ou inexistentes para o direito positivado, com o que sobrepõe a função legiferante típica do Poder Legislativo (...).”(AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Obra citada*, p.03)

¹³ Artigo 2º, Lei nº 9.307/96: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 54.

¹⁵ LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o Direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 04, n. II, jan./mar. 2001, p. 347-359, p. 359. Ainda sobre o tema, a despeito do disposto no artigo 9º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que determina como regra aplicável a contratos internacionais o local da sua celebração, a Lei nº 9.307/96 a derogou tacitamente com relação aos conflitos solucionados por arbitragem, já que o elemento de conexão passou a ser a autonomia da vontade.

suas decisões, que é exclusivo do Estado por decorrer da sua soberania¹⁶. Também, o poder judiciário tem a função de garantir que a decisão arbitral seja compatível com o nosso ordenamento jurídico. Assim, será necessário um trabalho complementar entre os dois sistemas, seja de cooperação, seja de controle, mas tendo sempre em mente que “a Lei de Arbitragem, em sua estrutura lógica e sistemática restringe a interferência judicial estritamente aos casos nela previstos”¹⁷. No mesmo sentido se posiciona o direito estrangeiro em geral, que impõe aos árbitros e ao poder judiciário uma relação dupla de cooperação e controle, ao buscar conferir efetividade à vontade das partes¹⁸ e, por outro lado, resguardar a ordem pública nacional, aqui entendida como o complexo de valores fundamentais ao nosso ordenamento jurídico¹⁹.

Este meio de solução de controvérsias, em geral sigiloso e amplamente consensual, é tipicamente empregado no âmbito empresarial, em especial no comércio internacional. Isto porque permite a partes que pertençam a culturas jurídicas distintas a escolha por uma forma de solução de conflitos juridicamente segura, sem que haja a necessidade de se submeterem a um regime jurídico a si estranho ou a um sistema judiciário potencialmente ineficiente. Também, propicia um ambiente menos hostil, o qual não raras vezes levará à realização de acordos e à manutenção da credibilidade e da confiança entre os litigantes²⁰, favorecendo a continuidade do seu vínculo comercial. Por fim, a escolha pela arbitragem pode se dar a partir de uma série de outras vantagens, conforme se analisará a seguir.

2.2 VANTAGENS DA ARBITRAGEM

¹⁶ Jeanlise Couto explica que a soberania é “atributo explicado pela própria constituição dos Estados modernos que nasceram da recusa de se submeterem à autoridade de outras entidades políticas traduzidas pelo excesso ou pelo abuso de poder, ou, mesmo, em função das condições políticas tensas em seus territórios. Desta maneira, a composição do Estado moderno dá-se pela submissão de um território e de uma população a um poder político organizado fundado no princípio da soberania”. (COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e Estado: interesses divergentes?* Coleção Atlas de Arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 27).

¹⁷ LEMES, Selma Ferreira. *As Medidas Cautelares Antes ou no Curso da Arbitragem*. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri24.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2012, p. 01.

¹⁸ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Obra citada*, p. 04. De forma didática, Roderic Heard, Susan Walker e John Cooley se referem à relação entre a arbitragem e o poder judiciário: “The courts serve as a safety net, a referee, an enabler, at a primal level, the lawyer’s version of the threat ‘I’m going to tell Mom’”. (HEARD, Roderic H., WALKER, Susan L.; COOLEY, John W. *International Commercial Arbitration Advocacy: a practitioner’s guide for American lawyers*. United States of America: National Institute for Trial Advocacy, 2010, p. 83).

¹⁹ COUTO, Jeanlise Velloso. *Obra citada*, p. 94.

²⁰ COUTO, Jeanlise Velloso. *Obra citada*, p. 11.

A escolha pelo procedimento arbitral ao judicial se baseia em diversos fatores que, em especial, decorrem do princípio da autonomia da vontade. Como alguns exemplos, podemos citar a possibilidade de se adequar o procedimento às necessidades das partes, a possibilidade de escolha dos árbitros, a maior celeridade, a confidencialidade do procedimento e a redução dos custos de transação. Por outro lado, nem sempre esta será a escolha mais adequada. Por vezes, os custos do procedimento arbitral poderão se mostrar demasiadamente altos em relação ao valor do litígio, fato que hoje contribui para que apenas uma pequena parcela dos litígios seja submetida à arbitragem. Desta maneira, ao lado do processo estatal, da mediação, da conciliação, e de outros meios alternativos de solução de litígios, a escolha pela arbitragem deverá ser feita com base nas particularidades do instituto e em compasso com as necessidades de cada disputa ²¹. Assim se posiciona Luciano Timm, ao afirmar que “(...) a arbitragem não substitui com êxito a totalidade da atividade jurisdicional do Estado, mas que agrega, diferentemente da utilização do poder judiciário, o sigilo e a rapidez na solução dos litígios” ²², dentre outros aspectos relevantes conforme analisaremos a seguir.

Em primeiro lugar, como muito exaltado pela doutrina pátria, este pode representar um meio de tutela mais adequado a determinados conflitos²³. Em especial nas questões comerciais, muitas vezes complexas por envolverem contratos atípicos, contratos relacionais e cadeias contratuais, a faculdade de se escolher árbitros especialistas na matéria de fundo pode ser de suma importância. A seleção poderá se basear na sua especialidade profissional- sendo que nem mesmo precisarão ter formação jurídica²⁴ -, na sua experiência e na disponibilidade

²¹ Bem ressalta Joel Dias Figueira Júnior que nem sempre a tutela mais efetiva se dará por meio do procedimento arbitral, sendo que “(...) será a escolha (adequada ou inadequada) que norteará os resultados mais ou menos vantajosos decorrentes da opção” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias de. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. Análise crítica da lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999., p. 102).

²² TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos Contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009, p. 23.

²³ Lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart que “(...) a Arbitragem pode representar caminho para soluções mais adequadas para muitas situações concretas do litígio.” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*, 3 ed. rev. e atual (Curso de Processo Civil, v. 5). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 351)

²⁴ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart exaltam que “Realmente, em temas que exigem conhecimento específico em determinada área, será em regra muito mais apropriada uma decisão proferida por um especialista naquele campo de conhecimento do que por um juiz que, ainda quando auxiliado por um perito, não detém o conhecimento aprofundado a respeito do tema, ou não conhece da particularidades e práticas de determinada situação concreta” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais...*, p. 351). Da mesma forma se posiciona Joel Dias Figueira Jr. (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias de. *Obra citada*, p. 102); já Selma Lemes e Antônio Amaral destacam, ainda assim, a importância de se contar com árbitro com formação jurídica e não apenas na matéria de fundo, a fim de se evitar que a não observância de formalidades legais enseje na anulação da sentença. (LEMES, Selma Ferreira. *O Papel do Árbitro*. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos_juridicos.php>. Acesso em: 26 jul. 2012, p. 11; AMARAL,

de tempo a ser dedicado à controvérsia. É evidente que, ao se dirigirem ao poder judiciário, as partes não gozarão de igual privilégio, vez que o juiz da causa será aleatoriamente selecionado e deverá trabalhar concomitantemente sobre um número infinitamente superior de demandas, as quais digam respeito às mais variadas matérias²⁵. A este respeito, ressalte-se a manifestação da então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie Northfleet de que “ninguém haverá de negar que, em condições adequadas, a controvérsia entre partes que atuam em nicho especializado de atividade tem melhores condições de ser adequadamente solvida por um especialista naquele ramo de negócio do que por um generalista jurídico”²⁶.

Outro fator relevante é a maior celeridade do procedimento arbitral. Isto se torna possível pela estipulação de um prazo máximo à prolação da sentença, que será de seis meses caso não haja convenção diversa das partes²⁷; pela irrecorribilidade das decisões (tanto interlocutórias quanto sentença final²⁸); pela maior informalidade e flexibilidade do procedimento, o que permite aos árbitros e partes o amoldarem de acordo com as particularidades do litígio; bem como pela já mencionada maior disponibilidade de tempo dos árbitros para com a causa. Alexandre de Freitas Câmara destaca a importância da celeridade, que garante a pacificação do conflito em menor tempo, atendendo aos mais elementares direitos do homem conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁹. Da mesma forma, esta característica vai ao encontro da garantia constitucional de razoável duração do processo, conforme o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal³⁰.

Antônio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: Oportunidades, Riscos e Desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.6).

²⁵ Aqui a doutrina busca ressaltar que a diferença entre árbitros e juízes não estaria na sua qualidade, mas no fator tempo disponível. É sabido que questões altamente técnicas demandam tempo para estudo e aprofundamento, do qual em geral não gozam os magistrados (TIMM, Luciano Benetti. *Obra citada*, p. 28).

²⁶ Abertura da II Jornada Latino-Americana de Arbitragem da CCI. Salvador, 30 out. 2006. (PINTO, José Emílio Nunes. *Recusa e Impugnação...*, p. 81.)

²⁷ Artigo 23, Lei nº 9.307/96: “A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”.

²⁸ É facultado às partes optarem pela recorribilidade da decisão, em que pese não ser uma prática muito utilizada por ser considerada incompatível com os principais objetivos do instituto arbitral. Sobre o tema, faremos uma análise mais aprofundada no ponto 3.3.5.2.

²⁹ “É de se notar, aliás, que o art. 8º, 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, preceitua que “toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, (...)””. (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem*. Lei nº 9.307/96, 4 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 112-113.)

³⁰ Artigo 5º, LXXVIII, Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A confidencialidade é outra característica de suma importância, em especial aos conflitos envolvendo transações comerciais e o direito societário. Em que pese não haver consenso quando a abrangência do dever de confidencialidade (se dirigido ao conteúdo da arbitragem, que envolveria tanto as provas produzidas quanto as informações apresentadas, ou se estendido à própria existência do procedimento) ou quanto a sua natureza (se inerente ao instituto arbitral ou se existente apenas quando houvesse determinação específica para tanto) este dever exigirá respeito quando exigido pelas partes ³¹.

Sob uma análise econômica do direito, se comparada ao processo estatal a arbitragem tem o condão de verdadeiramente reduzir os custos de transação à resolução da disputa contratual, os quais podem ser definidos como os custos para realização de intercâmbios econômicos³². A respeito destes custos, Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama observam que:

Quando analisa a conveniência e a oportunidade de celebração de um contrato, o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos (a) de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte (...) e (b) a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor o interesse do indivíduo em tomar parte no negócio jurídico. ³³

Sobre o primeiro aspecto, a arbitragem desempenharia um papel importante no estímulo ao cumprimento das obrigações assumidas, vez que eventual inadimplemento seria punido de maneira rápida e precisa³⁴. Já sobre o segundo aspecto, Luciano Timm afirma que devem ser considerados para a avaliação dos custos de um litígio, as taxas judiciais, a complexidade dos procedimentos, a morosidade do sistema, o exagerado sistema recursal, dentre outros. Assim, as características da arbitragem ligadas ao sigilo, à rapidez na solução da controvérsia, à especialidade dos árbitros e à maior flexibilidade do procedimento, pelo

³¹ Já no processo judicial, a regra é a publicidade dos atos processuais, enquanto o segredo de justiça fica restrito às hipóteses do Artigo 155, do Código de Processo Civil, e à autorização do magistrado.

³² ARROW, Kenneth. *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation. The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB-System*, Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st session, v. 1. Government Printing Office: Washington, D.C., 1969. “O conceito de custos de transação foi introduzido por Ronald Coase em 1937 com o famoso artigo *The Nature of the Firm*. Coase se referiu aos custos de transação como os “custos para a utilização dos mecanismos de preço”. Essa conceituação reflete o fato de que qualquer interação econômica requer o uso (em maior ou menor grau) de recursos pelas partes” (PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A Economia da Arbitragem: escolha racional e geração de valor*. In: *Revista Direito GV*, ano 4, nº 07, jan.-jun. 2008, São Paulo, p. 15-28, p. 12)

³³ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Obra citada*, p. 05.

³⁴ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Obra citada*, p. 06.

menos em tese, contribuiriam para que, ao final, o custo de transação despendido fosse inferior ao do processo judicial³⁵. No caso da confidencialidade, por exemplo, a possibilidade de preservação de informações sensíveis aos consumidores, à concorrência e ao *know how*, bem como a proteção do segredo industrial, desempenhariam um relevante papel na redução dos custos³⁶. Já a maior celeridade do procedimento reduziria o tempo que as partes poderiam ficar privadas dos bens ou dos direitos litigiosos até o efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado. Implicaria, portanto, a diminuição dos custos de oportunidade³⁷ decorrentes da privação.

Ademais, pode-se argumentar que a arbitragem traria vantagens econômicas à própria sociedade e não apenas aos litigantes. Isto porque, além de o aparato judiciário estatal deixar de ser mobilizado para a solução de controvérsias patrimoniais e disponíveis³⁸, a difusão da arbitragem geraria um desincentivo ao litígio. Segundo Luciano Timm, pela internalização do custo do processo, o que significa que este será bancado pelas partes, na sua integralidade, “(...) diminuem-se as demandas descabidas, já que a parte dificilmente pagará para ganhar tempo [por meio de uma disputa] (a não ser que este preço lhe compense; o que dificilmente ocorrerá no caso da arbitragem, já que o procedimento tende a funcionar mais rapidamente)”³⁹. Em outras palavras, uma parte consciente de que não será vitoriosa no procedimento, dificilmente bancará uma arbitragem por mero intuito protelatório. O mesmo não ocorre perante o poder judiciário, cuja maior parte dos custos dos litígios (ou até a integralidade deles, nos casos de assistência judiciária gratuita) é bancada pela sociedade, por meio de impostos.

Ainda assim, poder-se-ia argumentar que, atualmente, o fato das taxas de administração de um procedimento arbitral em uma câmara respeitada, os honorários dos árbitros e os honorários advocatícios⁴⁰ atingirem valores cada vez mais expressivos, minaria estas vantagens⁴¹. Paulo Osternack do Amaral aponta que, “talvez, esse seja o fator

³⁵ TIMM, Luciano Benetti. *Obra citada*, p. 17; 22 e seg.

³⁶ TIMM, Luciano Benetti. *Obra citada*, p. 25.

³⁷ “O custo de oportunidade indica o valor do benefício abandonado ao se escolher uma alternativa em vez de outra. É, portanto, o custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada ou impedida. Quanto mais longo o processo, maior o custo de oportunidade.” (PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Obra citada*, p. 06.)

³⁸ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Obra citada*, p.02.

³⁹ TIMM, Luciano Benetti. *Obra citada*, p. 29.

⁴⁰ Honorários mais altos que o comum, por se tratar de serviço especializado.

⁴¹ Como exemplo, uma arbitragem CCI iniciada em 2010, com um painel de três árbitros e com valor da causa de US\$100.000,00, o custo estimado (que considere o taxa mínima para instauração do procedimento e os

determinante para que a arbitragem ainda não se tenha consolidado plenamente no Brasil”⁴². Esta é uma crítica relevante que requer a reavaliação do rumo tomado pelo instituto arbitral, de ter se tornado um produto especializado e demasiadamente caro, sob pena da arbitragem deixar de ser uma opção interessante àqueles que a procuram, pelo menos sob o ponto de vista econômico-financeiro.

2.3 ARBITRAGEM NO BRASIL

A primeira solução de conflitos por meio de arbitragem em território pátrio de que se tem notícia diz respeito à divisão das terras brasileiras feita entre Portugal e Espanha em 1494, cujo árbitro foi o Papa Alexandre VI, e que culminou com a assinatura do Tratado de Tordesilhas⁴³. O procedimento foi introduzido no sistema jurídico do país assim este se tornou independente, por meio das ainda vigentes Ordenações Filipinas, e foi referido por diversas constituições e leis infraconstitucionais ao longo da história⁴⁴. A arbitragem já foi inclusive a via obrigatória para solução de determinados conflitos submetidos ao código comercial de 1850⁴⁵. Entretanto, por muito tempo o instituto foi marginalizado no Brasil, assim como ocorreu nos demais países em desenvolvimento da América Latina. João Bosco Lee e Clávio Valença Filho, ao citarem Van den Berg, atribuem esta situação a diversos motivos, tal qual uma legislação arcaica, a falta de familiaridade dos empresários e dos juristas com o instituto⁴⁶. Outros se referem a questões mais específicas, como a ausência de executoriedade

honorários médios dos árbitros, sem abarcar as despesas incorridas pelos mesmos, as despesas a produção de provas ou os com os advogados) seria de US\$ 33.172,00 (Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/cost-and-payment/cost-calculator/>>. Acesso em: 26 nov. 2012). Já na CCBC, os custos mínimos (para arbitragens com valor da causa de até R\$900.000,00) de uma arbitragem com três árbitros que durasse dezoito meses seriam de R\$211.000 (considerando R\$4.000 como taxa de requerimento de arbitragem, R\$2.000/mês por parte como taxa de administração e R\$450/hora de trabalho de cada árbitro, aplicando-se o número mínimo de 100 horas) (Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=tabela%20de%20custos>>. Acesso em: 26 nov. 2012.).

⁴² AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 51.

⁴³ _____. *Arbitragem: Do Monte Ida à lei 9.307/1996*. EEmir Calluf Advogados, 01 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.emircalluf.com.br/artigos/arbitragem-do-monte-ida-%C3%A0-lei-93071996>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

⁴⁴ A Constituição Monárquica de 1824 determinava em seu Artigo 160, capítulo 6º: “Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”. Já a Constituição de 1891, no artigo 34, e a Constituição de 1934, no artigo 4º, referiam-se à arbitragem como forma de se evitar a guerra. As cartas constitucionais de 1937, 1946 e 1967, seguidas do AI-5 de 1968, previam a arbitragem como forma de solução dos conflitos internacionais.

⁴⁵ O Código Comercial de 1850 estipulava a obrigatoriedade da arbitragem aos conflitos relativos a contratos de locação mercantil (artigo 245), matéria societária (artigo 294), questões de direito marítimo relativas a naufrágio (artigo 739) e a avarias provocadas por acidentes entre embarcações (artigo 783).

⁴⁶ LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 07.

da cláusula compromissória⁴⁷. Carlos Alberto Carmona destaca o posicionamento que por muito tempo permeou nossa doutrina, cética aos benefícios que a arbitragem poderia trazer por acreditar que o instituto se voltaria à proteção dos interesses e do capital estrangeiro em detrimento do nacional. Para tanto, o referido autor cita o entendimento de Pontes de Miranda, um dos nossos maiores juristas, que rechaçava a adoção da arbitragem:

(...) [Pontes de Miranda] 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)”.⁴⁸

Já na década de 80, iniciou-se um movimento pró-arbitragem na América Latina, que culminou com a adesão de diversos países, dentre eles o Brasil, à Convenção de Nova Iorque de 1958⁴⁹ e com a modernização das suas leis de arbitragem nos anos seguintes. Foi nesta esteira que iniciou o processo de desenvolvimento e de consolidação do instituto no nosso país, que aos poucos afastou os posicionamentos preconceituosos existentes, em especial pelo advento da Lei de Arbitragem, em 1996, e pela ulterior declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em 2001⁵⁰. No plano internacional, a adesão do Brasil a importantes tratados e convenções ligadas à arbitragem, tal qual a já citada Convenção de Nova Iorque de 1958 e a CISG⁵¹, tornaram o Brasil um dos grandes protagonistas de

⁴⁷ _____. Medidas de Urgência e Coercitivas. 2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”. Parceria Institucional Acadêmico-Científica entre Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem. Coord. Fabiano Robalinho e Octávio Fragata. São Paulo. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Relatorio_final_pesquisa_GV_CBAR.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2012.

⁴⁸ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XV. Forense, 1977, p. 344. In: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 01-02.

⁴⁹ Desde a sua elaboração em 1985 e com as sucessivas emendas editadas desde então (sendo a última de 2006), a “Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (UNCITRAL) sobre Arbitragem Comercial Internacional” (referida a partir de agora como “Lei Modelo da UNCITRAL”) tem cumprido um importante papel em prover parâmetros aos Estados no desenvolvimento e na modernização das suas leis de arbitragem. (Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 07.11.2012).

⁵⁰ STF, Sentença Estrangeira Contestada (SEC) nº 5.206. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 12/12/2001. DJ 30/04/2004.

⁵¹ A “Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias” [referida no texto como “CISG”] conta com a adesão de 78 países, tendo o texto sido aprovada pelo Senado Federal brasileiro muito recentemente, em 19/10/2012 (Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/a_cisg_3.html>. Acesso em: 20 out. 2012).

arbitragens no mundo⁵². Isto significa que este meio de resolução de conflitos tem permitido ao país a intensificação das suas atividades comerciais no cenário internacional, já que é preferível aos investidores estrangeiros a solução de conflitos por um tribunal arbitral do que por cortes domésticas⁵³. Confirmando a relevância do instituto à economia brasileira, Theophilo de Azeredo Santos destaca que “Em todos os cinco continentes, é reconhecido o papel da arbitragem no fortalecimento das relações internacionais pela segurança jurídica conferida às operações”⁵⁴. O próximo passo ao desenvolvimento do instituto será a difusão das suas particularidades aos juristas brasileiros, algumas das quais analisaremos no presente estudo, a fim de que, ao lado do processo judicial e de outros meios de solução de litígios como a mediação e a conciliação, a arbitragem contribua à tutela efetiva dos direitos.

2.3.1 Lei de Arbitragem

Atualmente, a arbitragem brasileira é regulada pela Lei nº 9.307/96⁵⁵ (“Lei de Arbitragem”) a qual, em superação ao Código de Processo Civil de 1973⁵⁶, aproximou nosso sistema arbitral das mais modernas referências sobre o tema no mundo. Em especial, Selma Lemes enquanto membro da comissão que elaborou o anteprojeto da lei destaca que a Lei de Arbitragem pautou-se nos princípios da autonomia da vontade, da boa-fé, da tutela Jurisdicional e do devido processo legal, além dos princípios constitucionais processuais contidos no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal⁵⁷. Ainda, teve como principais bases a Lei Modelo da UNCITRAL de 1985⁵⁸, as leis domésticas da França e da

⁵² Em 2006, a Câmara de Arbitragem Internacional da CCI de Paris (uma das mais importantes instituições arbitrais do mundo) já indicava o Brasil como 4º em número de procedimentos arbitrais por ela administrados. *ICC Statistical Report 2006, in ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, issue 1, 2007, p. 05.

⁵³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 02.

⁵⁴ SANTOS, Theophilo de Azeredo. *O Crescimento da Arbitragem no Brasil*. Câmara de Comércio Internacional Comitê Brasileiro. Carta de Notícias, nº 59, abr./jun. 2007, p. 01. Rio de Janeiro. Da mesma forma, Selma Lemes: “Estudo publicado no *Michigan Journal of International Law* demonstrou que o simples fato de um país aderir à CNI [Convenção de Nova Iorque] altera a percepção do contratante estrangeiro na qualidade das instituições, bem como no fluxo comercial, propiciando aumento das transações comerciais” (In: TIMM, Luciano Benetti. *Obra citada*, prefácio).

⁵⁵ Após o fracasso de dois anteprojetos de lei (de 1981 e de 1986), o terceiro deles (portaria nº 298-A/88, do Ministério de Estado da Justiça) se mostrou exitoso já que ao ser apresentado ao Senado Federal pelo então Senador Marco Maciel e em 1992 culminou na Lei de Arbitragem.

⁵⁶ Até 1996, a arbitragem brasileira era disciplinada pelos artigos 1.072 a 1.102 do referido texto legal.

⁵⁷ LEMES, Selma Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. In: *Revista do Advogado*, v. 51, out./1997, p. 32-35.

⁵⁸ Desde a sua elaboração em 1985 e com as sucessivas emendas editadas desde então (sendo a última de 2006), a “Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (UNCITRAL) sobre Arbitragem Comercial Internacional” (referida a partir de agora como “Lei Modelo da UNCITRAL”) tem cumprido um importante papel em prover parâmetros aos Estados no desenvolvimento e na

Espanha sobre arbitragem, a Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Convenção do Panamá de 1975⁵⁹.

Como avanços da nova lei, pode-se destacar em primeiro lugar que a sentença arbitral passou a ter efeitos equivalentes aos da sentença judicial, sem mais necessitar de qualquer homologação pelo poder judiciário. Isto significa que, sendo declaratória ou constitutiva, produzirá efeitos desde a sua prolação. Por outro lado, se precisar ser executada, será considerada por ficção jurídica título executivo judicial⁶⁰ (artigo 31, Lei nº 9.307/96). Outro grande avanço foi a compulsoriedade garantida à arbitragem, já que “a cláusula [compromissória] deixou de ser apenas um pré-contrato de compromisso [arbitral]”⁶¹. As partes podem optar pelo procedimento arbitral em dois momentos distintos. Antes do surgimento do litígio, geralmente da assinatura de um contrato que contenha uma cláusula compromissória, ou por meio de qualquer outra forma escrita⁶² onde se faça referência àquele negócio jurídico. Por outro lado, pode-se optar pela arbitragem após o surgimento de um litígio, ao se firmar um compromisso arbitral. Os requisitos indispensáveis à convenção de arbitragem se encontram nos artigos 3º e seguintes da Lei nº 9.307/96. Na lei anterior, exigia-se que tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral existissem para que a

modernização das suas Leis de Arbitragem. (Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 07.11.2012)

⁵⁹ A “Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional”, assinada no Panamá em 30 de janeiro de 1975, foi promulgada pelo Brasil em 09.05.1996 por meio do Decreto nº 1.902 (_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996. Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30 de janeiro de 1975. Brasília: 9 mai. 1996. < em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1902.htm>. Acesso em: 07 nov. 2012.)

⁶⁰ A sentença arbitral está inserida no rol dos títulos executivos judiciais do Código de Processo Civil (artigo 475-N, inciso IV). João Bosco Lee e Clávio Valença traçam uma crítica ao método de equiparação entre as sentenças judiciais e arbitrais, vez que, a rigor, apenas aquelas poderiam ser consideradas título executivo *judicial* (proferido pelo judiciário). Ainda assim, enaltecem o incremento de eficácia que esta equiparação garantiu às sentenças arbitrais (LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio de Melo. *Obra citada*, p.136). Por sua vez, Sérgio Cruz Arenhart adota a terminologia “título semi-judicial”, tendo em vista a diferença das vias recursais quando o título executivo se tratar de judicial ou extrajudicial (ARENHART, Sérgio Cruz. *Braves observações sobre o procedimento arbitral*. Academia.edu. Disponível em: <http://www.academia.edu/214088/BREVES_O_BSERVACOES_SOBRE_O_PROCEDIMENTO_ARBITRAL>. Acesso em: 10 dez. 2012).

⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 17.

⁶² Carlos Alberto Carmona esclarece que, caso a cláusula compromissória não esteja inserida no contrato, “(...) 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.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 17.). O autor ainda prevê a possibilidade da sua conclusão por email que é a forma mais comum de comunicação entre parceiros comerciais nos dias de hoje. Todavia, deverá necessariamente ser escrita, conforme prevê o artigo (II) (1) da Convenção de Nova Iorque de 1958: “Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.” Neste sentido, STJ, SEC 866 / GB, Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, julg. em 17/05/2006, DJ 16/10/2006.

arbitragem se tornasse vinculante aos litigantes. Caso contrário, não poderiam impô-la à contraparte ⁶³. Com o advento da Lei nº 9.307/96, apenas uma delas será suficiente. Sendo assim, nos casos em que exista a cláusula compromissória cheia, ou seja, em que as regras procedimentais e a maneira de seleção dos árbitros já tiverem sido estipuladas pelas partes, o procedimento arbitral poderá ser iniciado a despeito da recusa de participação de uma das partes. Mas se a cláusula arbitral for vazia, se limitando a escolher a arbitragem de maneira genérica, a parte que deseje acordar os demais termos poderá convocar a contraparte judicialmente para fazê-lo. Em havendo recusa, o juiz proferirá decisão que equivalerá ao compromisso arbitral ⁶⁴:

Artigo 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 lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Ainda sobre o compromisso arbitral, a doutrina costuma qualificá-lo como um negócio jurídico autônomo ao contrato ao qual faz referência (seja enquanto cláusula compromissória ou compromisso arbitral), aplicando-se o princípio interpretativo da autonomia da cláusula compromissória (*doctrine of separability* ⁶⁵), segundo o qual “A cláusula compromissória é

⁶³ RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. QUESTÕES SUCESSÓRIAS. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E LIVROS COMERCIAIS A NÃO SÓCIO. CARÊNCIA DE AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA OU ARBITRAL. SENTENÇA ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI 9.307/96. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. “(...) 3. Quanto à força da cláusula compromissória ou arbitral prevista no ajuste, tem-se que a presente ação foi proposta em dezembro de 1990 e os réus argüiram, em preliminar de contestação, a existência de cláusula arbitral (ou compromissória), em março de 1991. A sentença, por sua vez, foi prolatada em abril de 1993. Como se vê, ao contrário do que se deu no precedente referente ao REsp 712.566/RJ, a matéria aqui foi trazida aos autos antes da entrada em vigor da Lei 9.307/96 e, portanto, antes da alteração que referida Lei (art. 41) promoveu na redação do art. 267 do Código de Processo Civil, autorizando a extinção do processo sem julgamento de mérito por convenção de arbitragem (gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral). 4. Nesse contexto, não havia obrigatoriedade, na época, da instauração da arbitragem em vista de cláusula compromissória e, portanto, inexistia causa suficiente para extinção do processo sem julgamento de mérito, o que, então, somente se daria caso existisse compromisso arbitral. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (STF, 4ª T., REsp. 270169 / MG, Rel. Min. Raul Araújo, julg. em. 17/11/2011, DJe 24/11/2011).

⁶⁴ Anteriormente, os tribunais pátrios entendiam que a recusa em se firmar os termos do compromisso arbitral gerava a mera possibilidade de resolução da inadimplência por perdas e danos (SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes. *Principais Aspectos da Nova Lei de Arbitragem*. Câmara Metropolitana de Mediação e Arbitragem do Estado de SP. Disponível em: <<http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/artigos025.htm>>. Acesso em: 20 out. 2012; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 05).

⁶⁵ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Obra citada*, p. 102.

autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória” (artigo 8º, Lei nº 9.307/96). Sobre as funções desta técnica, afirmam Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kroll que a autonomia da cláusula compromissória protege a integridade da convenção de arbitragem e desempenha um papel importante na asseguuração de que a intenção das partes em submeter suas controvérsias à arbitragem não seja facilmente desqualificada. Desta maneira, ela também protege a jurisdição do tribunal arbitral (tradução nossa) ⁶⁶.

Quanto àqueles que podem se valer da arbitragem, a Lei nº 9.307/96 determina que devam possuir capacidade de fato, ou seja, capacidade de contratar ⁶⁷. Já os temas a serem submetidos ao instituto, ou seja, a arbitrabilidade objetiva, devem se restringir a questões patrimoniais e disponíveis ⁶⁸. Ensina Pedro Batista Martins que “os direitos patrimoniais disponíveis (...) envolvem tudo aquilo que é passível de conversão em pecúnia e que seu titular detenha plena disponibilidade” e que, por outro lado, “A indisponibilidade afeta a livre circulação – disposição – do direito em si (...)” ⁶⁹. Estas afirmações nos permitem concluir que, para o autor, o conceito de “disponibilidade” estaria ligado à possibilidade de se abrir mão de um direito. Por outro lado, Eduardo Talamini classifica os direitos como disponíveis ou indisponíveis pelas vias de composição disponíveis à sua tutela. Assim, seriam “disponíveis” os direitos cuja tutela possa ser exercida pelos próprios litigantes (por meio de conciliação, por exemplo), extrajudicialmente ⁷⁰. Desta forma, estariam alheias à arbitragem não apenas as questões referentes aos direitos da personalidade, que não admitem negociação,

⁶⁶ “Separability protects the integrity of the agreement to arbitrate and plays an important role in ensuring that the parties intention to submit disputes is not easily defeated. In this way it also protects the jurisdiction of the arbitration tribunal”. (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Obra citada*, p. 104.)

⁶⁷ Artigo 1º, Lei nº 9.307/96: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁶⁸ Antes da Lei nº 9.307/96, o Código de Processo Civil se referia apenas à exigência da patrimonialidade do direito, conforme artigo nº 1.072: “As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação”.

⁶⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade Objetiva. Interesse Público, Indisponibilidade de Direitos e Normas de Ordem Pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 254 e 269. O referido autor também resalta a existência de uma corrente doutrinária segundo a qual “(...) a simples existência de normas ou de lei de ordem pública aplicáveis ao conflito seria suficiente para afastar a jurisdição dos árbitros”, e dela discorda avidamente ao afirmar que “(...) não se pode afirmar que a resolução de um conflito que necessite de avaliação, da aplicação ou da interpretação de normas de ordem pública são insuscetíveis de apreciação por árbitros” (MARTINS, Pedro A. Batista. *Obra citada*, p. 268).

⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 336. Da mesma forma entende Paulo Osternack Amaral (AMARAL, Paulo Osternack. *Obra citada*, p. 35), o qual cita o entendimento de José Carlos de Magalhães em igual sentido (MAGALHÃES, José Carlos de. *Contratos com o Estado. Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre, n. 3, p. 38, jul./set. 2004).

mas também todos os direitos com caráter *erga omnes*, cuja sorte claramente não poderia ser negociada por apenas duas partes, vinculando os demais ⁷¹. Ressalte-se que a noção de indisponibilidade é relativa, variando de acordo com cada sistema jurídico e o tempo. Desta forma, interesses que em dado momento se encontravam sob a esfera de proteção exclusiva do poder judiciário, hoje são aceitos como arbitráveis ⁷².

Não obstante o grande passo dado pela arbitragem com o advento da Lei nº 9.307/96, o instituto continua a se consolidar no nosso país pelo contínuo trabalho da doutrina e da jurisprudência. Superou-se a possibilidade de utilização do instituto pelo Poder Público⁷³, permitiu-se a vinculação da cláusula compromissória aos grupos econômicos e às cessões contratuais ⁷⁴ e consolidou-se desnecessidade do compromisso arbitral ante a existência de uma cláusula compromissória. Entretanto, ainda há inúmeras questões que precisam ser amadurecidas, como a possibilidade dos árbitros decretarem medidas de urgência e cautelares⁷⁵, a vinculação do compromisso arbitral aos sócios de sociedades por ações ⁷⁶, o

⁷¹ COUTO, Jeanlise Velloso. *Obra citada*, p. 111.

⁷² MARTINS, Pedro A. Batista. *Obra citada*, p. 269. Como exemplo temos os direitos patrimoniais do Poder Público, e a tendência jurisprudencial de admissão da arbitragem nos conflitos envolvendo direitos trabalhistas individuais. Neste sentido, vide GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A Arbitragem nos Tribunais Estaduais (10 Anos de Jurisprudência)*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 196 e os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: 1ª Turma, REsp nº 777.906/BA, Rel. Min. José Delgado, julg. em 18/10/2005, DJ 03/03/2006; 2ª Turma, Agravo Regimental no REsp nº 635.156/BA, Rel. Min. Castro Meira, julg. em 01/06/2004, 09/08/2004; e 1ª Turma, REsp nº 638.150/BA, Rel. Min. Denise Arruda, julg. em 19/04/2005, DJ 01/07/2005.

⁷³ Tanto a doutrina dominante quanto o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela admissibilidade de arbitragens envolvendo o Poder Público, independentemente de autorização legal específica. Neste sentido, vide AMARAL, Paulo Osternack. *Obra citada*, p. 60-61, STF, AI nº 52.181, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 68/382 (“caso Lage”); STJ, 2ª Turma, REsp nº 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. em 25/10/2005, DJ, p. 299, 14/09/2006; STJ, 1ª Seção, AgRg no MS nº 11.208/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 28/06/2006, DJ, p. 251, 14 2006; STJ, 3ª Turma, REsp nº 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 20/10/2011, DJe 28/02/2012; STJ, 1ª Seção, MS 11308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

⁷⁴ STJ, Corte Especial, SEC 894/UY, Rel. Min. Nancy Andrighi, 20/08/2008, DJe 09/10/2008.

⁷⁵ Analisaremos o poder de decretação de tutelas de urgência adiante, no ponto 2.3.3.

⁷⁶ Dispõe o artigo 109, § 3º da Lei das Sociedades por Ações (lei nº 6.404/76) que “O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”. Questiona-se, entretanto, se ocorreria a vinculação daqueles acionistas que não manifestassem expressamente a sua vontade neste sentido, seja, por exemplo, porque não participaram da deliberação que escolheu a arbitragem como forma de solução dos conflitos da sociedade, votaram a contrário *sensu* mas foram vencidos, ou ingressaram na sociedade após esta decisão. A maior parte da doutrina atual defende que sim, ocorreria a vinculação de todos os acionistas (MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 135; CARVALHOSA, Modesto. *Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral* (§ 3º do art. 109) In: LOBO, Jorge Joaquim (Coord.) *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 30.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.330.)

cabimento da Arbitragem na resolução de matérias de direito do consumidor, do trabalho⁷⁷ e de sucessões. Quanto ao posicionamento do poder judiciário perante a arbitragem, verificamos que, desde o advento da lei, tem-se posicionado cada vez mais no sentido de auxiliar a consolidação do instituto arbitral ao proferir decisões em consonância com as regras e princípios que regem a arbitragem e ao limitar o escopo de controle das decisões arbitrais, sem adentrar no mérito dos conflitos. Por fim, em que pese a Lei nº 9.307/96 ser considerada hoje uma das melhores do mundo⁷⁸, o trabalho de adequação da legislação brasileira não para. Há aqueles que inclusive acreditam na necessidade de alteração da própria Lei de Arbitragem⁷⁹, bem como da adaptação da matéria arbitral disciplinada pelo Código de Processo Civil⁸⁰ aos novos desafios que se impõe⁸¹.

3. OS ÁRBITROS

Neste momento voltamos a análise do presente estudo à sua figura central, o árbitro. Abordaremos desde as suas raízes históricas às regras que o regem no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre a extensão dos seus poderes. Por fim, buscaremos esclarecer quais são os limites impostos à sua atuação, combinados com os meios de controle exercidos pelo poder judiciário sobre o produto do seu trabalho, que é a sentença arbitral.

3.1 HISTÓRICO DOS ÁRBITROS

⁷⁷ Pelo cabimento da arbitragem na solução de conflitos trabalhistas individuais se manifesta Selma Lemes: “Podem ser submetidas à arbitragem as matérias laborais pecuniárias, com exceção às que se referem às normas de segurança e de medicina do trabalho, que envolvam o trabalhador menor e outras áreas sensíveis” (LEMES, Selma Ferreira. *O uso da arbitragem nas relações de trabalho*. Valor Econômico, 15/16/17, ago. 2003).

⁷⁸ Neste sentido, Alexandre de Freitas Câmara: “(...) o Brasil está no caminho certo, tendo elaborado uma lei digna de figurar entre as mais bem feitas, no campo da arbitragem, dentre as existentes” (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Obra citada*, p. 169).

⁷⁹ Tramita no Congresso nacional o projeto de lei nº 2937/2011, que visa alterar a lei de arbitragem quanto às hipóteses de nulidade da sentença arbitral e possibilitar ao Poder Judiciário receber no efeito suspensivo e devolutivo o pedido de anulação da decisão arbitral em ação de nulidade, embargos ou impugnação. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesW eb/fichadetramitacao?idProposicao=531308>>. Acesso em: 08 dez. 2012).

⁸⁰ Assim defende Fredie Didier Jr.: “A arbitragem, no Brasil, praticamente não existia em 1973. Atualmente, o Brasil é o quarto país do mundo em número de arbitragens na Câmara de Comércio Internacional. O CPC/1973 pressupõe a realidade da arbitragem daquela época. É preciso construir um código adequado a esta realidade, prevendo, por exemplo, o procedimento da carta arbitral e criando a alegação autônoma da convenção de arbitragem.” (DIDIER JR., Fredie. *Razões para um novo CPC*. Confiteor. Em 04 set. 2012. Jurisciência. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/noticias/razoes-para-um-novo-cpc-confiteor-fredie-didier/1523/>>. Acesso em: 20 out. 2012).

⁸¹ Leandro Tipodi se posiciona contrariamente a esta tendência, julgando ser desnecessária qualquer alteração legislativa neste momento (TRIPODI, Leandro. *A New Arbitration Law for Brazil?* Kluwer Arbitration Blog - Latest Entries. CISG-Brasil.Net, 10 set. 2012. Acesso em: 20 out. 2012).

A figura do árbitro, “pessoa física indicada pelas partes - ou por delegação delas - para solucionar uma controvérsia que envolva direito disponível”⁸² de forma final e vinculante é extremamente antiga. Para compreendê-la, devemos remeter às suas raízes históricas há quase 3.000 anos no direito romano⁸³, onde antes de o Estado-juiz criar a figura dos magistrados, dos tribunais estatais e tomar para si a incumbência de dirimir os conflitos, os próprios particulares exerciam esta função.

Nos primórdios da civilização, a forma predominante de resolução dos conflitos era o que hoje chamamos de autotutela, a qual consiste na imposição da vontade de um dos litigantes sobre o outro, por meio da força bruta ou do poder econômico. Em um segundo momento, os litígios passaram a ser resolvidos mediante o concurso de um terceiro desinteressado, imparcial e eleito pelas partes⁸⁴, o que podemos chamar de arbitragem facultativa. Foi neste momento que surgiu a figura do árbitro em Roma (*iudex* ou *arbiter*), o qual “não integrava o corpo funcional romano, sendo um mero particular idôneo, incumbido de julgar (...)”⁸⁵. Após, deu-se lugar à arbitragem obrigatória, a qual perdurou por muito tempo como o meio necessário de solução de conflitos. Em seguida, na medida em que Roma passou se publicizar e a concentrar o poder em si, o exercício da jurisdição se tornou uma das funções do Estado, exercido por meio dos juízes togados. Ressalte-se que todos os meios de pacificação social citados não sucederam uns aos outros de forma marcada e definitiva, “a história mostra que, em quase todos os momentos, esses diferentes sistemas conviveram uns com os outros, ora com a predominância de um, ora com a predominância de outro”⁸⁶. Assim, não obstante, a arbitragem continuou a ser utilizada durante a Idade Média, em especial pela Igreja Católica e pelos senhores feudais, vez que o sistema judiciário e as garantias jurisdicionais se mostravam insuficientes às suas demandas⁸⁷. No momento histórico subsequente, do absolutismo, a arbitragem foi enfraquecida, vez que a atividade

⁸² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 228.

⁸³ Carla Fernanda de Marco trás a notícia de que ainda 2.000 anos antes, a arbitragem já era exercida na Babilônia (MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem Internacional no Brasil*. São Paulo, RCS Editora, 2005, p. 11).

⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 01: teoria geral do processo e processo de conhecimento. WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

⁸⁵ TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária. In: BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio (Coord.). *Mercosul: lições do período de transitoriedade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 176-177.

⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 40.

⁸⁷ MARCO, Carla Fernanda de. *Obra citada*, p. 13.

jurisdicional se concentrou cada vez mais nas mãos do soberano e, em seguida, o mesmo ocorreu com o poder judiciário no Estado de Direito.

Ora, em que pese a atividade jurisdicional (entendida como a “atividade capaz de por fim à lide” “por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico”⁸⁸) ser efetivamente uma das funções do Estado de Direito, nada impede que ela seja delegada à entes não estatais (no caso do presente estudo, aos árbitros) mediante previsão legal expressa. Este é um fenômeno que observamos crescer a cada dia, em especial pela incapacidade superveniente do Estado em oferecer a todos os seus jurisdicionados uma tutela efetiva. Conforme Rafael De Conti:

A solução de conflitos sem participação do Estado (ou a resolução alternativa de conflitos), mostra-se (do ponto de vista político) como um comportamento liberal, em que a comunidade não mais é tutelada pelo Estado. Neste sentido liberal, a sociedade civil passa a decidir, acerca de conflitos reais e específicos, no lugar do poder decisório soberano (atribuído, pelo Estado, para um Juiz [privado]).⁸⁹

Desta forma, fica claro que o Estado-juiz não é a única fonte do poder jurisdicional, já que, mediante autorização legal e a manifestação da vontade das partes neste sentido, o exercerá em conjunto com os árbitros. Neste novo paradigma, devem prevalecer os princípios da cooperação e da complementação entre o poder judiciário e o tribunal arbitral, a fim de que ambos cumpram o seu papel de pacificadores sociais de maneira efetiva.

3.2 OS ÁRBITROS NA LEI DE ARBITRAGEM

Conforme veremos a seguir, a importância dos árbitros é tamanha para a arbitragem que leva inúmeros doutrinadores a afirmarem que a sua seleção é elemento crucial à qualidade do procedimento arbitral. Neste sentido, Tomas Clay ressalta que “a arbitragem é governada por uma regra de ouro: ‘a arbitragem vale o que vale o árbitro’”⁹⁰. Conforme disposto no

⁸⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 41-42.

⁸⁹ CONTI, Rafael de. *Arbitragem no Brasil*. 2011. Disponível em: <<http://www.decontilaw.com/Artigos/Arbitration-LawEconomicsAndPoliticsRafaelDeContiDeContiLawOffice-2011.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2012, p. 01.

⁹⁰ CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001, p. 10, nº 15 e nota 06. Este princípio é reconhecido pela doutrina majoritária: DRAHOZAL, Christopher R.; NAIMARK Richard W. *Towards A Science Of International Arbitration: Collected Empirical Research*. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 147; BERGER, Klaus Peter. *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*. vol. 2. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 133. Citando Von Meherer, LEW/MISTELIS/KROLL afirmam que “*The arbitrator is the sine qua non of the arbitral process. The process cannot rise above the quality of the arbitrator.*” (LEW, Julian D. M.; MISTELIS; Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Obra citada*, p. 223)

artigo 13 da Lei nº 9.307/96, pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Nota-se a imposição de exigências de duas ordens, uma pessoal e outra deontológica. Desta feita, além de gozar de capacidade plena de exercício dos seus direitos civis⁹¹, o árbitro deve contar com a confiança das partes. Salvo por imposição expressa destas, não existirá qualquer outro predicado especial quanto à origem cultural, ao sexo, à formação acadêmica, ou técnica do árbitro⁹². Ainda assim, é controvertida a possibilidade de indicação de pessoa jurídica para desempenhar a função⁹³ e se desencoraja que pessoas com pouca capacitação, como aquelas analfabetas, sejam nomeadas⁹⁴. Não obstante, a escolha deverá ser feita com base em qualidades chave, quais sejam a experiência na condução de procedimentos arbitrais⁹⁵, a reputação, a inteligência, a disponibilidade de tempo para a apreciação do conflito, a área de especialidade técnica (seja ela jurídica ou não⁹⁶), a acessibilidade às partes

⁹¹ Não podem ser árbitros tanto aqueles absolutamente quanto relativamente incapazes, conforme disposto nos artigos 3º e 4º, do Código Civil.

⁹² Antes da edição da Lei nº 9.307/96, o artigo 156 do Código de Processo Civil impunha a utilização do português nos processos arbitrais. Já a nova lei não fez qualquer exigência desta natureza (salvo nas arbitragens envolvendo o Poder Público, conforme artigo 11, III, Lei nº 11.079/04), permitindo que as partes escolham o idioma (ou os idiomas, como é comum nos conflitos envolvendo partes brasileiras e partes de países do Mercosul). Ainda assim, parte da doutrina defende a impossibilidade de indicação de árbitros que não dominassem o português, por supostamente não conseguirem atender o pressuposto legal da forma escrita da sentença. Neste sentido, Alexandre Freitas Câmara, (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Obra citada*, p.47) discordam deste posicionamento. Roderic Heard, Susan Walker e John Cooley alertam para a relevância prática de ser selecionar árbitros que dominem o idioma oficial do procedimento: “While it is possible to conduct an arbitration where an interpreter translates all of the testimony and written submissions for the tribunal, it is expensive and inefficient. Something will be lost in translation. The arbitrator need not to speak the official language as her first language, but sufficient fluency to avoid the need of translation is preferred” (HEARD, Roderic H.; WALKER, Susan L.; COOLEY, John W. *Obra citada*, p. 66).

⁹³ Carlos Alberto Carmona é enfático ao descartar esta possibilidade (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 229), já Luiz Fernando Teixeira Pinto, ao citar Pedro Batista Martins, afirma que “a hipótese encontra respaldo no direito alemão [Artigo 1.451 do NCPC], que autoriza a nomeação de árbitro pessoal jurídica, mas determina que a função seja efetivamente exercida por pessoa natural que ostente representação da entidade. Desta forma, a parte, ao nomear a pessoa jurídica para dirimir o conflito através de arbitragem, estaria, tecnicamente, delegando a ela o poder de indicar o profissional que, como representante da entidade, atuaria na função de árbitro, observando-se as hipóteses de suspensão e impedimento” (PINTO, Luiz Fernando Teixeira. *Obra citada*, p. 264-265).

⁹⁴ Considerando que a Lei de Arbitragem não proíbe a nomeação de analfabetos, como fazia expressamente o Código de Processo Civil (artigo 1.079: “*Pode ser árbitro quem quer que tenha a confiança das partes. Excetuam-se: (...) II - os analfabetos; (...)*”), em que pese a grande maioria das questões submetidas à arbitragem sejam complexas e demandem árbitros capacitados, não haveria qualquer óbice à sua indicação (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 230).

⁹⁵ Em especial no caso do presidente do tribunal arbitral que desempenha este papel.

⁹⁶ PINTO, José Emílio Nunes. *Recusa e impugnação...*, p. 81. Ao analisar a prática da arbitragem interna nos Estados Unidos e da arbitragem internacional, Roderic Heard, Susan Walker e John Cooley afirmam que “It is unusual for nonlawyers to serve as arbitrators domestically except in accounting, financial, and construction disputes. However, in international arbitration, nonlawyers frequently serve on panels, and many international administering agencies have excellent, experienced, and qualified nonlawyers. Additionally, because international disputes often arise from transportation of goods or services, many experts in logistics, especially maritime experts, have become experienced arbitrators”. (HEARD, Roderic H.; WALKER, Susan L.; COOLEY, John W. *Obra citada*, p. 66)

e advogados, a cooperatividade, a eficiência e, em certos casos, o domínio de determinado idioma (em especial nas arbitragens internacionais).

A confiança nos árbitros será garantida pelo dever destes permanecerem independentes com relação ao litígio e imparciais às partes durante todo o procedimento. Isto significa, respectivamente, que eles não poderão ter qualquer interesse econômico sobre o desfecho do litígio (independência) ou vinculação com uma das partes que o pré-disponha a julgar em favor de um ou de outro litigante (imparcialidade). Havendo qualquer situação que possa ameaçar a independência ou a imparcialidade do julgador, este deverá revelá-la às partes (artigo 14, § 1º, Lei nº 9.307/96⁹⁷). Como consequência, se a circunstância for efetivamente capaz de macular o árbitro, as partes poderão impugná-lo ou, como demonstra a prática, o próprio árbitro poderá renunciar à sua função. A importância deste mecanismo é tamanha que a falta de independência e imparcialidade poderá por em risco a higidez da sentença final, como causa de anulação⁹⁸ (artigo 26, inciso VIII, Lei nº 9.307/96) ou de não reconhecimento (artigo V(1)(d), Convenção de Nova Iorque de 1958). Por isso, muito se discute quanto aos parâmetros que seriam aplicáveis à desqualificação dos árbitros. Ora, a Lei de Arbitragem faz referência no seu artigo 14 às hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes togados⁹⁹, entretanto, estas hipóteses são claramente insuficientes à prática arbitral, podendo gerar inúmeras dúvidas. Assim, diversas entidades arbitrais e associações de classe tentam sistematizar as hipóteses que tenham o condão de afetar negativamente o julgador. Estes “códigos de ética” contêm parâmetros e recomendações quanto às situações que, de acordo com a prática arbitral, gerem desconforto aos litigantes e, portanto, devam ser

⁹⁷ Artigo 14, § 1º, Lei nº 9.307/96: “As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

⁹⁸ O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a impugnação ao árbitro por falta de independência ou imparcialidade deve ser feita em momento oportuno (o qual, segundo a maioria dos regulamentos de arbitragem, é a primeira oportunidade que as partes tiverem para se manifestar nos autos, após tomarem conhecimento do motivo da mácula). Caso contrário, ocorrerá a preclusão da matéria:

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. JUÍZO ARBITRAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. REQUISITOS FORMAIS PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO OBSERVADOS. AUSÊNCIA, IN CASU, DE AFRONTA A PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA. “I - Com relação à parcialidade de um dos árbitros componentes da Câmara de Comércio Internacional (CCI) da Corte Internacional de Arbitragem, a ora requerente deixou de impugnar tal questão no momento oportuno, em atendimento ao previsto no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e ao contido na sentença arbitral. (...)”. (STJ, SEC 4837/EX, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. em 15/08/2012, DJe 30/08/2012)

⁹⁹ Artigo 14, Lei nº 9.307/96: “Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.”

reveladas¹⁰⁰. Por fim, a Lei de Arbitragem determina que os árbitros atuem com competência (no seu sentido coloquial, não jurídico), diligência e discrição (artigo 13, § 6º, Lei nº 9.307/96¹⁰¹).

Os árbitros se diferenciam do juiz togado em alguns pontos fundamentais. Em primeiro lugar, as fontes de seus poderes são distintas. Se por um lado o juiz é investido de jurisdição pelo Estado, por meio da nomeação em cargo público, o árbitro recebe seus poderes dos particulares, pela confiança nestes depositada através do princípio da autonomia da vontade. Este é o elemento balizador dos poderes dos árbitros, impondo limites à sua atuação, a qual deverá respeitar tanto à convenção de arbitragem quanto ao termo de referência¹⁰², sob pena de anulação ou de não reconhecimento da sentença proferida (artigo 32, inciso IV, Lei nº 9.307/96; artigo V(1)(d), Convenção de Nova Iorque de 1958). Outra diferença crucial está no poder de *imperium*, que aquele goza com exclusividade. A razão para tanto é que tal poder está ligado à soberania estatal, não podendo, portanto, ser delegado. Sendo assim, para dar efetividade às suas ordens, o árbitro necessitará do auxílio do poder coercitivo do Estado. Todas as decisões arbitrais que não forem cumpridas espontaneamente precisarão ser executadas perante o judiciário. Ainda sobre as distinções entre árbitro e juízes, percebemos que os poderes conferidos aos árbitros são limitados aos litígios a que se refira a convenção de arbitragem (*ratione temporae*), envolvendo os sujeitos que a pactuaram (*ratione personae*) e ao espaço temporal estabelecido pelas partes (ou residualmente pela lei – *ratione*

¹⁰⁰ Como exemplo, as *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (“IBA Guidelines”) são uma importante ferramenta nas arbitragens internacionais. Criadas pela *Internacional Bar Association em 2004*, são o produto do trabalho de especialistas de 14 países, que buscaram traçar um guia das situações que pudessem prejudicar a independência e a imparcialidade dos árbitros. Através de um sistema de listas, as *IBA Rules* identificam as situações que, objetivamente, não geram qualquer prejuízo à independência ou à imparcialidade dos árbitros e, portanto, não precisam ser reveladas (*green List*); aquelas que podem gerar dúvidas quanto a independência e imparcialidade dos árbitros aos olhos das partes, devendo ser reveladas, mas não ensejando o afastamento do julgador em caso de não impugnação (*orange List*); as situações onde há um vínculo relevante mas que, mediante a aceitação das partes, não impedirá que os árbitros exerçam a sua função (*waivable Red List*); e, finalmente, as hipóteses que devem, necessariamente, ensejar o afastamento do árbitro (*non-waivable Red List*).

¹⁰¹ Artigo 13, § 6º, Lei nº 9.307/96: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

¹⁰² Uma vez instaurada a arbitragem, as partes e os árbitros poderão sentir a necessidade de esclarecer quaisquer aspectos da convenção de arbitragem; por exemplo, ao especificar a extensão dos poderes do tribunal, identificar de forma exata o objeto da arbitragem, estabelecer a sede ou definir o idioma que regerá o procedimento. Esta manifestação de vontade das partes chancelada pelo consentimento dos árbitros (a qual deve, necessariamente, ser consensual a todos, não sendo cabível a sua formulação ante a revelia), é chamada de termo de referência (*terms of reference*, “ata de missão” ou “termo de arbitragm”), o qual tem a natureza de adendo à convenção de arbitragem e, uma vez assinado, passa a integrá-la (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, p. 280-281).

temporae)¹⁰³. Diferentemente, os juízes togados gozam de uma investidura geral em razão da sua qualidade de magistrados, relativamente a todos os conflitos a ele submetidos no território nacional. Enquanto estes só podem ter a sua competência colocada em dúvida (e, caso seja verificada uma das causas de suspeição ou impedimento, serão afastados daquela lide específica), a “jurisdição” dos árbitros pode ser contestada (e, caso impugnação seja procedente, perderão o seu encargo e o seu poder jurisdicional)¹⁰⁴. Por fim, se por um lado o magistrado goza de independência estrutural, os árbitros se limitam a contar com confiança das partes e a respeitar as normas de conduta a eles impostas.

Em contrapartida a todas as diferenças apontadas, ambos visam atender a mesma finalidade: a pacificação social. Ora, uma das premissas mais relevantes da Lei de Arbitragem é aquela disposta no artigo 18 da lei, segundo a qual “o árbitro é o juiz de fato e de direito numa arbitragem”. Luiz Fernando Teixeira Pinto é didático ao esclarecer que o árbitro “é juiz de fato por deter o poder de pesquisar o direito e de apurá-lo, dando-lhe a devida valoração; e é juiz de direito, por lhe caber formular o comando concreto da lei [ou da fonte de direito escolhida pelas partes], que se vai traduzir e expressar na sentença arbitral”¹⁰⁵. É possível inferir-se desta afirmação que o papel desempenhado pelos árbitros é, portanto, muito próximo ao do juiz togado. Por este motivo, muito já se discutiu sobre a natureza da atividade dos árbitros¹⁰⁶; a respeito, ensina Selma Lemes que o encargo possui natureza contratual na

¹⁰³ COUTO, Jeanlise Velloso. *Obra citada*, p. 33.

¹⁰⁴ OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. ROMERO, Eduardo Silva; ESPINOZA, Fabricion Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (Trad.). Colombia: Legis Editores, 2006, p. 67-68.

¹⁰⁵ PINTO, Luiz Fernando Teixeira. *Obra citada*, p. 262.

¹⁰⁶ Da mesma forma, muito já se discutiu sobre a natureza da arbitragem, sem que reste consenso (por este motivo, nos referiremos no presente trabalho à “jurisdição” dos árbitros sempre entre “”). De forma didática, Jeanlise Couto sistematiza as quatro principais correntes doutrinárias existentes e tece as particularidades de cada uma: “A teoria jurisdicional defende a ideia de que o Estado é o controlador e regulador das arbitragens que ocorrem em sua jurisdição [o Estado possuiria monopólio da justiça, vez que esta derivaria da soberania]. São chamados os publicistas. A origem da arbitragem está na vontade das partes e a lei do lugar da arbitragem é que determina a nomeação dos árbitros, a validade da convenção arbitral, os poderes do árbitro, os prazos e a execução da decisão arbitral. A arbitragem é jurisdicional em razão da eficácia particular que o Direito confere aos efeitos do instituto. Esses efeitos resultantes do Direito Contratual ou Privado transformam-se em processuais desde quando a lei lhe assente a mesma força que às decisões judiciais. A teoria contratual é aquela que defende que a arbitragem se origina da vontade das partes e dela retira toda a orientação de seu procedimento. Os chamados contratualistas ou privatistas circunscrevem a natureza jurisdicional da arbitragem à obrigação criada pelo que foi pactuado entre as partes, a autonomia da vontade das partes só pode ser expressa nos limites permitidos pelas regras preestabelecidas. A lei do local tem pouca ou nenhuma influência sobre a arbitragem. A terceira teoria é chamada de mista por basear-se na premissa de que a arbitragem se vincula à lei do local da sua sede, pois ela não poderia desenvolver-se fora da esfera de um sistema jurídico. Contudo, este sistema jurídico não exerce um controle total sobre a arbitragem. Ao contrário da teoria jurisdicional, ele lhe confere certa independência. E por último, surge uma quarta teoria, denomina autônoma, que defende a desnacionalização da arbitragem. Ou seja, nesta corrente acredita-se que a arbitragem internacional tem

origem, vez que se aperfeiçoa por meio da convenção de arbitragem, e natureza jurisdicional na função, por garantir aos árbitros investidura para solucionar o conflito de maneira definitiva¹⁰⁷. O poder decisório que é conferido aos árbitros pela vontade das partes não nasce com a sua indicação ou nomeação, mas da aceitação do encargo para o julgamento daquela causa específica, momento este em que também ocorrerá a constituição do tribunal arbitral¹⁰⁸. Da mesma forma ocorre com os seus demais poderes, os quais, ressalte-se, possuem uma série de limitações. A respeito da forma de exercício destes poderes, em harmonia com o ordenamento jurídico e com a vontade das partes, teceremos uma análise mais detalhada nas linhas que seguem.

3.3 FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DOS PODERES DOS ÁRBITROS

Assim que o árbitro único ou o último árbitro de um tribunal arbitral declara-se independente e imparcial e aceita o seu encargo, torna-se o juiz de fato e de direito da causa colocada sob a sua chancela. A partir desta afirmação, analisaremos aqueles poderes que, por opção metodológica, acreditamos ser os mais relevantes ou os que possam ensejar controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

3.3.1 Competência-competência e autonomia da convenção de arbitragem

O primeiro “poder” a ser possivelmente manifestado pelos árbitros em uma arbitragem se traduz no chamado princípio da competência-competência¹⁰⁹. Segundo ele, uma vez questionada a “jurisdição” do tribunal arbitral ou o escopo da convenção de arbitragem,

fundamento e se desenvolve com base nas suas próprias regras. Desvinculada de qualquer sistema jurídico nacional, caracteriza-se como transnacional.” (COUTO, Jeanlise Velloso. *Obra citada*, p. 19).

¹⁰⁷ LEMES, Selma Ferreira. *O Papel do Árbitro*. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos_juridicos.php>. Acesso em: 26 jul. 2012, p. 03.

¹⁰⁸ Artigo 19, Lei nº 9.307/96: “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

¹⁰⁹ Segundo a doutrina pátria, a competência pode ser definida como a “jurisdição exercida por um órgão, ou por vários órgãos, em face de um determinado grupo de casos”. É uma espécie de divisão da própria jurisdição, que, por sua vez, é uma das manifestações de poder do Estado. Assim, a respeito da justiça estatal, a competência seria “uma parcela de jurisdição que deve ser efetivamente exercida por um órgão ou grupo de órgão do Poder Judiciário” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo do conhecimento*, v. 2, 8. ed., rev. e atual (Curso de processo civil, v. 2). São Paulo: RT, 2010, p. 35). Entretanto, tecnicamente o termo competência-competência aqui utilizado diz respeito ao poder jurisdicional do árbitro e não à subdivisão do mesmo. Assim, dentro dos limites da convenção de arbitragem o juiz estatal teria a sua jurisdição subtraída (LEE, João Bosco e VALENÇA, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 110). Neste sentido se manifestou Giuseppe Chiovenda, segundo o qual “se uma das partes comprometentes cita a outra em juízo, pode o réu obstruir o exame do mérito por via de exceção de compromisso, que não é de incompetência, nem de litispendência, mas de renúncia ao procedimento de cognição judiciária” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 78).

cabará aos árbitros, e não ao poder judiciário, avaliar a questão. Antonias Dimolista afirma que este seria a “(...) transposição, em matéria arbitral, do princípio, caro a qualquer jurisdição, de acordo com o qual todo juiz é juiz da própria competência”¹¹⁰. Na legislação pátria, este princípio está referido no artigo 8º, parágrafo único da Lei nº 9.307/96, segundo o qual “cabará ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Antes da promulgação da referida lei, havia um número considerável de doutrinadores que se posicionavam contra o poder do árbitro decidir sobre a sua própria “jurisdição”¹¹¹. E a adoção de tal entendimento significava um grande enfraquecimento do instituto arbitral e um potencial atraso nos procedimentos instaurados, vez que a arguição de qualquer vício na convenção de arbitragem atinente aos árbitros ou à constituição do tribunal sempre remeteria o conflito ao poder judiciário¹¹². Entretanto, a redação clara da lei não mais deixou margens a esta interpretação. Nesta esteira, diversos tribunais estaduais (dentre eles o Tribunal de Justiça do Paraná) e o Superior Tribunal de Justiça têm proferido recorrentes julgados reconhecendo a competência-competência¹¹³. Por vezes, o fundamento das decisões é o de que a existência de convenção de arbitragem constituiria um pressuposto processual negativo a gerar a extinção do processo judicial, sem maiores apreciações acerca da competência originária da matéria. Não obstante, existem casos na jurisprudência de relativização deste princípio, em

¹¹⁰ DIMOLISTA, Antonias. *Autonomie et Kompetenz-Kompetenz*. In: *Revue de l'arbitrage*, Paris, 1998, p. 320.

¹¹¹ Seguiu esta linha de argumentação José Carlos de Magalhães (MAGALHÃES, José Carlos de. *A arbitragem internacional privada*. In: *Arbitragem Comercial*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986, p. 24).

¹¹² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 18.

¹¹³ O Superior Tribunal de Justiça já proferiu inúmeras decisões em favor do princípio da competência-competência: REsp 1288251/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. em 09/10/2012, DJe 16/10/2012; STJ, MC nº 14.295/SP, Rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, julg. em 09/06/2008, DJ 13/06/2008. Da mesma forma, os tribunais estaduais: TJSP, 3ª Câmara de Direito Civil, AI 124.217.4/0, julg. em 16/09/1999; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, AI 460.034-4/5-00 (“caso Interclínicas”), Rel. Des. José Roberto Bedran; TJPR, 11ª CC, Apel. Cív. 316.842-1, Rel. Des. Eraclés Messias, julg. em 22/03/2006, DJ 28/04/2006; TJPR (Tribunal de Alçada), 1ª CC, Apel. Cív. 245.792-9, Rel. Juiz Arquelauro Araujo Ribas, julg. em 19/10/2004, DJ 19/11/2004; TJPR, 6ª CC, Apel. Cív. 372.439-6, Rel. Des. Idevan Lopes, julg. em 23/01/2007, DJ 02/02/2007; TJPR, 10ª CC, Apel. Cív. 414.532-4, Rel. Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau Augusto Lopes Cortes, julg. em 06/12/2007, DJ 11/01/2008; TJPR (Tribunal de Alçada), 1ª CC, Apel. Cív. 220697-3, Rel. Juiz Marcos de Luca Fanchin, julg. em 06/04/2004, DJ 23/04/2004; TJRJ, 16ª CC, AI 2006.002.05255 (“caso Portland”), Rel. Des. Ronald dos Santos Valladares, julg. em 06/06/2006; TJRJ, 16ª CC, Apel. Cív. 2007.001.24833, Rel. Des. Ronald dos Santos Valladares, julg. em 13/11/2007; TJRJ, 16ª CC, 2007.001.24798, Rel. Des. Ronald dos Santos Valladares, julg. em 18/09/2007. Também nesse sentido: TJRJ, 18ª CC, AI 2006.002.12221, Rel. Des. Nascimento Povoas, julg. em 23/01/2007; TJRJ, 3ª CC, Apel. Cív. 2005.001.44039, Rel. Des. Ricardo Couto de Castro, julg. em 31/07/2007.

especial pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando trata de contratos de adesão¹¹⁴, e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹¹⁵.

A avaliação da “jurisdição” de um tribunal arbitral não seguirá meramente as regras aplicáveis ao caso concreto - tão menos a *lex fori*, como ocorreria no caso de um juiz togado. Tendo em vista a natureza da arbitragem, a qual combina elementos jurisdicionais e contratuais, além das regras escolhidas pelas partes, a sua vontade (traduzida pela convenção de arbitragem) deverá ser respeitada¹¹⁶. Assim, questões como a existência, a validade, a eficácia e o escopo da convenção de arbitragem, bem como a arbitrabilidade do litígio deverão ser submetidas aos árbitros e não ao poder judiciário. De igual sorte, caberá a eles a análise da sua independência com relação às partes e da sua imparcialidade com relação ao litígio, elementos estes que legitimarão o exercício da sua função.

Seguindo o mesmo raciocínio e conforme o princípio da autonomia da cláusula compromissória, a higidez do próprio contrato em que estiver contida a cláusula compromissória será submetida ao tribunal arbitral. Isto porque, este princípio exerce função muito parecida a do princípio da competência-competência, qual seja de direcionar aos árbitros o poder decisório sobre qualquer controvérsia na demanda¹¹⁷. A distinção entre os dois está no simples fato de que, enquanto esse confere poderes aos árbitros para decidirem sobre a sua própria competência, aquele garante o seu poder para julgar o mérito da causa¹¹⁸. A propósito do princípio da autonomia da cláusula compromissória, tece Carlos Alberto Carmona:

(...) ainda que o contrato em que esteja inserida seja viciado, a mesma sorte não terá – necessariamente – a cláusula. (...) Caberá, portanto, ao árbitro

¹¹⁴ TJRJ, 2ª CC, AI 2001.002.09325, Rel. Des. Fernando Marques de Campos Cabral, julg. em 13/03/2002; TJRJ, 6ª CC, AI 2003.002.04580, Rel. Del. Robreto de Abreu e Silva, julg. em 13/04/2004; TJRJ, 8ª CC, AI 2006.002.5765, Rel. Des. José Carlos Paes, julg. em 30/05/2006; TJRJ, 6ª CC, AI 2006.002.14140, Rel. Des. Gilberto Pereira Rego, julg. em 09/05/2007.

¹¹⁵ TJMG, Apelação Cível nº 445064-4, Apelação Cível nº 471260-9, Apelação Cível nº 002681-2, EDcl. 376034-7 e AI 2.0000.00.379421-2/000 (_____. Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral. 2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”. Parceria Institucional Acadêmico-Científica entre Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem. Coord. Fabiano Robalinho e Octávio Fragata. São Paulo. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2012, p. 27 e 34).

¹¹⁶ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Obra citada*, p. 331; LEE, João Bosco; VALENÇA, Cláudio de Melo. *Obra citada*, p. 103.

¹¹⁷ Salvo nas hipóteses do artigo 25, Lei nº 9.307/96, conforme analisaremos no ponto 3.3.5.1.

¹¹⁸ Nas palavras de Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kroll, “While the doctrine of competence-competence empowers the tribunal to decide on its own jurisdiction, the doctrine of separability ensures that it can decide on the merits” (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Obra citada*, p. 102).

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 (...).¹¹⁹

Segue o autor afirmando que:

As partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; essa vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do negócio jurídico (...), de modo que eventual falha que importe nulidade da avença principal não afetará a eficácia da vontade das partes (...) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral.¹²⁰

Ainda que a Lei de Arbitragem consagre os princípios da competência-competência e da autonomia da cláusula compromissória, estes não serão sempre aplicados. O ordenamento jurídico brasileiro permite que, em algumas hipóteses, a análise do mesmo objeto seja feita pelo juiz togado. Ora, tanto nos casos e que uma das partes requeira a execução específica da cláusula compromissória vazia (artigo 7º, Lei nº 9.307/96) como às vezes que, em um processo judicial já instaurado, seja arguida exceção de compromisso arbitral (artigo 301, inciso IX, Código de Processo Civil¹²¹), o juiz togado deverá analisar os requisitos do compromisso arbitral. Em seguida, o magistrado poderá, respectivamente, firmar os termos do compromisso para que a arbitragem seja instaurada ou julgar o pedido improcedente pela existência de uma nulidade; e extinguir o processo judicial sem a análise do mérito ou rejeitar a exceção. Da mesma forma, não haverá qualquer óbice legal à arguição de nulidade da convenção de arbitragem ou de incompetência do árbitro perante o judiciário, caso uma das partes deseje anular a sentença arbitral (artigo 32, Lei nº 9.307/96). Verifica-se, portanto, que em certos casos o nosso ordenamento estabelece uma “competência concorrente” entre árbitros e juízes, fato que na prática pode gerar alguns impasses¹²². A fim de minimizar a ocorrência destas situações, e respeitando-se a opção legislativa por privilegiar a competência-competência, Carlos Alberto Carmona, ao citar Emmanuel Gaillard, propõe que “o juiz só possa declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível

¹¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 19.

¹²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 173-174.

¹²¹ Art. 301. “Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: IX - convenção de arbitragem”

¹²² A respeito, vide CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, p. 176-177.

prima facie, ou seja, de pronto, sem a necessidade de maior exame”¹²³. E sendo assim, exemplifica o autor:

(...) poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral.¹²⁴

Caso a análise da validade da convenção da arbitragem e da “jurisdição” dos árbitros seja feita durante o processo arbitral, as partes deverão observar o limite temporal imposto pela a Lei nº 9.307/96. Assim, deverão fazê-lo na primeira oportunidade que tiverem para se manifestar após a instituição da arbitragem (artigo 20, Lei nº 9.307/96)¹²⁵. Caso contrário, para alguns autores, ocorrerá a preclusão da matéria, a qual nem mesmo poderá ser arguida em sede de anulação de sentença. Como exceção, a arbitrabilidade da disputa deverá ser apreciada a qualquer momento pelos árbitros, inclusive *ex officio*, sempre que houver dúvidas¹²⁶. Isto porque, caso não esteja abarcada pela autonomia da vontade, qualquer decisão em relação ao litígio será inexistente por ausência de poder jurisdicional. Justamente por este motivo, a fim de se resguardar a higidez da sentença, a arguição de falta de “jurisdição” dos árbitros bastante frequente¹²⁷. Por outro lado, não raras vezes haverá o intuito meramente protelatório ou de ataque da sentença pela parte vencida. Nestas ocasiões, caberá ao tribunal arbitral – nos casos em que a arguição se dê durante o procedimento arbitral – ou à corte estatal – quando dos processos de homologação de sentença estrangeira ou de execução de

¹²³ GAILLARD, Emmanuel. O acordo de arbitragem na Convenção de Nova York. III Congresso Internacional de Arbitragem Internacional, Rio de Janeiro, 8 out. 2003. In: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, p. 177.

¹²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 177.

¹²⁵ Artigo 20, Lei nº 9.307/96: “A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”. Alguns regulamentos arbitrais definem qual seria “a primeira oportunidade para manifestação das partes”. A respeito, a Lei Modelo da UNCITRAL determina que as objeções à jurisdição dos árbitros só poderão ser feitas até a apresentação de contrarrazões (artigo 16(2)), salvo se a causa de falta de independência ou de imparcialidade for superveniente à este momento.

¹²⁶ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Obra Citada*, p. 331.

¹²⁷ Conforme ilustrado na obra de Lew, Mistelis e Kröll, no ano de 2000, aproximadamente um terço das arbitragens administradas pela Câmara de Arbitragem Internacional da CCI tiveram questionamentos de jurisdição (LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A., KROLL, Stefan M. *Obra citada*, p. 331).

sentença – avaliar a existência ou não de má-fé, eventual preclusão, bem como a existência de real óbice à “jurisdição” do árbitro.

3.3.2 Poder normativo

A princípio, o poder para determinação das regras aplicáveis ao caso, tanto materiais quanto procedimental, será das partes, conforme já abordado. Serão três as possibilidades de estruturação do procedimento arbitral: a) pela criação de um corpo de regras pelas partes ou pela cópia de um modelo pré-existente (seja ele legal ou institucional); b) pela adoção integral do regulamento de uma instituição arbitral; c) pela montagem do corpo de regras pelos árbitros¹²⁸. Entretanto, na falta de acordo entre as partes diante da ocorrência de qualquer omissão, este poder será transferido aos árbitros, conforme chancela legal do artigo 21, § 1º, Lei nº 9.307/96: “Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo”. Ainda, no decurso do procedimento arbitral, caso se note a necessidade de adaptação do procedimento, caberá aos árbitros em conjunto com as partes adaptarem as regras aplicáveis¹²⁹. Este se trata de verdadeiro poder normativo, o qual será manifestado de forma plena, quando a estipulação de todas as regras da arbitragem ficar a encargo dos árbitros, ou supletiva, quando precisem preencher lacunas dos regulamentos selecionados pelas partes¹³⁰. Ainda, se trata de um poder discricionário, que é legítimo na medida em que é outorgado pelas partes (de forma geral). Neste sentido, Marcos André Franco Montoro chega a defender que os árbitros teriam poderes para modificar o procedimento arbitral já estabelecido mesmo sem a autorização das partes e às vezes até mesmo contra a sua vontade¹³¹. Ainda sobre a discricionariedade, por um lado, Carlos Alberto Carmona adverte não ser necessária a aplicação do Código de Processo Civil como norma

¹²⁸ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. Coleção Atlas de Arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2012, p.54-55.

¹²⁹ São inúmeras as regras de arbitragem que preveem o poder de condução do procedimento, da maneira que considerar mais adequada. Como exemplos, vejamos: ARBITAC, artigo 10.5: “O Tribunal Arbitral conduzirá a arbitragem do modo que lhe aprouver, sempre respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade das partes, da sua imparcialidade e de seu livre convencimento” (Disponível em: <http://www.arbitac.com.br/pt/regulament_o_arb.php>. Acesso em: 22 nov. 2012); UNCITRAL, artigo 17.1: “Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct The arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case (...)” (Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2012).

¹³⁰ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Obra citada*, p. 56.

¹³¹ MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 294.

subsidiária¹³²; por outro, Humberto Theodoro Jr. se posiciona de maneira oposta, avocando a norma do artigo 272, parágrafo único do Código de Processo Civil, o qual determina que os procedimentos especiais (neste caso a arbitragem) regem-se supletivamente pelo procedimento ordinário, para justificar seu raciocínio¹³³. É importante ressaltar, no entanto, que a flexibilidade do procedimento arbitral, a qual permite a criação de um corpo de normas para reger cada procedimento, implica na suavização necessária das técnicas típicas do processo estatal, para garantir os direitos dos litigantes¹³⁴. Assim, tendo em vista que os princípios processuais previstos na Constituição Federal serão sempre aplicáveis ao processo arbitral¹³⁵, impõe-se aos árbitros o poder-dever de conduzir a arbitragem de maneira eficiente e em respeito ao contraditório, à igualdade das partes e ao devido processo legal.

3.3.3 Poder para decretação de medidas de urgência

A tutela jurisdicional de nada vale se não for efetiva, o que, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”¹³⁶. Como dificuldade para atingir-se tal objetivo, assim como no processo judicial tanto a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação, seja antes da instauração ou no curso do processo, quanto o decurso do tempo poderão tornar inócua a tutela conferida pelos árbitros. Sendo assim, a fim de por um lado evitar a prática de ações que causem danos irreparáveis (perigo de infrutuosidade) e por outro distribuir de maneira equânime o ônus do tempo entre os litigantes, evitando que recaia inteiramente sobre o autor (perigo de tardividade), foram desenvolvidas as medidas cautelares e a técnica processual de antecipação de tutela. No processo judicial, a primeira medida de urgência pode ser requerida pelas partes ou decretada de ofício pelo juiz, seja durante o processo (medida cautelar incidental) ou antes da sua interposição (medida cautelar preparatória) por meio de um processo autônomo. Ela tem caráter instrumental e conta com referibilidade, ou seja, visa a manter certa situação fática para resguardar o processo principal, sendo a ele ligada. Seu emprego poderia se dar em situações onde ocorresse o esvaziamento do patrimônio do

¹³² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, p. 292.

¹³³ THEODORO JR., Humberto. Arbitragem e terceiros: litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 227-275, p. 248.

¹³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, p. 292.

¹³⁵ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Obra citada*, p. 70.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, 330.

devedor antes da sua execução, a alienação do objeto do litígio ou a destruição de provas antes da sua análise. Por sua vez, a segunda medida de urgência tem relação com o direito material e antecipa os efeitos da tutela pretendida, muitas vezes de maneira satisfativa (mas nunca definitiva). A diferenciação entre as duas medidas é clara, assim vejamos:

(...) a tutela antecipatória confere antecipadamente aquilo que é buscado através do pedido formulado na ação de conhecimento, enquanto que na tutela cautelar há apenas a concessão de medidas que, diante de uma situação objetiva de perigo, procuram assegurar a frutuosidade do provimento da chamada ação principal.¹³⁷

Verificaremos a partir de agora a aplicabilidade destas medidas de urgência no processo arbitral e a existência de um poder dos árbitros para decretá-las, fato ainda incontroverso na doutrina. A análise parte do texto legal, mais especificamente do artigo 22 da Lei nº 9.307 /96, que trata as medidas cautelares como gênero do qual são espécies as medidas cautelares e as tutelas antecipatórias, e que enseja interpretações diametralmente opostas:

Artigo 22, §4º: Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa (grifo nosso).

A discussão se intensifica vez que, diferentemente da antiga disciplina ao código de processo civil, a Lei nº 9.307/96 não proíbe expressamente a medida. A propósito, era disposto no artigo 1.086, do Código de Processo Civil que “o juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia. Mas lhe é defeso: I - empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros; II - decretar medidas cautelares”. E continuava ao afirmar no artigo subsequente (artigo 1.087, Código de Processo Civil) que “quando for necessária a aplicação das medidas mencionadas nos números I e II do artigo antecedente, o juízo arbitral as solicitará à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo”.

Duas correntes doutrinárias se desenvolveram neste sentido, sendo a defesa de uma delas que os árbitros nunca poderiam decretar medidas de urgência, devendo limitar-se a requerê-las ao poder judiciário. Neste caso, os argumentos utilizados são três. Por um lado,

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento...*, p. 205.

interpreta-se a letra da lei de forma restritiva e literal quando afirma que os árbitros poderão solicitá-las ao poder judiciário ¹³⁸. Por outro, sob um ponto de vista prático, observa-se que o árbitro não tem o poder de impor as medidas de urgência coercitivamente o que implica a necessidade de recorrer-se ao juiz estatal para executá-las, por meio do processo de execução o qual seria “claramente inadequado à urgência de qualquer situação”¹³⁹. Ainda, mais especificamente quanto a antecipação de tutela, Sérgio Cruz Arenhart tece importantes observações com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa:

Não se pode, por conta disso, aceitar – *ainda com a concordância das partes do processo arbitral* – o estabelecimento de procedimento que não admita, ou que restrinja o direito ao contraditório e à ampla defesa. Sequer se pode – dada a função e a essência do processo arbitral – admitir o chamado *contraditório diferido*, ou seja, aquele realizado após a prolação de decisão provisória pelo juízo arbitral. Isto porque a arbitragem não tem o escopo de lidar com situações de urgência, nem é dotada das garantias necessárias a controlar esta postecipação do contraditório. Assim, considerando que esse *contraditório diferido* – do mesmo modo como o *contraditório limitado*, que não admite o exame aprofundado dos fatos ou a dedução de toda matéria pertinente ao caso – é excepcional, apenas se justificando se presente alguma outra garantia constitucional em risco (aplicando-se o critério da proporcionalidade, que somente pode ser adequada e definitivamente examinado pelo Poder Judiciário), resta patente que não pode ele ser tolerado no processo arbitral, mesmo com a aceitação dos interessados. ¹⁴⁰

Por outro lado, a segunda corrente se pauta na distinção dos poderes de *imperium* e de decisão do árbitro, pautada na tradição romana:

(...) o conceito de jurisdição que nos foi legado pelo direito romano tardio pressupunha a distinção clara e radical entre a função declaratória do direito, enquanto *ius dicere*, e o *facere* com que o magistrado haveria de socorrer o litigante, impondo uma ordem, a ser cumprida pelo demandado (...). ¹⁴¹

Assim, defende que enquanto detentor de poder cognitivo sobre a causa principal, o árbitro não poderia deixar de analisar as questões a ela incidentais ¹⁴². A este respeito, Paulo

¹³⁸ Neste sentido, FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lamego. *Lei da Arbitragem Comentada*: breves comentários à Lei nº 9.307 de 23/09/1996. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93.

¹³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Obra citada*.

¹⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Obra citada*.

¹⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano canônica*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.23.

¹⁴² Assim se posicionam Carlos Alberto Carmona (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...* p. 322-330), João Bosco Lee e Clávio Valença (LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 106), Paulo Osternack Amaral (AMARAL, Paulo Osternack. *Obra citada*, p. 87), Alexandre Freitas Câmara

Osternack Amaral afirma que “(...) se apenas o árbitro está autorizado a proferir o provimento final, também recai sobre ele o poder de decidir se antecipará efeitos que a sua decisão irá produzir”¹⁴³. Da mesma forma entende Joel Dias Figueira Jr., para quem os árbitros teriam sim o poder de concessão de medidas de urgência:

A jurisdição arbitral admite a cognição de lides cuja pretensão se funde em obter tutela de natureza declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva em sentido amplo, bem como as tutelas de urgência, aqui compreendidas as acautelatórias, antecipatórias e inibitórias.
¹⁴⁴

Neste sentido, uma vez preenchidos os requisitos legais para a concessão da medida de urgência, o árbitro poderia proferi-la, independente da existência de autorização específica na convenção de arbitragem¹⁴⁵. Ressalte-se que o devido processo legal e o contraditório não restariam negligenciados, mas diferidos ante a urgência na concessão da medida. Quanto ao texto da Lei de Arbitragem, que não permite a utilização deste poder pelos árbitros de maneira categórica, Paulo Osternack do Amaral argumenta em sentido contrário ao comparar a legislação brasileira à italiana. Apesar de esta afirmar expressamente que o árbitro não tem poderes para decretar medidas cautelares, a posição da sua doutrina majoritária é de, ainda assim, defender o poder do árbitro para fazê-lo¹⁴⁶. Da mesma forma ocorre na Espanha, cuja lei é contrária à instituição de medidas de urgência pelos árbitros, mas a prática a permite. Já na França, há autorização expressa ao exercício deste poder, entretanto de maneira limitada, já que apenas os juízes togados poderiam impor às partes medidas coercitivas tais como o arresto e o sequestro de bens¹⁴⁷.

(CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Obra citada*, p. 103), Flávio Luiz Yarshell (YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 14, jul./set. 2007, p. 53); Selma Lemes (LEMES, Selma Ferreira. *As Medidas Cautelares Antes ou no Curso da Arbitragem*. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri24.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2012, p. 01); Joel Dias Figueira Jr. (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias de. *Obra citada*, p. 288); e José Maria Rossani Garcez (GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007, p. 276).

¹⁴³ AMARAL, Paulo Osternack. *Obra citada*, p. 87.

¹⁴⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias de. *Obra citada*, p. 288.

¹⁴⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...* p. 325.

¹⁴⁶ AMARAL, Paulo Osternack. *Obra citada*, p. 87. Dispõe o artigo 818 do Código de Processo Civil italiano: “Gli arbitri non possono concedere sequestri, ne'altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizioni di legge”.

¹⁴⁷ Artigo 1468, Código de Processo Civil francês: “O tribunal arbitral pode ordenar às partes, nas condições por ele determinadas e, se necessário, sob pena que multa, toda e qualquer medida urgente ou provisória que julgar cabíveis. Porém, a jurisdição estatal é a única competente para o bloqueio, o arresto e o sequestro preventivo de bens” (Tradução nossa; texto original: “Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu’il

Ainda a respeito do tema, ressalte-se que todos os autores analisados que se posicionam favoravelmente ao poder dos árbitros para decretar medidas de urgência concordam com o fato de que, uma vez determinada, apenas o juiz togado teria poderes para efetivá-la coercitivamente. O tribunal arbitral precisará se apoiar sobre o poder coercitivo do Estado, sendo que “em nenhuma hipótese, nem mesmo se contratualmente autorizado pelas partes, os árbitros poderão ser invertidos de “jurisdição” executiva *stricto sensu* ou efetivar qualquer medida coercitiva, funções estas realizáveis somente pelo Estado-juiz”¹⁴⁸.

Partindo das conclusões desta segunda corrente doutrinária apresentada, a discussão se torna ainda mais complexa quando a medida de urgência se mostra necessária antes da constituição tribunal arbitral. Nestes casos quem as poderia conceder? Ora, os árbitros só adquirem seus “poderes” a partir do momento em que aceitem seu encargo e, conseqüentemente, recebem a sua investidura nos termos do artigo 19 da Lei nº 9.307/96¹⁴⁹. A maior parte dos regulamentos arbitrais prevê a atitude de uma das partes em buscar o provimento de medidas de urgência no poder judiciário não implica na derrogação da sua vontade de submeter o litígio ao tribunal arbitral¹⁵⁰. A este respeito, Carlos Alberto Carmona oferece solução:

(...) não podendo a parte interessada recorrer ao árbitro (como deveria) a medida cautelar, admite-se-lhe a abertura da via judicial (sem que com isso fique prejudicada a arbitragem) apenas para a tutela emergencial. Instituída a arbitragem, os autos do processo cautelar devem ser enviados ao árbitro (não haverá, obviamente, ação principal judicial, eis que a ação cautelar é antecedente em relação à demanda arbitral).¹⁵¹

O Superior Tribunal de Justiça compartilha deste entendimento, vejamos:

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O PERICULUM IN

détermine et au besoin à peine d’astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu’il juge opportune. Toutefois, La juridiction de l’Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires”).

¹⁴⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias de. *Obra citada*, p. 288.

¹⁴⁹ Artigo 19, Lei nº 9.307/96: “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

¹⁵⁰ Artigo 26(3) UNCITRAL, artigo 23 ICC e artigo 21 (3) ICDR.

¹⁵¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Árbitros e Juízes: Guerra ou Paz?* In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 431. No mesmo sentido, Selma Lemes (LEMES, Selma Ferreira. *As Medidas Cautelares...*, p. 1-2).

MORA E O FUMUS BONI IURIS. ARBITRAGEM. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. LIMITES.

(...) 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.¹⁵²

Selma Lemes vai adiante, defendendo que o socorro do processo arbitral pelo poder judiciário deveria ser realizado ainda que não existisse previsão legal, tanto antes da instauração da arbitragem quanto no seu curso, caso ocorresse qualquer empecilho à decretação ou à máxima efetividade da medida de urgência. O fundamento jurídico seria o princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva¹⁵³. Aqui ressaltamos que a relação entre o juízo arbitral e o estatal deve ser de cooperação a fim de se propiciar a tutela jurídica efetiva, vez que, em que pese suas decisões contem com idêntica carga jurisdicional, as do árbitro não conta com *imperium*, ou seja, poder coercitivo¹⁵⁴.

Assim, concluímos este ponto observando que, em que pese a pertinência das manifestações doutrinárias minoritárias, para a doutrina e jurisprudência majoritárias, os árbitros têm o poder de decretar medidas de urgência, tanto cautelares quanto de antecipação de tutela, mas não o poder para de efetivá-las coercitivamente. Ainda que, caso o tribunal arbitral esteja impossibilitado de proferi-las, caberá ao juiz estatal fazê-lo de maneira precária, vez que a decisão ficará sujeita à confirmação pelos árbitros.

3.3.4 Poder instrutório

Da mesma forma que o processo estatal, a arbitragem tem a finalidade máxima de dar uma solução definitiva e justa à lide. Para tanto, o árbitro precisa investigar e reconstruir os

¹⁵² STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 19226/MS, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. para acórdão Min. Nanci Andrigui, julg. em 21/06/2012, DJe 29/06/2012. No mesmo sentido, REsp 1297974/RJ, Rel. Min. Nanci Andrigui, julg. em 12/06/2012, DJe 19/06/2012.

¹⁵³ LEMES, Selma Ferreira. *As Medidas Cautelares...*, p. 2

¹⁵⁴ LEMES, Selma Ferreira. *As Medidas Cautelares...*, p. 4.

fatos ocorridos, a fim de que, em um seguido momento, confrontem-nos e valorem-nos, aplicando a eles as normas abstratas (sejam elas positivadas ou não) escolhidas pelas partes. Assim, a prova enquanto busca (utópica, mas ainda assim presente enquanto ideal) pela verdade material se produz em favor e em exclusivo benefício dos árbitros, os quais deverão, necessariamente, observar os princípios do devido processo legal, da igualdade das partes. Sem eles, a verdade material e, conseqüentemente, a justiça, restaria prejudicada¹⁵⁵, ensejando a anulação da decisão.

Durante o procedimento arbitral, “o árbitro deverá instruir a causa, ou seja, prepará-la para decisão, colhendo provas úteis e pertinentes para formar o seu convencimento”¹⁵⁶. A instrução probatória continua a ser disciplinada pelo artigo 22 da Lei nº 9.307/96, o qual dispõe que “poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício”. Franco Montoro extrai três comandos deste dispositivo, quais sejam: que o árbitro pode determinar a realização de provas de ofício¹⁵⁷, que as provas que devem ser produzidas na arbitragem são provas “necessárias” e que o árbitro pode determinar a produção de todos os tipos de provas¹⁵⁸.

Sobre o primeiro aspecto, o autor observa que não só os árbitros têm o poder de produzir provas de ofício, como costumam exercê-lo mais frequentemente que juiz togado. Isto porque, ao possuírem um número muito inferior de causas para julgar e, conseqüentemente, disporem de mais tempo à análise de cada uma, buscam com maior afincamento a “verdade material”. Franco Montoro ressalta que deve haver um equilíbrio entre as provas produzidas e a vontade das partes, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, seria despropositada a determinação de produção de provas com custo elevado e tidas como desnecessárias pelas partes, quando estas tenham manifestado seu

¹⁵⁵ PINTO, José Emílio Nunes. Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: nº 01, jul. /out. 2003, p. 07-28, p. 11. O referido autor ressalta que uma decisão contrária à “justiça” seria a razão de ser da possibilidade de anulação das sentenças arbitrais por violação aos princípios do Devido Processo Legal, da Igualdade das Partes e do Contraditório. Desta forma, a procedência de uma ação anulatória por este motivo só ocorreria se comprovada a relação denexo causal entre a violação e um resultado contrário à justiça. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart destacam as palavras de Taruffo e Micheli, de que “no processo, a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta busca-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado”, neste caso também aplicáveis à arbitragem. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento...*, p. 255)

¹⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 312-313.

¹⁵⁷ Sobre o poder do árbitro para produção de provas de ofício, estabelecem regramento específico os regulamentos da AMCHAM SP (artigo 9.5), da CMA-CIESP (artigo 8.5), da CCBC (artigo 9.5) e da CCI.

¹⁵⁸ MONTORO, Marcos André Franco. *Obra citada*, p. 287.

desinteresse em custeá-las. Ademais, a produção de provas não requeridas pelos litigantes deveria ser sempre cominada com o princípio da igualdade entre as partes, permitindo-se que ambas possam oferecer manifestação e influenciar na formação da decisão.

Quanto ao segundo aspecto, Franco Montoro afirma que as provas produzidas no processo arbitral devem ser necessárias, ou seja, que apenas os pontos pertinentes, relevantes e controvertidos (questões) devem ser submetidos à instrução probatória. Os fundamentos apontados seriam tanto o senso comum daquilo que precisa ser objeto de prova quanto uma interpretação analógica ao processo civil tradicional¹⁵⁹. Ainda, o autor ressalta que aquele que tem o poder de determinar quais provas são necessárias são os árbitros, enquanto seu destinatário final¹⁶⁰. Entretanto, se a vontade comum de ambas as partes em produzir ou não determinada prova, o melhor caminho a ser seguido pelo árbitro seria a sua produção, em que pese entender de maneira diversa, a fim de evitar a possibilidade de futura anulação do processo por cerceamento de defesa¹⁶¹.

Por fim, no terceiro aspecto o autor defende que os árbitros podem determinar a produção de todos os tipos de provas. Carlos Alberto Carmona, um dos redatores da lei de arbitragem, equipara o árbitro ao juiz no campo da instrução probatória, conferindo-lhe amplos poderes instrutórios:

(...) pode o árbitro requisitar documentos públicos, como faria o juiz, bem como solicitar informações aos órgãos estatais; pode determinar exames e vistorias (se necessário, com concurso do Poder Judiciário); pode determinar a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes; pode exigir que as partes apresentem documentos, entre tantas outras possibilidades. E mais: nada impede que o árbitro determine a repetição de uma atividade probatória que lhe tenha parecido defeituosa, incompleta ou inconvincente (...).¹⁶²

Sobre este aspecto, diversos doutrinadores defendem que, pela arbitragem (em especial a arbitragem internacional) ser um meio de pacificação social desvinculado de foro, não seria necessário seguir o procedimento probatório previsto na legislação pátria, em especial no Código de Processo Civil¹⁶³. Conforme Fouchard, Gaillard e Goldman, na

¹⁵⁹ Como ponto de referência, o autor cita os artigos 130 e 134 do Código de Processo Civil.

¹⁶⁰ Nesse sentido, Eduardo de Albuquerque Parente (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Obra citada*, p. 231).

¹⁶¹ MONTORO, Marcos André Franco. *Obra citada*, p. 295.

¹⁶² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo...*, p. 313.

¹⁶³ Assim se posicionam José Emílio Nunes Pinto (PINTO, José Emílio Nunes. *Obra citada*, p. 16); Eduardo de Albuquerque Parente (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Obra citada*, p. 220-223); Carlos Alberto Carmona (CARMONA, Carlos Alberto. *Obra citada*, p. 314).

instrução arbitral imperam a flexibilidade e a vontade das partes e dos árbitros¹⁶⁴, não existindo “uma dicotomia clara no regime de apresentação, admissibilidade e valoração da prova nos moldes dos sistemas jurídicos conhecidos como *common law* e *civil law*”¹⁶⁵. “Há, isso sim, uma mistura de ingredientes dos dois modelos, numa composição que será personalizada para cada processo arbitral”¹⁶⁶. Assim, tanto os meios de prova legalmente previstos poderiam ser modificados, como novos instrumentos advindos de outros sistemas jurídicos poderiam ser empregados nas arbitragens internas e internacionais¹⁶⁷. Como exemplo, podemos citar a utilização de depoimentos escritos, a inversão entre a prova testemunhal e a pericial e as utilização de práticas da *common law* como a *direct-examination*, a *cross-examination*, a *discovery* e as *expert witnesses*.

3.3.5 Poder decisório

As partes buscam os árbitros pelo mesmo intuito que se dirigem ao poder judiciário, qual seja o de obter a solução da lide com definitividade. Em outras palavras, todo o procedimento arbitral se desenvolverá com vistas à sentença, que segundo a lei é o pronunciamento decisório do litígio, seja com ou sem julgamento de mérito, colocando fim ao processo¹⁶⁸. Sergio Cruz Arenhar é claro ao explicar os possíveis efeitos da sentença arbitral:

Com efeito, o julgamento contido na sentença arbitral pode revestir-se de qualquer eficácia que não se situe no exercício de Imperium estatal. Desse modo, esta sentença pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória – não terá, porém, jamais, caráter mandamental ou executivo.¹⁶⁹

No mais, “considerando este o ato central da arbitragem, mostram-se de grande relevância as consideráveis alterações impostas à sentença arbitral pela Lei nº 9.307/96, em especial no que tange aos momento em que passará a produzir efeitos. Ora, o antigo “laudo

¹⁶⁴ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l' arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996, p. 703-704.

¹⁶⁵ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Obra citada*, p. 221.

¹⁶⁶ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Obra citada*, p. 221.

¹⁶⁷ MONTORO, Marcos André Franco. *Obra citada*, p. 301.

¹⁶⁸ Artigo 29, Lei nº 9.307/96: “Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem (...)”. Neste ponto não são poucos os autores que criticam a terminologia adotada pela lei a qual segue o parâmetro do Código de Processo Civil anterior à reforma de 2005, o qual dispunha no artigo 162, § 1º: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Ora, se no processo judicial a sentença não colocará fim ao processo ante à interposição de recursos, no processo arbitral a interposição de embargos declaratórios fará o mesmo. Neste sentido entende Alexandre de Freitas (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Obra citada*, p. 129-130).

¹⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Obra citada*.

arbitral” apenas o faria após um longo procedimento de homologação, sendo que atualmente, logo que proferida gerará os mesmos efeitos de uma sentença judicial, conforme o artigo 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”¹⁷⁰. Como ressalva, devemos apontar as sentenças estrangeiras, ou seja, aquelas proferidas fora do território nacional, as quais deverão ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça conforme as disposições da Convenção de Nova Iorque de 1958 conforme se analisará mais adiante.

Ao prolatar a sentença, o árbitro deverá atentar a uma série de elementos obrigatórios previstos nos artigos 26 e 32 da Lei nº 9.307/96. Como primeiro requisito, a sentença arbitral deverá ser proferida dentro do prazo estabelecido pelas partes ou, em não havendo determinação, no prazo legal de seis meses. O prazo fluirá a partir da formação do tribunal arbitral, conforme o artigo 23 da Lei nº 9.307/96 e do seu termino, os árbitros deixarão de ter “jurisdição” sobre a causa. A relevância deste prazo está na limitação temporal da “jurisdição” dos árbitros, que terminará no momento da solução do litígio ou no prazo máximo estipulado pelas partes¹⁷¹, fato que os diferencia dos juízes de direito. Alexandre Freitas Câmara defende que, caso ocorra a substituição de um dos árbitros no curso do procedimento, deverá ocorrer a interrupção do prazo, seja ele legal ou convencional, até que o árbitro substituto assumo seu mister¹⁷². Uma vez findo, a parte interessada poderá cumprir o requisito do artigo 12, inciso III da Lei nº 9.307/96, qual seja o de notificar o árbitro para que profira a sentença dentro de novos 10 dias. Nestes termos, a sentença permanecerá hígida, caso contrário ocorrerá a extinção do processo sem julgamento de mérito ou a anulação de qualquer sentença proferida *a posteriori*. Outra consequência será a possibilidade de responsabilização civil dos árbitros pelos os prejuízos causados às partes, dada a demora do processo.

3.3.4.1 Questões prejudiciais

¹⁷⁰ Diversos são os autores afirmam que a alteração terminológica teria reforçado ainda mais a equiparação das decisões dos árbitros e juízes, em que pese outros ainda adotem o primeiro termo indistintamente. João Bosco Lee afirma que a substituição de termos denotaria a natureza jurisdicional da ora chamada “sentença arbitral” (LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 132). Já Alexandre Freitas Câmara critica a terminologia adotada, reputando que esta diria respeito apenas a atos com natureza jurisdicional, que o referido autor nega à arbitragem (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Obra citada*, p. 110-111).

¹⁷¹ COUTO, Jeanlise Velloso. *Obra citada*, p. 14; 80-81.

¹⁷² CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Obra citada*, p. 112.

No processo judicial, uma das hipóteses de suspensão da ação de conhecimento é a superveniência de uma questão prejudicial externa, ou seja, que em princípio não possa ser examinada pelo juiz da causa, e que constitua elemento lógico a ser superado anteriormente ao exame de mérito (artigo 265, IV, Código de Processo Civil). Isto não significa que sempre que exista uma questão prejudicial, não englobada pelo pedido, mas sim pela causa de pedir, o juiz estatal não poderá analisá-la. Em verdade, na maior parte dos casos, a controvérsia será enfrentada *incidenter tantum*, sem que incida sobre ela a coisa julgada material.

No processo arbitral, a lógica é outra. Isto porque, a lei prevê expressamente a necessidade da sua suspensão nos casos em que, após o início do procedimento, sobrevenha a necessidade de julgamento de questão prejudicial relativa a direitos indisponíveis (artigo 25, Lei nº 9.307/96 ¹⁷³). Assim, “para os árbitros, os limites do poder decisório [neste caso os direitos que não sejam patrimoniais e disponíveis] tornam-se, também, limites da cognição”¹⁷⁴. Percebe-se, portanto, que no processo judicial, o advento de questão prejudicial apenas suspenderia o processo caso uma das partes a tornasse uma “causa” prejudicial (uma ação incidental), por desejar que a questão prejudicial também fosse revestida pelos efeitos da coisa julgada. Caso contrário, o juiz do processo principal a enfrentaria *incidenter tantum*, ou seja, com o mero objetivo de poder solucionar o mérito, sem torna-la indiscutível. No entanto, a Lei nº 9.307/96 impõe regra diversa à arbitragem ao impedir que o árbitro enfrente questões indisponíveis mesmo enquanto “problema lógico, ou como simples antecedente de decisão a ser tomada sobre outro assunto” ¹⁷⁵. A princípio a existência desta diferença pode parecer evidente, vez que os árbitros só têm competência para julgar conflitos relativos a direitos patrimoniais e disponíveis (artigo 1º, Lei nº 9.307/96). Entretanto, Carlos Alberto Carmona julga a regra citada antiquada criticando a impossibilidade legal dos árbitros analisarem *incidenter tantum* as questões prejudiciais, mesmo que atinentes a direitos indisponíveis. Da mesma forma se posicionam Edoardo Ricci e Eduardo Parente; este lamenta que esta tenha sido a escolha expressa da lei e julga que, portanto, não admita interpretação prospectiva¹⁷⁶. Já

¹⁷³ Artigo 25, Lei nº 9.307/96: “Sobrevindo 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 transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem”.

¹⁷⁴ RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. FRANCO, Mariulza (Trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 170.

¹⁷⁵ RICCI, Edoardo Flavio. *Obra citada*, p. 170.

¹⁷⁶ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Obra citada*, p. 204.

aquele, acusa a ocorrência do mesmo problema no direito italiano e defende, enquanto doutrina minoritária, a possibilidade de interpretação restritiva do artigo 25, Lei nº 9.307/96 para que a suspensão do processo não ocorra em invariavelmente¹⁷⁷. O autor levanta como argumento a possibilidade de interpretação do termo “controvérsia”, utilizado pelo referido dispositivo legal, enquanto “lide” e não “questão”. Por um lado:

Em um sentido bastante lato, ponto é matéria a respeito da qual o juiz deve decidir, ou seja, matéria que se encontra no processo e que deve receber atividade cognitiva. Questão é um ponto a respeito do qual não estão de acordo autor e réu. (...) questão é um ponto controvertido (...) sobre a qual o juiz deve proferir decisão.¹⁷⁸

Já “a palavra ‘lide’”, explana o autor, “indica a controvérsia como conflito, no momento em que esse último se torna objeto do processo (no sentido da palavra alemã *Streitgegenstand*) e, portanto, de decisão imperativa com autoridade de coisa julgada”. Assim, o processo arbitral só deveria ser suspenso caso uma das partes propusesse uma demanda autônoma perante o poder judiciário (uma demanda declaratória incidente), versando sobre a questão indisponível, à qual o árbitro seria incompetente para julgar.

2.3.4.2 Irrecorribilidade da sentença

Sob a ótica do processo judicial, cultua-se a ideia do “duplo grau de jurisdição” segundo a qual a sentença do juiz de primeiro grau não seria suficiente, devendo ser sempre revista seja por um órgão de grau superior, de igual grau ou pelo mesmo juiz que proferiu a decisão impugnada¹⁷⁹. Alguns dos motivos apresentados pela doutrina para a revisão da decisão seriam os de controlar a atividade do juiz, permitir à parte vencida uma nova oportunidade para fazer valer os seus argumentos, influenciar o magistrado de primeiro grau para que exerça as suas funções com maior diligência, por estar sujeito ao controle e a suposta maior experiência dos magistrados de tribunais hierarquicamente superiores. Todos eles são rechaçados por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, os quais afirmam que “As vantagens que costumam ser apontadas não permitem a conclusão que o duplo grau é princípio fundamental de justiça, e que assim deve aparecer em face de toda e qualquer

¹⁷⁷ RICCI, Edoardo Flavio. *Obra citada*, p. 173.

¹⁷⁸ (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Obra citada*, p. 388).

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento...*, p. 497.

situação conflitiva concreta”¹⁸⁰ Em que pese a crítica apontada, ainda assim esta prática está demasiadamente arraigada no processo judicial¹⁸¹ e, segundo Fredie Didier Jr., tem uma razão histórica de ser:

Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios que compõe o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas, e aos recursos, certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas.(...).¹⁸²

Todavia, este não é um paradigma do processo arbitral. De acordo com a Lei de Arbitragem, ao optar pelo instituto e não estabelecer ressalvas quanto à recorribilidade da sentença (que pode ocorrer com base na autonomia da vontade), as partes abdicam ao reexame do mérito¹⁸³. Sobre o tema, Antônio Carlos Rodrigues do Amaral destaca o trabalho de Robert Coulson, segundo o qual:

Para minimizar a possibilidade de erros, no contencioso judicial, a ênfase é na “revisão das decisões”, tanto na forma quanto no mérito, pelo sistema de apelação. Espera-se, pois, que o sistema judicial de revisão corrija os erros e é isto que protege as partes. Na arbitragem, o especialista norte americano destaca que, para evitar os erros, a ênfase se dá na “qualidade dos árbitros”, ou seja, na capacidade das partes – como expressão da autonomia da vontade – de fazer a escolha de árbitros “baseada na experiência e reputação”.¹⁸⁴

Em outras palavras, uma vez que se garanta a ampla defesa e o contraditório em todos os momentos do processo e que se conte com um árbitro imparcial, independente e diligente, este será o melhor julgador para a causa, sem que haja a necessidade de revisão da sua

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento...*, p. 498.

¹⁸¹ Tanto é que, mesmo não havendo previsão recursal para determinadas situações, a prática atual tem sido a utilização do habeas corpus e do mandado de segurança para a anulação do ato judicial e para propiciar o reexame da causa.

¹⁸² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p. 55.

¹⁸³ Entende-se que o raciocínio aplicado ao processo arbitral seja semelhante àquele da *common law*, exposto por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ao citar Vincenzo Vigoriti: “(...) a concentração dos atos processuais e a oralidade, que viabilizam um amplo diálogo entre o juiz e as partes e um aprofundado e adequado exame dos fatos, o que acaba justificando até mesmo uma certa hostilidade diante de um imaginável “segundo juízo” por parte de alguém que evidentemente não pode estar em condições mais adequadas para dar solução ao caso” (VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 154-155. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento...*, p. 505.)

¹⁸⁴ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Obra citada*, p.12; COULSON, Robert. *ADR in America*. Nova Iorque: American Arbitration Association, 1993, p. 24.

decisão. E não haverá, em princípio, riscos à segurança jurídica, já que subsistirão mecanismos de controle dos aspectos formais da decisão e da observância dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Ao revés, a irrecorribilidade reduzirá o prazo para a prestação definitiva de tutela jurisdicional, tornando-a mais efetiva¹⁸⁵, e inibirá a possibilidade da parte perdedora protelar a definição da causa^{186 187}.

Não obstante, os litigantes tem a faculdade de requerer esclarecimentos finais aos árbitros, o que pode ser assemelhado aos embargos declaratórios do processo judicial, conforme disposto no artigo 30 da Lei de Arbitragem. Dentro do prazo de cinco dias da intimação da sentença, poderão solicitar que o árbitro “corrija qualquer erro material da sentença arbitral”, ou “esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão”. Alexandre Freitas Câmara aponta a existência de três hipóteses nas quais seriam cabíveis embargos de declaração na arbitragem:

¹⁸⁵ “A ampla defesa (...) deve sempre ser pensada em confronto com o direito à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional, que são corolários do direito de ação, também expressamente garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. (...)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil...*, p. 504). Mais do que isto, a celeridade do procedimento arbitral é essencial à tutela efetiva na arbitragem, conforme afirmado por João Bosco Lee e Clávio Valença: “(...) demonstra-se a incompatibilidade entre esse procedimento em duplo grau e as necessidades de celeridade na prestação jurisdicional que motivam os operadores do comércio internacional a preferirem a arbitragem” (LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio. *Obra citada*, p.134).

¹⁸⁶ A ampla gama de recursos no processo judicial é uma das suas maiores mazelas conforme Héctor Fix-Zamudio, citado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “uno de los defectos ostensibles de los códigos procesales latinoamericanos de carácter tradicional, consiste en la regulación poco precisa de los medios de impugnación, que permite a los litigantes poço escrupulosos alargar indefinidamente La tramitación de los procesos civiles”. (FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil em Latinoamérica*. Mexico: Unam, 1974, p. 101; *Processo de Conhecimento...*, p. 501)

¹⁸⁷ Em que pese serem instituições administrativas dos procedimentos arbitrais, as regras de algumas câmaras arbitrais conferem a elas o poder revisional das decisões arbitrais. Muitos questionam este papel, vez que a câmara exerce atividade meramente administrativa e não jurisdicional. Carlos Alberto Carmona traça uma distinção clara entre as câmaras arbitrais e os árbitros: “(...) os primeiros apenas organizam a arbitragem, fornecendo meios, procedimentos, regras, estrutura operacional; os últimos analisam a causa, decidem-na, proferindo a sentença arbitral” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, p. 131). Em outras palavras, o poder jurisdicional é conferido pelas partes ao Tribunal Arbitral e não à câmara. Nesta esteira, o regulamento da Câmara de Comércio Internacional de 2012 impõe aos árbitros o dever de enviar à instituição uma minuta da sentença arbitral a fim de que esta elabore sugestões quanto a sua forma e conteúdo. Segundo a regra, a sentença só poderia ser assinada mediante prévia aprovação da instituição. Artigo 33 do Regulamento da Câmara de Arbitragem Internacional da CCI: “Exame prévio da sentença arbitral pela corte antes de assinar qualquer sentença arbitral, o tribunal arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais da sentença e, sem afetar a liberdade de decisão do tribunal arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito do litígio. Nenhuma sentença arbitral poderá ser proferida pelo tribunal arbitral antes de ter sido aprovada quanto à sua forma pela corte”. (Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acesso em: 12 nov. 2012)

A primeira hipótese de cabimento é a de erro material, assim entendido aquele erro que não influi no conteúdo da decisão (...). A segunda hipótese de cabimento é a de pretender o esclarecimento da decisão obscura ou contraditória (...). Por fim, prevê a Lei de Arbitragem o cabimento dos embargos declaratórios quando houver na decisão alguma omissão, tendo o árbitro (ou o tribunal arbitral) deixado de se pronunciar sobre algum ponto quando deveria tê-lo feito (...).¹⁸⁸

A possibilidade de retificação da sentença pelo próprio julgador é de grande importância e não constitui prolongamento inoportuno. Ela se mostra como momento adequado para a correção de qualquer erro, impedindo que possa ser invocado como causa de anulação da sentença. De toda forma, a retificação terá caráter meramente declaratório ou complementar e não de reavaliação de mérito¹⁸⁹.

3.4 TRABALHO DE COOPERAÇÃO ENTRE OS ÁRBITROS E O PODER JUDICIÁRIO

Como já demonstrado no presente estudo, a arbitragem é um importante mecanismo de pacificação social que se põe ao lado do poder judiciário em prol deste fim. Entretanto, pelo poder de coerção – *imperium* – ser exclusivo ao Estado, o tribunal arbitral precisará de auxílio para efetivar suas ordens. Seja para firmar os termos do compromisso arbitral a contragosto de uma das partes, executar medidas cautelares, conduzir testemunhas ao procedimento, produzir ou proteger provas, determinar a exposição de documentos ou executar a sentença arbitral, o poder judiciário será acionado¹⁹⁰. E a relação é de tamanha importância para a efetividade da prestação de tutela efetiva pela arbitragem que em determinados ordenamentos jurídicos há magistrados designados exclusivamente para atender às demandas relacionadas a arbitragem¹⁹¹. Como regra geral, o juiz encarregado deste

¹⁸⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Obra citada*, p. 127-128.

¹⁸⁹ LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 135-136.

¹⁹⁰ Neste sentido, Roderic Heard, Susan Walker e John Cooley chegam a afirmar que “(...) arbitration is an effective adjudication mechanism only because the courts, international treaties, and national legal jurisprudence are on standby, when necessary, to redress fouls committed by the parties assist with the gathering of vital evidence, or refuse to enforce tribunal awards that manifestly violate universally accepted standards of fairness. The fact that the courts stand ready to step into the arbitration process, if necessary, deters mischief by the parties or tribunals” (HEARD, Roderic H.; WALKER, Susan L.; COOLEY, John W. *Obra citada*, p. 83).

¹⁹¹ Este é o caso de Hamburgo, que recentemente passou a sediar o Chinese European Arbitration Centre (CEAC), instituição criada em 2012 e voltada às disputas envolvendo partes chinesas e europeias. Em artigo comentando a nova instituição, os autores trazem a seguinte informação: “The City of Hamburg has prepared itself to serve effectively as the seat of CEAC. At the seat of arbitration, parties often need assistance from the local court. In this regard the Appellate Court of Hamburg has assigned one civil court to deal with all arbitration matters reflecting the arbitration friendly environment at the seat of arbitration. Any matters relating to arbitration such as “questions about the appointment or rejection of an arbitrator, findings over the admissibility or inadmissibility of arbitral proceedings, the enforcement or rescission of provisional steps of the arbitral tribunal, the reversal of an arbitral award or its enforceability” now can be taken to that civil division in charge

trabalho de apoio ao tribunal arbitral é aquele que a princípio seria competente para julgar a causa caso não houvesse convenção de arbitragem, considerando-se a sede da arbitragem. Nos processos internacionais, também poderá exercer esta função o juiz do local de execução da sentença arbitral. Neste sentido, observam Roderic Heard, Susan Walker e John Cooley que as cortes estatais que mais frequentemente interagem com a arbitragem são aquelas com jurisdição sobre a sede da arbitragem e aquelas onde a sentença será executada ¹⁹².

3.4.1 Execução específica da cláusula compromissória vazia

Em momento anterior, abordamos brevemente a solução legal às situações em que, existindo uma cláusula compromissória vazia, uma partes se mostre relutante em estabelecer a forma de instituição da arbitragem, uma vez notificada para fazê-lo¹⁹³. Em importante inovação legislativa, a Lei de Arbitragem valoriza o princípio *pacta sunt servanda* ao estabelecer que a contraparte poderá obter no poder judiciário a instituição compulsória do juízo arbitral (artigo 7º, Lei nº 9.307/96¹⁹⁴). Neste sentido, a execução específica da cláusula compromissória vazia busca preservar a vontade previamente manifestada pelas partes de submeter seus conflitos à arbitragem, sem que, no entanto, tenha-se estipulado a maneira de formação do tribunal arbitral (ou seja, o modo de nomeação dos árbitros)¹⁹⁵. Será competente para a causa o juízo que, caso não houvesse a opção pela Arbitragem, o seria originariamente. Ao propor a demanda, a parte exequente deverá, necessariamente, apresentar o documento que contenha a convenção de arbitragem. Esta será objeto de análise pelo magistrado, quanto aos seus requisitos de existência e de validade, quais sejam a livre manifestação de vontade das partes e a forma escrita, a que se deve somar o destaque a e a concordância expressa dos

of arbitration matters in the Appellate Court of Hamburg”. (MOENS, Gabriël A.; SHARMA, Rajesh. *The CEAC Hamburg Arbitration Rules: A European-Chinese Trade-Related Adaptation of the Revised UNCITRAL Arbitration Rules* 2010. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/moot/CEAC_Rules_Moens_Sharma.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2012, p. 10)

¹⁹² “The courts that most often interact with arbitration are those with jurisdiction over the seat of the arbitration (*lex arbitri*) and those with jurisdiction over where awards are enforced”. (HEARD, Roderic H; WALKER, Susan L; COOLEY, John W. *Obra citada*, p. 83)

¹⁹³ Artigo 6º, Lei nº 9.307/96: “Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua 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”.

¹⁹⁴ Artigo 7º, Lei nº 9.307/96: “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”.

¹⁹⁵ Recurso Especial nº 450.881/DF, Rel.Min. Castro Filho, 3ª Turma, julg. em 11/04/2003, DJ 26/05/2003.

contratantes nos contratos de adesão, conforme o artigo 4º, §§1º e 2º da Lei nº 9.307/96¹⁹⁶. Em seguida, o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação, instrução e julgamento, por meio da qual se buscará o consenso das partes. Não sendo exitosa a conciliação, o magistrado se incumbirá de decidir os requisitos para a formação do tribunal e proferirá sentença substitutiva da vontade das partes. Ressalte-se que nesta decisão deverão ser respeitados os termos da convenção de arbitragem já existentes, sendo que, conforme Carlos Alberto Carmona, “(...) tal vinculação prevalecerá apenas se o réu tiver comparecido à audiência (...), pois, em caso de ausência, fica o magistrado autorizado a disciplinar a arbitragem da forma que julgar mais conveniente”¹⁹⁷. Defende a doutrina e a jurisprudência que o juiz estatal deverá atuar de maneira restrita ao estabelecer, por meio de sentença, os termos da arbitragem. Não se poderia, nesta linha, extrapolar os requisitos mínimos para a instituição do tribunal arbitral, previstos na Lei de Arbitragem¹⁹⁸. O juiz estatal também não poderá adentrar no mérito da disputa. Todavia, caso verifique uma causa de nulidade ou a contra parte evoque uma causa de anulabilidade na própria convenção de arbitragem, tais quais a incapacidade das partes para contratar¹⁹⁹, a existência de erro, dolo ou coação²⁰⁰ no momento da conclusão da convenção de arbitragem, ou a ausência de concordância expressa e

¹⁹⁶ Artigo 4º, Lei nº 9.307/96: “§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

¹⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, p. 161.

¹⁹⁸ Neste sentido, destaque-se a sentença proferida em Execução de Cláusula Compromissória (nº 60.969/200), pela 13ª Vara Cível de São Paulo, confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 24/05/2006: “na definição judicial do compromisso arbitral, não está o juiz togado obrigado pela lei de arbitragem a resolver todas as controvérsias das partes acerca dos termos daquele. É que o escopo da referida lei foi de subtrair da apreciação judicial toda a matéria que comporte a arbitragem, se os interessados resolverem submeter a solução de seus litígios ao juiz arbitral. Por conseguinte, o compromisso arbitral cuja definição a lei atribui ao juiz togado deve restringir aos requisitos obrigados indicados no artigo 10 da Lei nº 9.307/96” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A Arbitragem nos Tribunais...*, p. 193).

¹⁹⁹ Artigo 166, Código Civil: “É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

²⁰⁰ Artigo 171, Código Civil: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”. Artigo 172: “O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro”.

apartada nas cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão²⁰¹, a sentença judicial deverá ser de improcedência.

Verifica-se que, desde a edição da Lei de Arbitragem, os tribunais estatais têm proferido decisões de suma importância à consolidação do instituto, vez que fazem valer a regra da compulsoriedade da arbitragem. Ora, as partes tem a faculdade de optar pelo instituto arbitral; entretanto, uma vez feita a escolha só poderão abdicá-la se houver consenso mútuo²⁰². Via de regra, tanto a prática nacional quanto a internacional demonstram que a intenção em afastar a arbitragem após o surgimento de um conflito é ligada à violação do princípio da boa-fé. Ao notar que o caso não lhe assiste razão, uma das partes impugna a via arbitral, que em tese oferecerá solução mais célere ao conflito, para arrastá-lo no poder judiciário por meio dos inúmeros recursos disponíveis, e protelando a decisão final²⁰³.

3.4.2 Aplicação de medidas coercitivas e execução da sentença arbitral

Em sua maioria, as decisões arbitrais – sejam elas determinações proferidas durante o procedimento ou a sentença em si - são cumpridas espontaneamente pelas partes²⁰⁴, o que faz com que a regra seja de que os árbitros e o poder judiciário não entrem em contato em nenhum momento do processo arbitral. Os motivos apontados para este “sucesso” são a qualidade dos procedimentos e das decisões, o fato das partes poderem influenciar praticamente todos os aspectos da arbitragem (escolha das regras aplicáveis, dos árbitros, da instituição de arbitragem, a forma de condução do procedimento, etc.) o que as faz acreditar na “justiça” da decisão, a intenção de manter-se o vínculo comercial com a contraparte. Além destes motivos, João Bosco Lee e Clávio Valença ressaltam que:

O adimplemento voluntário das sentenças arbitrais promove-se, da mesma forma, pela ameaça de imposição das chamadas sanções brancas. Para dissuadir qualquer interesse negativo por parte do derrotado, algumas

²⁰¹ Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.307/96: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

²⁰² Vide acórdão proferido na Apelação Cível nº 296.036-4, TJSP, julg. em 17/12/2003. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A Arbitragem nos Tribunais...*, p. 195)

²⁰³ MARTINS, Pedro A. Batista. *Obra citada*, p. 256.

²⁰⁴ COUTO, Jeanlise Velloso. *Obra citada*, p. 15. João Bosco Lee e Clávio Valença destacam a comprovação estatística de que nove em cada dez sentenças proferidas sob a égide da Corte de Arbitragem Internacional da CCI são cumpridas espontaneamente pela parte vencida, atribuindo-se o resultado à qualidade dos procedimentos (LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 142). Nadia de Araújo destaca que é comum nas arbitragens ter-se a expectativa de que as sentenças arbitrais serão cumpridas espontaneamente (ARAÚJO, Nadia de. *Obra citada*, p. 90).

instituições de arbitragem têm o hábito de infligir-lhe sanções pelo inadimplemento de sentenças arbitrais. Entre as mais frequentes, é possível enumerar: a) ameaçá-lo com a possibilidade de tornar pública a sentença arbitral, levando o seu conteúdo ao conhecimento da comunidade de comerciantes, fazendo com que seu nome fique “sujo na praça”; b) proibi-lo de utilizar aos serviços de arbitragem da instituição, o que, em algumas atividades, significa condená-lo ao isolamento comercial; c) suspendê-lo ou excluí-lo da associação profissional, cuja permanência é, muitas vezes, requisito para o exercício da profissão e, finalmente, d) estipular cláusula penal prescrevendo o pagamento de juros e multa incidentes sobre os dias de atraso.²⁰⁵

Entretanto, haverá casos em que a decisão precisará de medidas coercitivas para ser concretizada e, neste sentido, já referimos diversas vezes no presente trabalho que o árbitro não possui poder de *imperium* para tanto. Este é o entendimento manifestado por Selma Lemes:

(...) resta-nos salientar que as razões óbvias pelas quais a Lei de Arbitragem (art. 22, §4º) estabeleceu a necessidade de apoio do juiz togado reside no fato de que o árbitro tem jurisdição, mas não tem *imperium*, vale dizer, o poder de constrição, o poder de determinar o uso da força para cumprimento do determinado.²⁰⁶

Assim, nos casos das medidas coercitivas o árbitro precisará se remeter ao juiz togado por meio de ofício e requerer a execução da coerção, seja para oitiva de testemunhas²⁰⁷, para o arresto de bens, ou para a penhora de valores. Já a sentença arbitral não cumprida deverá ser levada pela parte vencedora ao poder judiciário por meio de execução de título executivo²⁰⁸, a fim de obter seu devido cumprimento.

3.5 CONTROLE SOBRE OS ÁRBITROS PELO PODER JUDICIÁRIO

Percebemos ao longo do presente trabalho que a arbitragem não faz parte do aparato estatal, fato que gera consequências de duas ordens: por um lado, falta poder coercitivo ao árbitro, já que o *imperium* decorre da soberania do Estado; por outro, as partes terão ampla

²⁰⁵ LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 142-143.

²⁰⁶ LEMES, Selma Ferreira. *As Medidas Cautelares...*, p. 04. Da mesma forma se posicional Bruno Oppetit (OPPETIT, Bruno. *Obra citada*, p. 63).

²⁰⁷ Artigo 22, § 2º, Lei nº 9.307/96: “(...) poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de Arbitragem”.

²⁰⁸ Lembrando que a Lei nº 9.307/96 equipara a sentença arbitral à judicial, artigo 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”.

autonomia para regular o processo arbitral e a sentença proferida não precisará, necessariamente, obedecer às regras de determinado sistema jurídico. Caso a decisão seja proferida e cumprida espontaneamente, gerará efeitos plenos, a despeito de ser incompatível com qualquer ordenamento. Entretanto, uma vez que entre em contato com o poder judiciário (para ser reconhecida ou executada), será considerada como um ato estranho (“estrangeiro”) ao ordenamento jurídico, por ter a natureza de “norma jurídica individual de origem privada”²⁰⁹. Portanto, haverá a necessidade da recepção da sentença seja ela nacional ou estrangeira, conforme se demonstrará a seguir.

3.5.1 Recepção da sentença arbitral nacional

A sentença proferida no Brasil ficará sujeita à análise de compatibilidade com o nosso ordenamento jurídico, quando levada a conhecimento do juiz por uma das partes. A regra imposta pela Lei de Arbitragem prevê que “a parte interessada poderá pleitear ao órgão do poder judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral (...)” (artigo 33, Lei nº 9.307/96), sendo as hipóteses de nulidade as seguintes:

Artigo 32: 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, inciso III, desta Lei; VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Conforme afirmado por José Emílio Nunes Pinto, “todas elas dizem respeito a questões éticas e de garantia de procedimento e do devido processo legal”²¹⁰. A respeito, Cláudio Valença aponta que as hipóteses da lei não têm o condão de gerar apenas a anulação das sentenças, mas também a sua rescisão e declaração de inexistência, conforme a importância do bem jurídico tutelado e gravidade da sua violação. Partindo deste pressuposto, analisaremos quais seriam os casos de inexistência, nulidade ou rescidibilidade das decisões arbitrais.

²⁰⁹ VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*, 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2008, p. 97.

²¹⁰ PINTO, José Emílio Nunes. *O Árbitro Ser ou Estar Eis a Questão*. Câmara de Comércio Brasil Canadá. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/ingles/arbitragem.asp?subcategoria=artigos&codnoticia=42>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

3.5.1.1 *Sentença inexistente*

Os casos mais graves apontados pela Lei de Arbitragem são aqueles onde a sentença seja proferida ante a ausência de poder jurisdicional do árbitro. Sua consequência, segundo Clávio Valença, seria a declaração de inexistência. Neste sentido, as hipóteses que ensejariam tal consequência seriam as sentenças proferidas fora de uma relação processual ou incompatíveis com a fonte do direito, vejamos:

Para existir deve a norma individual passar incólume por um teste de indedutibilidade realizado a partir da convenção de arbitragem, norma superior, fonte e limites do poder jurisdicional do árbitro. A sentença que não caiba na convenção de arbitragem ou proferida a partir de convenção de arbitragem nula ou caduca, é decisão emanada de quem não tem poder jurisdicional. (...) A sentença arbitral assim proferida não existe aos olhos do juiz estatal.²¹¹

A partir deste raciocínio, as sentenças decorrentes de convenção de arbitragem nula, fato que será determinado a partir dos requisitos de nulidade dos negócios jurídicos²¹², ou, mais especificamente, que violem os requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva da Lei de Arbitragem (artigo 1º, Lei nº 9.307/96²¹³), serão em verdade inexistentes. O mesmo destino terão as sentenças que que extrapolem os limites da convenção de arbitragem (*ratione personae e ratione materiae*²¹⁴ ou que contrariem a vontade manifestada por ambas as partes. Por fim, serão nulas as decisões proferidas por aquele que não poderia ser árbitro, por emanar de sujeito sem poder para tanto. Assim, sua avaliação poderia ocorrer de ofício pelo juiz estatal e os efeitos gerados pela declaração de inexistência seriam *ex tunc*.

3.5.1.2 *Sentença nula*

As hipóteses de “nulidade” abordadas pela lei que violam as regras mais caras à sociedade, ou seja, as normas protetoras da ordem pública, ensejam a nulidade absoluta da sentença arbitral. Assim, devemos ressaltar que, ao analisar qualquer sentença arbitral (ato estranho ao ordenamento jurídico) o juiz togado deverá exercer um controle de compatibilidade, considerando-se que a “ordem pública não é categoria normativa, mas

²¹¹ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 101.

²¹² Artigo 104, Código Civil: “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

²¹³ Artigo 1º, Lei nº 9.307/96: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

²¹⁴ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 109.

instrumento a disposição do juiz estatal para excluir do ordenamento jurídico norma estrangeira incompatível²¹⁵». A propósito das normas protetoras da ordem pública, Clóvis Bevilacqua afirma que:

[normas protetoras da ordem pública] são aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito. Trata-se assim de um conjunto de regras e princípios, muitas vezes fugidios e nebulosos, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinado país e proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinada época.²¹⁶

O referido autor defende que, ao escolher as regras aplicáveis ao caso concreto e ao julgar o processo arbitral, o árbitro deverá ter o cuidado de nunca ferir os preceitos tidos como absolutamente inafastáveis no território onde a decisão será potencialmente cumprida ou executada²¹⁷. A propósito, ressalte-se que a obrigação contratual dos árbitros para com as partes é tanto de meio quanto de fim. Desta forma, o árbitro não deve apenas solucionar o conflito, mas proferir uma decisão que seja válida e eficaz²¹⁸. Caso as partes determinem a aplicação de normas violadoras da ordem pública, o julgador deverá considerá-las ineficazes e poderá escolher outras em substituição, já que o transcurso do tempo não tem o condão de sanear a sentença arbitral nula, e os efeitos da anulação são *ex tunc*²¹⁹.

Restanos, neste ponto, ressaltar que a ordem pública pode ser cindida duas: material e processual. Assim, é inerente a esta o devido processo legal (artigo 5º, Constituição Federal), consubstanciado na Lei de Arbitragem como hipótese de anulação da sentença proferida em desconformidade com os princípios do artigo 21, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem²²⁰. Quanto a ordem pública material, estabelece a lei que nos casos de prevaricação, concussão ou corrupção passiva dos árbitros, ocorreria a anulação da sentença. Ora, estes são considerados crimes pelo nosso ordenamento jurídico e aplicáveis aos árbitros por força do artigo 17, da Lei nº 9.307/96, a qual equipara os árbitros quando no exercício da sua função

²¹⁵ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 125.

²¹⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1951, p. 15.

²¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, p. 70.

²¹⁸ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 121.

²¹⁹ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 122.

²²⁰ Artigo 21, § 2º, Lei nº 9.307/96: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

aos funcionários públicos para efeitos da legislação penal ²²¹. “O Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão a bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade”²²². Assim, resta claro que a necessidade de utilização do *ius puniendi* pelo Estado acusa a violação à ordem pública material do nosso ordenamento jurídico e, portanto, também deva resultar na anulação da sentença arbitral que consigne o ato transgressor.

3.5.1.3 Sentença rescindível

Por fim, Clávio Valença distingue as hipóteses em que as sentenças seriam sujeitas meramente à rescindibilidade, caso pliteado por uma das partes. Segundo o autor, “Os motivos de rescindibilidade provêm da sua prolação em desconformidade com as regras de direito postas para a proteção de interesses privados das partes na arbitragem” ²²³. Assim, apenas os requisitos dispostos em lei poderiam ensejar a rescisão da decisão e os efeitos produzidos seriam *ex nunc*. Como exemplos, podemos citar as sentenças que não resolvam todo o litígio, aquelas proferidas fora do prazo ou que não cumpram os requisitos formais enumerados no artigo 26, Lei nº 9.307/96.

Sobre tais requisitos, observa Clávio Valença que cumprem função diversa no processo arbitral e estatal. Neste, “prestam ao controle da decisão por jurisdição de segunda instância, (...) à verificação da legitimidade da decisão (...), e a que a população proceda a uma espécie de controle difuso dos atos do Estado”²²⁴. Naquele, “(...) serve, antes, para controlar a conduta do árbitro em relação à vontade das partes manifestada na convenção e durante o desenvolvimento da instância arbitral²²⁵”. Assim, justifica-se a posição do autor em condicionar a sua não observância à mera rescidibilidade da sentença.

²²¹ Artigo 17, Lei nº 9.307/96: “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”; artigo 319, Código Penal (prevaricação): “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”; artigo 316 (concussão): “Exigir, para si ou para 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.”; artigo 320 (condescendência criminosa): “Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

²²² DE JESUS, Damásio. *Direito Penal*: parte geral, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 04.

²²³ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 133.

²²⁴ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Obra citada*, p.134.

²²⁵ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Obra citada*, p.135.

Entretanto, parte da doutrina se posiciona de maneira diversa ao relacionar cada um dos requisitos impostos às garantias processuais. Destarte, o direito brasileiro impõe a forma escrita às sentenças sendo que, por se tratar de norma cogente, não admitiria sequer convenção diversa das partes²²⁶. A justificativa para tanto estaria no princípio da documentação dos atos processuais e no fato de a forma escrita ser o único requisito formal comum a todos os títulos executivos, categoria na qual se enquadrariam por lei as sentenças com carga condenatória ou mandamental. Da mesma forma, as sentenças arbitrais deveriam, necessariamente (o que não seria portanto hipótese de mera rescindibilidade), conter o relatório e a fundamentação, vez que “cabe ao árbitro apresentar as suas razões de decidir, os motivos que o levaram (ou ao tribunal) a decidir da forma como o fez”²²⁷. Por fim, também seriam exigências indispensáveis o dispositivo, a indicação da data e do local da prolação e a assinatura dos árbitros, conforme o artigo 26, da Lei nº 9.307/96.

3.5.2 Homologação da sentença arbitral estrangeira

O ordenamento jurídico pátrio adota uma teoria monista quanto a arbitragem, não estabelecendo diferença normativa entre os processos internos e internacionais²²⁸. Por sua vez, adota uma teoria dualista quanto ao processo de recepção das sentenças, a depender da distinção entre aquelas nacionais e estrangeiras. O critério adotado é geográfico (*ius solis*), o qual toma como base o local onde for proferida a decisão (artigo 34, parágrafo único, Lei nº 9.307/96²²⁹). Assim, pouco importa o local onde a arbitragem tenha se desenvolvido ou a sede da instituição administradora do conflito para a determinação da nacionalidade da sentença²³⁰. A diferença estará na necessidade de reconhecimento das sentenças estrangeiras por meio de processo de homologação, conforme a Convenção de Nova Iorque de 1958 e a ser realizado pelo Superior Tribunal de Justiça²³¹, para que recebam o status de título executivo judicial. No

²²⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Obra citada*, p. 114.

²²⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Obra citada*, p. 123.

²²⁸ Ainda assim, utilizaremos no presente trabalho a expressão “arbitragem internacional” para identificar as arbitragens que contenham algum elemento internacional, como uma parte estrangeira, a ligação com algum fundo internacional, a ligação entre uma *joint venture* com uma parte estrangeira, etc.

²²⁹ Artigo 34, parágrafo único, Lei nº 9.307/96: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

²³⁰ STJ, 3ª Turma, REsp 1231554 / RJ, Rel. Min. Nanci Andrichi, julg. em 24/05/2011, DJe 01/06/2011.

²³¹ A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou a competência para processar e julgar os feitos relativos à homologação de sentença estrangeira, revogando a regra prevista no artigo 35 da Lei nº 9.307/96: “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal. Deste então, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça homologá-la. Entretanto, em havendo contestação, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça será competente para o

processo de homologação serão analisados os mesmos requisitos apontados para as sentenças nacionais, entretanto, considerando-se os parâmetros da lei que regeu o processo arbitral e a ordem pública internacional. Ensina Clávio Valença que esta seria a aplicação da ordem pública atenuadamente tendo em vista a distância da situação fática regulada na sentença em face do nosso ordenamento jurídico²³²²³³. Na homologação, apenas poderão ser analisados os aspectos formais da sentença estrangeira, sem possibilidade de se adentrar no mérito da causa, conforme já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (CF. Art. 105, I, "i"; LEI 9.307/96, Art. 35). PEDIDO ADEQUADAMENTE INSTRUÍDO. DEFERIMENTO.

(...) II - A atuação jurisdicional do e. STJ no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira encontra balizas nos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96). Se não houver transgressão aos bons costumes, à soberania nacional e à ordem pública, não se discute a relação de direito material subjacente à sentença arbitral.²³⁴

Isto significa que a prova inequívoca de que as partes optaram pela arbitragem²³⁵ e o respeito à ampla defesa e ao devido processo legal (em especial pela citação das partes e pela possibilidade de apresentarem defesa) serão praticamente os únicos aspectos sujeitos à análise²³⁶. Caso algum deles tenha sido desrespeitado e sob a condição *sine qua non* de alegação pela adversa, ensejará o não reconhecimento da sentença estrangeira e, conseqüentemente, a impossibilidade da sua execução no Brasil. Nete ponto devemos ressaltar os requisitos da sentença arbitral exigidos pela Lei de Arbitragem, previamente abordados no tópico anterior. Apesar de não trazer qualquer novidade ou geram dificuldades às arbitragens internas, vez que já estão arraigados na nossa cultura jurídica, o mesmo não é

juízo da causa que terá natureza adversarial (artigos 2º e 9º, §1º, da Resolução nº 9/STJ de 04/05/2005, DJ. 06/05/2005).

²³² VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Obra citada*, p. 127.

²³³ STJ, Corte Especial, SEC 3660/GB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. em 28/05/2009, DJe 25/06/2009.

²³⁴ STJ, 3ª Turma, SEC 6335/EX, Rel. Min. Feliz Fisher, julg. em 21/03/2012, DJe 12/04/2012. No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, SEC 3035/FR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 19/08/2009, DJe 31/08/2009; STJ, Corte Especial, SEC 2052/DE, Rel. Min. Castro Meira, julg. em 19/12/2007, DJ 21/02/2008; STJ, SEC 611/US, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio Noronha, julg. em 23/06/2006, DJ 11/12/2006.

²³⁵ STJ, Corte Especial, SEC 978/GB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. em 17/12/2008, DJe 05/03/2009.

²³⁶ Sobre a ausência de citação de uma das partes para participar do processo arbitral, destaca-se um excerto do voto da Min. relatora no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 833/US: “É cediço que o trânsito em julgado da sentença alienígena não pode, no Brasil, ter maior força que a sentença nacional transitada, sendo certo que no nosso ordenamento, a ausência de citação contamina todo o processo de cognição, ainda que vício aferível, apenas, quando da execução (art. 741 do CPC)” (STJ, Corte Especial, SEC 885/EX, Rel. do acórdão Min. Luiz Fux, julg. em 16/08/2006, DJe 30/10/2006).

verdade para as arbitragens desenvolvidas no âmbito internacional. Isto porque, não é incomum que, neste meio, as partes não desejem saber as razões de fato e de direito que culminaram na decisão e, portanto, dispensarem tanto o relatório quanto a fundamentação. Como exemplo da referida prática, países como a Inglaterra, o Japão e a Suíça, não exigem a motivação da sentença²³⁷. Da mesma forma se posiciona a Convenção de Nova Iorque de 1958, regra aplicável à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras na Brasil. Como consequência, poderão surgir dificuldades no momento da homologação destas sentenças pelo Superior Tribunal de Justiça, as quais deverão ser enfrentadas com parcimônia, verificando-se a ocorrência ou não de violações aos direitos de defesa das partes, fato que obstará o reconhecimento da sentença.

Em que pese demorado, o processo de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras é, na verdade, um avanço trazido pela Lei nº 9.307/96. Anteriormente, era necessária a realização do duplo *exequatur* a fim de que a decisão adentrasse o nosso ordenamento jurídico, o que significa que deveria ocorrer tanto a homologação da sentença no país em que fora proferida quanto no Brasil. Deste de que Brasil se tornou signatário da Convenção de Nova Iorque de 1958, é esta que rege os processos de execução de sentenças arbitrais estrangeiras²³⁸. Assim, as hipóteses que impediriam o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira segundo a o artigo V(1) da referida convenção são: a) a existência de incapacidade ou de impedimento para ser parte; a invalidade do compromisso arbitral; a ausência de indicação de quais litígios se submeteriam à arbitragem; b) a ausência de notificação às partes sobre as etapas do procedimento ou a vedação para que uma delas apresente os seus argumentos; c) a ausência de referibilidade entre a sentença e o objeto do compromisso arbitral ou a extrapolação do conteúdo do compromisso pela decisão; d) a não observância dos termos do compromisso para a composição do tribunal arbitral ou para a condução do procedimento sendo que, na ausência de tal acordo, não se dê em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; e) a ausência de obrigatoriedade da sentença para as partes (o que no Brasil ocorre imediatamente à notificação das partes sobre a decisão) ou a anulação ou a suspensão dos efeitos da decisão por autoridade competente do país em que a sentença tenha sido proferida. O artigo V(2) segue adiante, estabelecendo mais duas hipóteses ao não reconhecimento de sentenças estrangeiras, a) Se pela lei do país onde a

²³⁷ VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. *Obra citada*, p.136.

²³⁸ STJ, Corte Especial, SEC 885/EX, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. em 18/04/2012, DJe 13/08/2012.

sentença será executada, o objeto da divergência não seja passível de solução mediante arbitragem; b) Se o reconhecimento ou a execução da sentença for contrário à ordem pública daquele país. Assim, verifica-se não haver relevantes diferenças ao controle de recepção das sentenças nacionais, vez que as hipóteses de não reconhecimento de sentença estrangeira podem ser resumidas na inexistência de “poder jurisdicional” dos árbitros, bem como na inobservância das dimensões processual e material da ordem pública, conforme previamente abordado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme proposto na introdução e na delimitação do tema, pudemos analisar grande parte da conjuntura legal, doutrinária e jurisprudencial que rege a arbitragem e a atuação dos árbitros no Brasil. Sobre a competência-competência e autonomia da cláusula compromissória, confirmou-se que a Lei de Arbitragem consagra os referidos princípios de maneira expressa e que a tanto a jurisprudência quanto a doutrina majoritárias têm se posicionado pela sua aplicação. A regra, portanto, é de que a avaliação da competência dos árbitros e da higidez da convenção de arbitragem e do contrato a que se referira, deva ser feita pelos mesmos. Entretanto, percebeu-se que estes princípios não são absolutos, admitindo-se a sua relativização em uma série de hipóteses e o consequente exercício da sua função pelos magistrados.

Os árbitros se distinguem dos juízes tanto com relação ao poder normativo quanto ao poder instrutório, tendo em vista a flexibilidade do processo arbitral e a sua autonomia para com as regras positivadas de direito processual civil. Assim, os árbitros gozam dos poderes de adaptar e, em certos casos de inovar, as regras aplicáveis e os meios de prova utilizados para a formação da sua cognição. Quanto às medidas de urgência, observou-se que, para a doutrina e jurisprudência majoritárias, os árbitros têm o poder de decretá-las, sejam elas cautelares ou de antecipação da tutela, mas não o poder para efetivá-las coercitivamente. Ainda que, caso o tribunal arbitral esteja impossibilitado de proferi-las, caberá ao juiz estatal fazê-lo de maneira precária, vez que a decisão ficará sujeita à confirmação pelos árbitros.

Verificou-se que o poder decisório dos árbitros deve ser exercido em conformidade e nos limites das regras impostas pela autonomia da vontade, o que será verificado por meio da fundamentação da decisão. Percebemos que a maior parte das diferenças entre os árbitros e os magistrados ocorre pelo fato da arbitragem não fazer parte do aparato estatal. Por esta razão, restou claro que os árbitros não possuem poderes coercitivos para fazer cumprir as suas determinações, dependendo do auxílio do poder judiciário para tanto. Por fim, apesar de haver a delegação do poder jurisdicional pelo Estado aos árbitros, sua sentença, enquanto ato decisório privado, será sempre considerada estranha ao nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, precisará passar pelo crivo do poder judiciário, o qual avaliará a sua pertinência à ordem pública brasileira a fim de que possa ingressar no nosso ordenamento e obter caráter normativo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: Oportunidades, Riscos e Desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 01-16.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAÚJO, Nadia de. A nova lei de arbitragem brasileira e os princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais, elaborados pelo UNIDROIT. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.) *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997, p. 87-116.

ARENHART, Sérgio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral. Academia.edu. Disponível em: <http://www.academia.edu/214088/BREVES_OBSERVACOES_SOBRE_O_PROCEDIMENTO_ARBITRAL>. Acesso em: 10 dez. 2012.

ARROW, Kenneth. *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation. The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB-System*, Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st session, v. 1. Government Printing Office: Washington, D.C., 1969.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano canônica*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1951.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem*. Lei nº 9.307/96, 4 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*, 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Árbitros e Juízes: Guerra ou Paz? In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASTELLA, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*, 2 ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 310-311.

CARVALHOSA, Modesto. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3º do art. 109) In: LOBO, Jorge Joaquim (Coord.) *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 30.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.

CONTI, Rafael de. *Arbitragem no Brasil*. 2011. Disponível em: <<http://www.decontilaw.com/Artigos/Arbitration-LawEconomicsAndPoliticsRafaelDeContiDeContiLawOffice-2011.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

COULSON, Robert. *ADR in America*. Nova Iorque: American Arbitration Association, 1993.

COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e Estado: interesses divergentes?* Coleção Atlas de Arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2010.

DIMOLISTA, Antonia. *Autonomie et Kompetenz-Kompetenz*. In: *Revue de l'arbitrage*, Paris, 1998.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1, 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

_____. *Razões para um novo CPC*. Confiteor, 04 set. 2012, Jurisciência. Disponibilizado em: <<http://www.jurisciencia.com/noticias/razoes-para-um-novo-cpc-confiteor-fredie-didier/1523/>>. Acesso em: 20 out. 2012.

DRAHOZAL, Christopher R.; NAIMARK Richard W. *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias de. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. Análise crítica da lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lamego. *Lei da Arbitragem Comentada: breves comentários à Lei nº 9.307 de 23/09/1996*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A Arbitragem nos Tribunais Estaduais (10 Anos de Jurisprudência). In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 185-203.

_____. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 106, abr./jun. 2002, p. 188-216.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007.

HEARD, Roderic H.; WALKER, Susan L.; COOLEY, John W. *International Commercial Arbitration Advocacy: a practitioner's guide for American lawyers*. United States of America: National Institute for Trial Advocacy, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros: litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 227-275.

DE JESUS, Damásio. *Direito Penal: parte geral*, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o Direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 04, nº II, jan./mar. 2001, p. 347-359.

LEE, João Bosco; VALENÇA, Clávio de Melo. *A Arbitragem no Brasil: material desenvolvido para o Programa de Fortalecimento da Arbitragem e da Mediação no Brasil para a Confederação das Associações Comerciais do Brasil (CACB) e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)*. Brasília: 2001.

LEMES, Selma Ferreira. *As Medidas Cautelares Antes ou no Curso da Arbitragem*. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri24.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2012.

_____. *O Papel do Árbitro*. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos_juridicos.php>. Acesso em: 26 jul. 2012.

_____. *O uso da arbitragem nas relações de trabalho*. Valor Econômico, 15/16/17, ago. 2003.

_____. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem, In: *Revista do Advogado*, v. 51, out. 1997, p. 32-35.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de. *A arbitragem internacional privada*, in *Arbitragem Comercial*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986.

_____. Contratos com o Estado. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 03, p. 38, jul./set., 2004.

MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem Internacional no Brasil*. São Paulo, RCS Editora, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo do conhecimento*, v. 2, 8. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Procedimentos Especiais*, 3 ed. rev. e atual. (Curso de Processo Civil, v. 5). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade Objetiva. Interesse Público, Indisponibilidade de Direitos e Normas de Ordem Pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 253-271.

_____. A arbitragem nas sociedades de responsabilidade limitada. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XV. Forense, 1977.

MOENS, Gabriël A.; SHARMA, Rajesh. *The CEAC Hamburg Arbitration Rules: A European-Chinese Trade-Related Adaptation of the Revised UNCITRAL Arbitration Rules 2010*. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/moot/CEAC_Ru_les_Moens_Sharma.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2012.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010.

OPPÉTIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. ROMERO, Eduardo Silva; ESPINOZA, Fabricio Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (Trad.). Colombia: Legis Editores, 2006.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. Coleção Atlas de Arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO, José Emílio Nunes. Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre: n. 01, jul. /out. 2003, p. 07-28.

_____. Recusa e impugnação de árbitro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, Porto Alegre: n. 15, out.-dez./2007, p. 80-84.

_____. *O Árbitro Ser ou Estar Eis a Questão*. Câmara de Comércio Brasil Canadá. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/ingles/arbitragem.asp?subcategoria=artigos&codnoticia=42>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

PINTO, Luiz Fernando Teixeira. Reflexões sobre os deveres e atribuições dos árbitros. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). *Arbitragem Doméstica e Internacional: estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: *Revista Direito GV*, ano 4, n. 07, jan.-jun. 2008, São Paulo, p. 15-28.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4 ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. FRANCO, Mariulza (Trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. *O Crescimento da Arbitragem no Brasil*. Câmara de Comércio Internacional Comitê Brasileiro. Carta de Notícias, n. 59, abr./jun. 2007, p. 1. Rio de Janeiro.

SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes. *Principais Aspectos da Nova Lei de Arbitragem*. Câmara Metropolitana de Mediação e Arbitragem do Estado de SP. Disponível em: <<http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/artigos025.htm>>. Acesso em: 20 out. 2012.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do MERCOSUL e a imprescindibilidade da Corte Comunitária. In: BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio (Coord.). *Mercosul: lições do período de transitoriedade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos Contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009.

TRIPODI, Leandro. *A New Arbitration Law for Brazil?*. Kluwer Arbitration Blog - Latest Entries. CISG-Brasil.Net, 10 set. 2012. Acesso em: 20 out. 2012.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*, 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

VIEIRA, Antonio Vicente. *Eficácia da Aplicação da Lei de Arbitragem: A Cláusula Compromissória*. Soleis: Rio de Janeiro, 08 jul. 2010. Disponível em: <http://soleis.com.br/artigos_arbitragem.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 01: teoria geral do processo e processo de conhecimento, 6 ed. rev., atual. e ampl. WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 14, jul./set. 2007.

_____. *Arbitragem: Do Monte Ida à lei 9.307/1996*. Site EEmir Calluf Advogados. Publicado em: 01.jun.2011. Disponível em: <<http://www.emircalluf.com.br/artigos/arbitragem-do-monte-ida-%C3%A0-lei-93071996>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. *Medidas de Urgência e Coercitivas*. 2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”. Parceria Institucional Acadêmico-Científica entre Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem. Coord. Fabiano Robalinho e Octávio Fragata. São Paulo. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Relatorio_final_pesquisa_GV_CBAR.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2012.

_____. *Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral*. 2ª Fase da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário”. Parceria Institucional Acadêmico-Científica entre Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem. Coord. Fabiano Robalinho e Octávio Fragata. São Paulo. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2012.