

**WYVIANNE RECH**

**CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA ARBITRAGEM**

**CURITIBA**

**2005**

**WYVIANNE RECH**

**CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA ARBITRAGEM**

**Monografia apresentada à disciplina de  
Direito Processual Civil como requisito  
parcial à conclusão do Curso de Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade  
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Edson Ribas Malachini**

**CURITIBA**

**2005**

**ii**

## TERMO DE APROVAÇÃO

WYVIANNE RECH

### CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA ARBITRAGEM

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Edson Ribas Malachini



Prof. Dr. Alcides Munhoz da Cunha



Prof. Dr. Elton Venturi

Curitiba, 31 de outubro de 2005

## SUMÁRIO

RESUMO .....	iv
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 ARBITRAGEM – UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL .....	3
3 CONTEXTO HISTÓRICO .....	7
4 LEI Nº. 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 .....	14
4.1 DISPOSIÇÕES GERAIS .....	15
4.1.1 Capacidade .....	15
4.1.2 Objeto da Arbitragem .....	16
4.1.3 Arbitragem de Direito e de Equidade.....	17
4.2 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM .....	19
4.2.1 Cláusula Compromissória .....	20
4.2.2 Compromisso Arbitral.....	22
4.3 ÁRBITROS.....	24
4.3.1 Responsabilidade Civil e Criminal do Árbitro.....	26
4.3.2 Juiz de Fato e de Direito .....	27
4.4 PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	29
4.5 SENTENÇA ARBITRAL.....	31
4.5.1 O Artigo 18 da Lei da Arbitragem .....	31
4.6 SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA .....	32
5 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA ARBITRAGEM .....	34
5.1 A DISCUSSÃO DA MATÉRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	44
6 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS .....	55

## RESUMO

A legitimidade da Lei da Arbitragem, ao dispor sobre a arbitragem, esta entendida como método alternativo ao Judiciário para solução de controvérsias, tem sido muito discutida. Com o presente trabalho objetiva-se a abordagem desse meio alternativo, assentado sobre a pedra angular do livre e pleno exercício da vontade das partes em escolherem a melhor forma de condução de seu litígio. Objetiva-se ainda verificar a eficácia e praticidade de sua aplicação e se o mesmo fere ou não princípios constitucionais. Em decorrência das inovações trazidas pela Lei 9.307/96 buscou-se, através dos conteúdos bibliográficos e da análise das posições divergentes apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, um posicionamento sobre a questão da constitucionalidade da Lei da Arbitragem. Iniciou-se o trabalho informando o contexto histórico em que se insere o instituto, seguido pela apresentação dos elementos essenciais contidos na Lei nº. 9.307/96, sua definição e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sua eficácia e constitucionalidade. Constatou-se que apesar do instituto estar presente no ordenamento jurídico brasileiro desde, pelo menos, a Constituição Imperial, somente ganhou eficácia e independência a partir das inovações introduzidas pela nova Lei, que apesar dos argumentos levantados contra esta, não é inconstitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Mesmo levando em consideração a falta de tradição na utilização do instituto no Brasil, tal técnica pode, paralelamente ao Judiciário, contribuir para a pacificação de conflitos. Parece, então, difícil ignorar as conquistas e vantagens da arbitragem, instituto este amplamente difundido e utilizado por outros países.

Palavras-chave: Arbitragem; Definição; Legitimidade; Constitucionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

A solução de controvérsias derivadas das relações internas e internacionais exige, cada vez mais, celeridade, sigilo e conhecimento técnico avançado. Dentro de um mundo cada vez mais globalizado, o isolamento, comumente causado por sistemas legais internos obstativos ou gerados até mesmo por diversidades de entendimentos entre doutrina e jurisprudência, é nocivo às nações afastadas do corrente contexto das relações comerciais, culturais e políticas.

Daí a necessidade de quebra de paradigmas e da modernização de normas, de sorte a permitir que o indivíduo exerça sua liberdade de confiar a alguém algo que esteja a ameaçar um direito seu, disponível, o que constitui na mais humana das expressões da individualidade dentro do mundo jurídico, não podendo ser obstada por legislações retrógradas.

A República Federativa do Brasil acolhe um sistema judiciário historicamente ligado às suas origens coloniais, pautada pelo formalismo, culto à tradição e aos costumes forenses, exegese dogmático-legalista, aparelhamento técnico-burocrático, predominância dos institutos típicos do sistema romano-germânico, o que explica a série de dificuldades em se aceitar a difusão de institutos alternativos de solução de controvérsias, como a arbitragem.

A Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, procurando compatibilizar e adequar o sistema interno de soluções de conflitos à nova economia globalizada e a mecanismos e princípios tradicionalmente mais democráticos, alterou e inovou a legislação atinente ao instituto da arbitragem no Brasil. Com a nova lei, altera-se a história do instituto no Brasil e reacende a antiga discussão quanto à constitucionalidade da arbitragem.

Em decorrência dessas novidades, os contrários à implementação de qualquer modelo alternativo de resoluções de conflitos, em especial a arbitragem, buscam novos fundamentos para atacar esse instituto, apontando diversos vícios que tornariam a Lei nº. 9.307 de 1996 inconstitucional.

O presente trabalho, antes de verificar se a Lei realmente afronta ou não dispositivo constitucional, objetiva obter esclarecimentos acerca da legitimidade e eficácia da arbitragem. Para isso, necessário se faz o estudo e a interpretação de seu texto, de suas alterações mais significativas, buscando comprovar a validade da Lei da Arbitragem, legislação esta, que dispensou requisitos e formalidades

anteriormente exigidos pela lei para que o instituto tivesse eficácia jurídica e produzisse seus efeitos, privilegiando princípios e garantias fundamentais dos indivíduos, no âmbito do direito privado, como o princípio da autonomia da vontade.

A maior discussão, porém, gira em torno da constitucionalidade da Lei da Arbitragem, mais especificamente, quanto à constitucionalidade dos dispositivos que prevêm ação junto ao Judiciário para efetivação e cumprimento da cláusula compromissória, agora expressamente assegurada pela referida Lei, frente ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual, a lei não excluirá lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário.

Através de análise dos conteúdos bibliográficos e das posições divergentes apresentadas em decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, pretende-se apresentar um posicionamento sobre a questão da constitucionalidade da Lei da Arbitragem, procurando demonstrar as peculiaridades do instituto, os elementos que o diferenciam da jurisdição estatal, sua aplicabilidade e sua função como opção a uma justiça oferecida pelo Estado, esta extremamente formal, caracterizada por sua morosidade, cuja decisão nem sempre condiz com o caso concreto.

É extremamente relevante conhecer o instituto, seu procedimento, suas limitações, suas finalidades, pois, mesmo levando em consideração a falta de tradição no Brasil, a arbitragem, como método alternativo de solução de litígios, atuando em causas que podem ser perfeitamente resolvidas por um especialista, pode, paralelamente à jurisdição estatal, contribuir para a pacificação de conflitos. Mais do que isso, a arbitragem prestigia a participação da sociedade na administração da justiça, e, esta participação, tanto na realização desta atividade como na de quaisquer outros organismos estatais ou paraestatais, corresponde a um saudável exercício de cidadania.

## 2 ARBITRAGEM – UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL

Em minhas viagens, uma vez vi um cartaz chamado Os Dois Homens da Lei; um deles estava pintado de um lado do cartaz, numa postura melancólica, coberto de farrapos, segurando um pergaminho que dizia: Perdi minha causa. O outro estava desenhado saltitando de alegria, do outro lado do quadro, com estas palavras: Ganhei meu processo. Mas ele estava nu em pêlo.

Benjamin Franklin<sup>1</sup>

Na época desta grande personagem, acima citada, não existiam quaisquer alternativas ao processo judicial tradicional. Os advogados levavam seus casos aos tribunais, submetiam-se a árduo trabalho, aparentemente infundo, de autotortura, com a hipótese do pior cenário possível, qual seja o de submeter seus clientes à pobreza vitalícia, visto que os custos pagos do acesso ao processo judicial até sua decisão final eram demasiadamente altos. Felizmente, para os advogados de hoje em dia, há alternativas.

Na última década do século XX, a profissão jurídica passou por muitas mudanças. Entre elas, uma que não resulta insignificante, é a que se traduz no interesse crescente pelo uso e pelas alternativas ao litígio tradicional nos tribunais para resolver as disputas de maneira mais eficiente e econômica, com menos riscos e melhores resultados.

Percebe-se que os tribunais estatais não são os únicos meios para a resolução dos conflitos, ou para a busca da satisfação de pretensões resistidas ou insatisfeitas, surgindo, então, as formas não ortodoxas de solução de controvérsias, ditas alternativas, que se tornam cada vez mais populares e difundidas. Isso ocorre, principalmente, pela circunstância da demora da prestação da tutela jurisdicional oferecida pelo Estado, dentre outros entraves<sup>2</sup>.

Entre as muitas alternativas para a solução de disputas que estão disponíveis hoje em dia, a arbitragem é uma das mais preeminentes. Os mais modernos e importantes ordenamentos jurídicos consagram, atualmente, a arbitragem dentre as modalidades de resolução dos conflitos. As diferenças entre essas legislações ocorrem, na maioria das vezes, com relação a forma adotada para o procedimento arbitral, como ele se constitui, como se dá a escolha dos árbitros,

---

<sup>1</sup> COOLEY, John W.; tradução de René Loncan. **Advocacia da Arbitragem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p. 21.

<sup>2</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei nº 9.307, de 23.09.1996**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 118-119.



das regras e princípios que informarão o procedimento, o alcance e a efetividade da sentença arbitral, seus elementos e requisitos.

Há que se ressaltar que, apesar das peculiaridades existentes em cada ordenamento jurídico, característica comum a todos os sistemas é a natureza do direito que pode constituir objeto da arbitragem. Somente direitos disponíveis podem ser submetidos à arbitragem, ou seja, para que as legislações consagrem a autonomia da vontade das partes em escolherem como será decidida determinada controvérsia, o objeto desta deverá, também, ser passível de transação.

A arbitragem, de forma geral, pode ser definida como um método de solução pacífica de controvérsias nacionais e internacionais, rápida e discreta. Consiste na criação de um julgador não pertencente à jurisdição estatal, escolhido pelas partes conflitantes, para dirimir divergências entre elas. É a escolha pelas partes de um juiz não togado, ou de um tribunal não constituído por magistrados, mas de quaisquer outras pessoas consideradas capazes de conhecer e decidir uma questão conflituosa prestes a ser submetida à Justiça. Especificamente, no caso da legislação brasileira, Lei nº. 9.307 de 1996, a arbitragem é o meio pelo qual pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou aceitos, o julgamento de seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis<sup>3</sup>.

Apesar da arbitragem se diferenciar sensivelmente da jurisdição tradicional, principalmente quanto ao procedimento, guarda com esta algumas semelhanças, especificamente quanto a sua finalidade principal, qual seja, a solução dos conflitos que lhe são apresentados pelas partes, tanto no plano nacional como no plano internacional. Assim como se verifica na justiça estatal, na arbitragem as partes buscam proteção e solução para os seus conflitos, razão pela qual a arbitragem objetiva também, em nível metajurídico, a pacificação social<sup>4</sup>.

Porém, JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR afirma que:

Para atingir esse patamar de diferenciação e não terminar no mesmo lugar em que se encontra a jurisdição pública, os seus mecanismos são, na grande maioria, ontologicamente distintos daqueles tradicionais, a começar pela livre escolha conferida às partes na indicação dos seus “juízes particulares”, os quais não necessitam de formação jurídica para a composição da lide, com possibilidade,

---

<sup>3</sup> Art. 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>4</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, op. cit., p. 141-142.

inclusive, de serem autorizados a decidir tão somente por equidade, em processo, em regra, mais sigiloso, rápido, simples em relação ao sistema ordinário.<sup>5</sup>

A importância da arbitragem, nesse contexto, não está em desafogar o Judiciário ou em oferecer um mecanismo que preconiza a celeridade, a economia e a discricão<sup>6</sup>, mas em ser mais uma opção, um instrumento institucionalmente legítimo, à disposição dos indivíduos para a busca da solução de seus conflitos, que poderão ser conhecidos por especialistas na matéria objeto da arbitragem. Não objetiva, pois, a arbitragem substituir o Poder Judiciário ou concorrer com ele.

O fundamento da arbitragem é a manifestação da vontade das partes que, ao conferir a um terceiro a solução de seu litígio, estão dispondo sobre direitos que a lei considera disponíveis, e, portanto, passíveis de transação, e que, por isso, não necessitam da intervenção obrigatória do Estado.

É a ampla liberdade a causa primária ou a origem da existência do próprio instituto, que surgiu antes da justiça estatal organizada e do próprio direito positivo e que, por isso mesmo, desenvolveu-se sob a égide da livre manifestação e da absoluta autonomia da vontade<sup>7</sup>.

As instituições estatais devem funcionar para servir à sociedade que compõe o Estado, sendo essa a finalidade própria deste. A intervenção do Estado deve ser a mais reduzida, de forma a não afetar a liberdade do particular de auto-regulamentar seus negócios e atos jurídicos.

É nesse contexto de valorização da vontade individual que institutos ditos alternativos, como a arbitragem, mostram-se mais importantes. A arbitragem é um meio especial de realização de justiça, fortemente calcada no mútuo consenso e no

---

<sup>5</sup> Ibid., p.142.

<sup>6</sup> Nesse sentido, o entendimento de Carlos Alberto Carmona ao observar que a arbitragem não tem esse condão. Em algumas hipóteses, "a arbitragem pode ser bastante demorada em causas complexas e que exijam produção de prova pericial; deixa de garantir segredo em todos os países que exigem a homologação do laudo arbitral ou em todas as hipóteses em que o laudo, condenatório, não é voluntariamente cumprido e tem de ser levado ao juiz togado para execução forçada; e, por fim, o custo deste meio de solução de controvérsias pode ser igual ou superior ao do processo estatal". CARMONA, Carlos Alberto, apud, FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, *ibid.*, p. 145.

<sup>7</sup> A autonomia da vontade e a liberdade de contratar, princípios basilares da arbitragem, são direitos dos contratantes que devem ser reconhecidos e respeitados em toda sua abrangência e latitude. A liberdade é a possibilidade que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade. A liberdade jurídica realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, fixando-lhes o conteúdo e a eficácia. Autonomia é a esfera de liberdade de que o sujeito dispõe no âmbito do direito, sendo livre, pois, para se reger por suas próprias leis, cujo campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional. Constitui a autonomia da vontade uma esfera de atuação jurídica do agente que lhe é concedida pelo ordenamento legal que permite, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos Fundamentais da Lei da Arbitragem**. Rio de Janeiro:Forense, 1999, p. 78.

*pacta sunt servanda*. Mais do que um instituto processual, a arbitragem constitui uma alternativa à jurisdição estatal.

### 3 CONTEXTO HISTÓRICO

O ser humano, ao longo de sua trajetória social, política e jurídica, passou por vários estágios no que diz respeito à composição dos conflitos de interesses. Nas fases primitivas das civilizações dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares. O conflito havido entre as partes era resolvido mediante o uso da autotutela (auto defesa), porém, nesse sistema não havia justiça, mas sim a imposição do mais forte sobre o mais fraco. A força bruta determinava o Direito (ex: penas de Talião), sendo a transposição dessa modalidade de justiça privada para a justiça pública produto de uma lenta e segura evolução. Enquanto na autotutela aquele que impõe ao adversário uma solução do problema não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito, satisfaz-se simplesmente pela força, vemos que, com a arbitragem, inicia-se um processo que visa à declaração do direito em litígio através de um terceiro, que irá apresentar a solução da desavença havida entre as partes.

Buscou-se, então, uma forma de solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de mútua confiança das partes das quais estas se valiam para resolver seus conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses. Ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados.

A história nos mostra que no direito romano arcaico (das origens do direito romano até o séc. II a. C., sendo dessa época a Lei das XII Tábuas) ocorre uma evolução no processo de resolução de conflitos e vontades. Da evolução da sociedade surgem os primeiros sinais do Estado, ainda frágil mas que começa a determinar condutas. Os Pretores eram os responsáveis pela *litis contestatio*. As decisões dos árbitros eram ratificadas pelos pretores, sendo acatadas pelas partes. Este período é chamado do Período da Arbitragem Facultativa (*in jure*). Durante o Direito Romano Clássico ou Período Formular (séc. II a. C. – séc. II d. C.) a arbitragem passou a ser obrigatória. O Pretor (juiz) passou a fazer a escolha do árbitro. O Estado tem noção da sua força e impõe sua vontade. Com o Direito Romano Moderno (séc. III d.C. à *cognitio extraordinaria*) chega-se a um Estado fortalecido, onde o Pretor passa a julgar e sentenciar os casos. Passando de uma

Justiça Privada, com a emissão de sentença, para uma Justiça Pública. De modo que, as origens da arbitragem, enquanto meio de composição de litígios, são bem anteriores à jurisdição pública. Pode-se mesmo dizer que a arbitragem foi norma primitiva de justiça e que os primeiros juízes nada mais foram do que árbitros<sup>8</sup>.

Como conquista evolutiva dos povos modernos, fundada no objetivo de preservar a paz e a harmonia social, o Estado avocou para si a prerrogativa de solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, afastando a possibilidade de recurso ao exercício arbitrário das próprias razões, também denominado “justiça com as próprias mãos”<sup>9</sup>. No Direito brasileiro, a autodefesa na solução dos conflitos constitui crime punível com detenção de 15 dias a um mês (art. 345, do Código Penal).

Apesar de os registros sobre a arbitragem remontarem à própria mitologia grega, em um mito conhecido como “A mais Bela”<sup>10</sup>, coube à Constituição Francesa de 1791 consagrá-la como garantia fundamental dos cidadãos, reconhecendo-lhe inigualável prestígio em relação aos ordenamentos jurídicos estrangeiros (Título III, cap. V, art 5º). A importância da arbitragem assumiu proporções tais que a Carta Política ressaltou que nenhuma lei poderia prejudicar ou restringir “o direito dos cidadãos de solucionar definitivamente seus litígios pela via arbitral”.

No Direito brasileiro, o instituto da arbitragem não constitui novidade, sendo objeto de abordagem legislativa desde os tempos do Império. Não se pode dizer, portanto, que as Constituições nacionais tenham ignorado totalmente a arbitragem.

---

<sup>8</sup> Registra Celso D. Albuquerque de Mello que a arbitragem é um dos institutos jurídicos da vida internacional mais antigo. O direito arbitral tem origem consuetudinária e é encontrado, segundo alguns (Tod), no tratado entre Eanatum e os homens de Umma em 3100 a.C. No entanto, foi na Grécia, seu verdadeiro “berço” (Taube), que ele teve o seu desenvolvimento. Em Roma, anota o mesmo jurista, a arbitragem, que pressupõe Estados soberanos, e, em consequência, juridicamente iguais, quase desapareceu. ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso D. **Direito Internacional Público**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, v.2, p. 1156.

<sup>9</sup> Com a supressão praticamente absoluta da autotutela, o Estado-juiz e os árbitros passam a figurar como uma espécie de substitutos imparciais dos litigantes, à medida que realizam função cognitiva das pretensões e, através do poder que lhes foi conferido, dizem e constituem o direito de uma das partes envolvidas no conflito, compondo-se a lide. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, op. cit., p. 136.

<sup>10</sup> Relata-se, por esse mito, uma disputa travada entre Hera, mulher de Zeus, Atena, deusa da sabedoria, e Afrodite, deusa do amor, em torno do pomo de ouro, que continha a inscrição “à mais bela”. Zeus, querendo se manter imparcial, absteu-se do julgamento e ordenou que este caberia ao mais belo homem, a função de árbitro, então, foi desempenhada por Paris. As três deusas ofereceram a este recompensas tentadoras com intuito de influenciar sua decisão, que acabou sendo a favor de Afrodite, que lhe havia prometido o amor da mais bela mulher, Helena, o que terminou por causar a Guerra de Tróia. QUESNEL, Alain. **A Mais Bela**. In: QUESNEL, Alain. **A Grécia. Mitos e Lendas**. Tradução: Ana Maria Machado. Disponível em: <http://www.geocities.com/philosophiaonline/800x600/mitologia/bela.htm>> Acesso em: 25 jul. 2005.

Podemos, assim, distinguir diferentes fases de difusão e aplicação do instituto da arbitragem.

A Constituição Imperial de 1824 continha, no que diz respeito ao Poder Judiciário, interessante sistema a evidenciar a implicação da função de julgar com a própria sociedade, deixando explícitos mecanismos de participação e de fiscalização. A virtude desta primeira fase está em deixar claro no próprio texto constitucional os institutos de participação da sociedade na distribuição da justiça. Diz o artigo 160 dessa Constituição: “Nas (causas) cíveis e nas penais civilmente intentadas poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

Legalmente reconhecida no Brasil desde os tempos de colonização portuguesa, ao contrário do que normalmente se pensa, a arbitragem já existiu como obrigatória em nosso direito. O Código Comercial de 1850, ainda hoje vigente, estabelecia em alguns de seus dispositivos o arbitramento obrigatório, como no art. 294 nas causas entre sócios de sociedade comercial, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, regra que era reafirmada no art. 348<sup>11</sup>. O Regulamento nº 737, do mesmo ano, conhecido como primeiro diploma processual brasileiro codificado, previa em seu art. 411 que seria o juízo arbitral obrigatório se comerciais as causas. É a fase da obrigatoriedade e vinculação corporativa. A Lei nº 1.350, de 14.09.1866<sup>12</sup>, no entanto, revogou aqueles dispositivos.

A Constituição de 1934 estabeleceu, entre as competências privativas da União (art. 5º, XIX), a de legislar sobre “normas fundamentais da arbitragem comercial”. A Constituição decretada em 1937 (art. 18, letra “d”) permitiu aos Estados legislar sobre: “organizações públicas, com o fim de conciliação

---

<sup>11</sup> Nosso Código Comercial (Lei 556, de 25.6.1850), em seu Título XV – “Das Companhias e Sociedades Comerciais”, art. 294, estabeleceu norma imperativa sobre a arbitragem: “Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”. E o art. 348 do mesmo Código, dispondo sobre a reclamação de sócio “que não aprovar a liquidação e a partilha” na sociedade, estabelece que “A reclamação que for apresentada em tempo, não se acordando sobre elas os interessados, será decidida por árbitros...”. SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário (Lei 9.307, 23.9.96): Mudança Cultural**. São Paulo: LTR, 2001, p. 20.

<sup>12</sup> Por essa Lei, foi derogado o juízo arbitral estabelecido pelo Código Comercial de 1850, para determinar que tal “juízo” seria sempre voluntário, mediante o compromisso das partes. Ou seja, prevaleceu, nessa mudança, o critério básico de que a “vontade das partes” é o fundamento necessário da arbitragem. Além disso, a Lei referida facultou às partes “autorizar os seus árbitros para julgarem por equidade independentemente das regras e formas de direito”. *Ibid.*, p. 21.

extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral”. Nas demais Constituições – 1891, 1946, 1967 e 1988 – houve omissão, em seus textos, quanto à arbitragem.

As Constituições republicanas, aliás, não se mostraram nada simpáticas à idéia da participação da sociedade na administração e distribuição da justiça. Tanto as instituições do júri, na esfera penal, quanto dos juízes classistas, na justiça do trabalho, permaneceram limitadas a critérios de controle estatal e corporativo. Devem permanecer nesta fase as considerações sobre os juzizados especiais. A Lei nº 7.244, de 07.11.1984, que criou os Juzizados de Pequenas Causas, estabelecia a arbitragem a cargo de um advogado para a solução dos conflitos, caso não obtida a conciliação, ficando o laudo submetido à homologação judicial. A Lei nº 9.099, de 26.09.1995, que introduziu os Juzizados Especiais Cíveis e Criminais, revogou a Lei dos Juzizados de Pequenas Causas; apesar disso, reprisou em seu art 24 a mesma disposição, com a ressalva de que o árbitro deve ser escolhido entre juízes leigos (“laic judges”) ou conciliadores.

Não obstante as tentativas de fomentar a idéia de conciliação, nos primeiros passos do instituto, a atual Lei dos Juzizados Especiais acabou – a par de demonstrar a pouca intimidade do legislador com a matéria dos meios voluntários, em geral, e da arbitragem, em particular - por sucumbir diante das tentações corporativas e prescindir, ao que tudo indica, no mínimo por preconceito, da participação da sociedade. A idéia de circunscrever o trabalho dos juzizados aos profissionais do direito, afastando a contribuição de outros especialistas e de entidades da sociedade, já se iniciava na Lei anterior dos juzizados de pequenas causas. A Lei 9.099, de 26.09.1995, enfim, fez pouco caso das qualidades da especialidade e do sigilo, típicas dos meios voluntários de solução de conflitos e controvérsias.

A consolidação do monopólio estatal no Brasil veio com a promulgação do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071), que reduziu a arbitragem a mero compromisso, do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei nº 1.608) e do atual Código de Processo Civil (Lei 5.869 de 11.01.1973), que também dispuseram da mesma forma, nos seus arts. 1.031 a 1.040 e 1.072 a 1.102, respectivamente, o que garantiu ao instituto uma versão facultativa em vigor até o advento da nova lei.

Os nossos códigos unitários de processo civil, de 1939 e 1973, adotaram a arbitragem em sua modalidade facultativa de “júízo arbitral”, pelo qual as partes podiam submeter seu litígio a árbitro(s), mediante compromisso, que o institua,

observados determinados requisitos. Os árbitros, sempre em número ímpar, podiam decidir *secundum ius* ou *secundum equitatem*, apreciando tanto as questões de fato quanto as de direito. A decisão, contudo, a exemplo do procedimento, sujeitava-se, quanto aos seus aspectos formais, à homologação judicial, que lhe dava a eficácia executiva, salientando-se que no Brasil, enquanto o compromisso arbitral se apresentava indispensável à instauração do juízo arbitral, isso, porém, não ocorria com a “cláusula arbitral” ou “compromissória”, que, embora comum na prática brasileira, constituía mera promessa de contratar, sem ensejar execução específica, mas condenação em perdas e danos em caso de inobservância do pactuado. A exigência de homologação (a quebrar a garantia do sigilo, tão importante enquanto qualidade dos meios voluntários), a regulação excessiva e a falta de garantia de validade da cláusula compromissória (a quebrarem os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé) acabaram por desestimular o emprego do instituto.

A pressão internacional para a adoção de mecanismos de uniformização que visam o desenvolvimento livre do comércio internacional, como principal fator, ao lado da consciência das limitações crescentes e dos problemas dos meios tradicionais de solução de litígios, acabaram por determinar o surgimento de inúmeras iniciativas para a introdução da arbitragem em nosso país, como alternativa para a decisão de litígios e como meio de construir credibilidade para sua inserção em uma nova ordem internacional, inclusive no que diz respeito ao reconhecimento das decisões arbitrais estrangeiras. Inicia-se, assim, a quarta fase, a da busca de inserção global.

Segundo os defensores da arbitragem, a solução dos conflitos por “juízes de fato”, em tese especialistas ou peritos em questões tratadas no litígio, traria inúmeras vantagens, situadas no âmbito da própria qualificação dos árbitros, o que faria a solução do conflito mais próxima de padrões reais de justiça, da celeridade advinda do procedimento essencialmente privado, em contraposição às longas pautas de diversos órgãos jurisdicionais; da discricção – o litígio não se tornaria público, não prejudicando ou interferindo nas atividades mercantis; e da economia gerada com a utilização deste mecanismo paralelo de solução de conflitos.

No entanto, apesar das características que se anunciam prodigiosas e da crise institucional que aflige o Poder Judiciário (que notoriamente não consegue responder com presteza e eficiência à demanda social por justiça), o retrospecto da história da arbitragem revela que a sociedade brasileira não lhe reconheceu os



predicados, quase o reduzindo a mero referencial de investigação acadêmico-doutrinária. As razões para esta rejeição ainda subsistem como fruto da natural desconfiança em pessoas não vinculadas ao Poder Público, que seriam mais permeáveis a propostas escusas, em contraposição aos juízes do Estado, previamente recrutados pelo sistema do concurso público. Ademais, a experiência de sistemas jurídicos estrangeiros revela que a arbitragem possui maior campo de ação nos países com maior tradição democrática, nos quais as partes estão preparadas política e juridicamente para contratar e resolver os seus conflitos, sem maiores problemas.

O juízo arbitral, como é notório, teve pouca aceitação no Brasil, por vários inconvenientes, já mencionados, entre eles, a exigência legal de que o laudo dos árbitros fosse levado à justiça para ser devidamente homologado, segundo dispunha o art. 1.045 do Código Civil de 1916 e o art. 1.096 do Código de Processo Civil. A homologação do laudo arbitral era o procedimento que conferia exeqüibilidade à decisão dos árbitros. Há nesse dispositivo um contra-senso, pois a idéia que teve em mente o legislador, ao criar o instituto, foi a de deixar ao livre arbítrio das partes a solução de seus conflitos, eliminando-se, assim, a interferência do Poder Judiciário.

Também conspirava contra a disseminação do instituto no país a exigência legal prevista no art. 1.039 do Código Civil de 1916, e no art. 1.074, III do Código de Processo Civil, de que no compromisso se explique o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusive o seu valor. A cláusula compromissória tem por vista disputas futuras, e é formalizada quando os compromitentes não têm idéia efetiva da divergência que possa realmente ocorrer em relação às partes, e muito menos, especificar qual será o seu valor. Além desses, surgiram outros inúmeros entraves jurídicos, que contribuíram para que o juízo arbitral fosse cada vez menos usado. Por essa mesma razão é que a tendência foi no sentido de abandonar-se o juízo arbitral como uma forma viável de composição das mais diversas divergências entre os particulares.

Importante, para o início de uma mudança cultural quanto à utilização da arbitragem, foi a promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, publicada no Diário Oficial da União em 24 de setembro de 1996, pois com ela se altera a história do instituto da arbitragem no Brasil. Interessante transcrever parte da exposição de motivos do então Senador MARCO MACIEL, autor do projeto de lei, na qual justifica e defende seu projeto de lei sobre a Arbitragem:

“Por que inovar? – A legislação hoje em vigor no Brasil acerca da arbitragem não permite a utilização do instituto em nosso País: de um lado, não havendo precisão legal para a cláusula compromissória, transforma-se a promessa, inserida nos contratos, de solucionar as eventuais pendências através da decisão por árbitros em letra morta, verdadeiro pacto sem maior efeito senão o de gerar perdas e danos (de difícil liquidação); por outro lado, a necessidade de se fazer homologar, obrigatoriamente, todo e qualquer laudo arbitral pelo Poder Judiciário suprime duas ou [sic] mais importantes vantagens deste meio alternativo de solução de controvérsias, a saber, o sigilo e a celeridade. Tudo somado, a disciplina legal atual não acompanha as necessidades da sociedade moderna, que demanda formas alternativas de solução de controvérsias eficazes para coadjuvar a missão do Estado de distribuir a justiça. Uma legislação avançada sobre a arbitragem, extirpada de empecilhos e formalidades inúteis, e estribada no que há de mais moderno acerca dos princípios e garantias dos litigantes, trará sensível benefício à sociedade, pois colocará a sua disposição um meio ágil de fazer resolver controvérsias, com árbitros por aqueles próprios escolhidos, imparciais e independentes, especialmente em matéria técnica, tudo com sigilo, brevidade e com grande informalidade... O problema crucial resolvido refere-se à decisão dos árbitros (sentença arbitral), que não necessitará mais de homologação pelo Poder Judiciário; a sentença arbitral, desde que notificada às partes, produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal e poderá ser impugnada através de ação própria ou em embargos à execução, sendo previstos, também, os embargos de declaração para sanar obscuridades, dúvidas ou contradições.”<sup>13</sup>

A nova Lei da Arbitragem buscou revitalizar o instituto da arbitragem, dotando-o de nova roupagem normativa, não apenas substituindo o modelo anterior como adaptando o novo diploma aos textos legais conexos, explicitando a forma de acesso ao Judiciário, a eficácia dos tratados internacionais na matéria e até mesmo a ética que os árbitros devem ter para atuar.

---

<sup>13</sup> MACIEL, Marco, apud, MUJALLI, Walter Brasil. **A Nova Lei da Arbitragem**. São Paulo: Editora de Direito LTDA – LDE, 1997, p. 37-38.

#### 4 LEI Nº. 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996

A lei 9.307 de 1996 estabeleceu nova e revigorante disciplina para a arbitragem no Brasil, definindo-a como instituição autônoma e alterando dispositivos que a vinculavam à homologação judicial para que pudesse ter a mesma eficácia conferida aos títulos executivos, favorecendo, desta forma, a utilização deste mecanismo de resolução de litígios no país.

Este meio alternativo de solução de controvérsias estava praticamente esquecido e não era utilizado pela população devido a dois entraves principais: um deles referente à cláusula compromissória, esta considerada como a promessa de resolver uma controvérsia futura e eventual através de árbitros, que no direito interno brasileiro não produzia praticamente efeito algum; o outro dizia respeito à necessidade, fixada até então pelo art. 1.097 do Código de Processo Civil, de homologar o laudo arbitral para que a decisão produzisse seus efeitos.

Por força desses desajustes, que não animavam os potenciais interessados na utilização da arbitragem, a Lei nº. 9.307 de 1996 criou uma nova estrutura para o juízo arbitral, entre suas inovações está o fortalecimento da cláusula compromissória, que agora é capaz, por si só, de afastar a competência do juiz togado, e a previsão de que o laudo arbitral, denominado sentença arbitral pela nova Lei, passa a ter a mesma eficácia da sentença judicial.

Desta forma, ficou clara a colocação da arbitragem como mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, de tal sorte que a intervenção do Poder Judiciário será invocada quando houver necessidade de utilizar seu poder de coerção e execução, nos casos, por exemplo, de resistência de uma das partes ou de terceiros, quando se mostrar imperativo a condução de testemunhas, a aplicação de medidas cautelares, execução de provimentos antecipatórios ou mesmo a execução da própria sentença arbitral.

Isso porque somente o Estado tem o poder de coerção e de execução, e, somente a ele cabe a efetivação de tais medidas. À arbitragem, dos elementos que compõem a jurisdição, cabe apenas a *nocio*, a *vocacio* e a *iudicium*.<sup>14</sup> Mesmo porque a arbitragem não pretende concorrer com o Judiciário ou mesmo substituí-lo em suas funções, muito menos transformar-se em panacéia para todos os males

---

<sup>14</sup> GAMA, Ricardo Rodrigues. **Temas de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 198.

que sofre a Justiça no Brasil. Trata-se exclusivamente de mais um meio alternativo de solução de controvérsias.

## 4.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

### 4.1.1 Capacidade

Primeiramente, cuida a Lei da Arbitragem de definir quais as pessoas que poderão valer-se do instituto para dirimir seus conflitos, dispondo que apenas as pessoas capazes de contratar poderão optar pela arbitragem. A primeira análise a se fazer é a que tange à capacidade da pessoa para livremente contratar a obrigação. A Lei, no entanto não define o que seja capacidade, devendo-se, portanto, buscar no direito comum tal conceito.

De acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 7º)<sup>15</sup>, a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre sua capacidade. O direito interno dispõe que toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil<sup>16</sup>, mas algumas necessitam ser representados por terceiros, com poderes conferidos por lei, por ato judicial ou por manifestação expressa de vontade. A capacidade indica a aptidão que a pessoa possui para o exercício de seus direitos.

A capacidade para a prática de todos os atos da vida civil inicia-se aos dezoito anos completos<sup>17</sup>, ressalvados os casos de incapacidade relativa e absoluta elencados no Código Civil. Essas incapacidades, de que trata o Código em seus artigos 3º e 4º, são de fato e não de direito. Tais pessoas consideradas incapazes, no sentido jurídico, têm direito, mas não o podem exercer, seja de modo absoluto ou relativamente a certo número deles. Os atos da vida civil, para produzirem efeito jurídico, devem ser praticados por agente capaz (art. 104, Código Civil). A incapacidade supre-se pelo modo instituído no Código Civil. Sendo que os relativamente incapazes devem ser assistidos pelos pais, tutor ou curador, em certos atos jurídicos, e, os absolutamente incapazes são representados pelos pais, tutor ou curador, em todos os atos jurídicos.

---

<sup>15</sup> Art. 7º, caput - A Lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

<sup>16</sup> Art. 1º - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

<sup>17</sup> Art. 5º - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Há que se ressaltar que, pelo disposto na Lei nº. 9.307 de 1996, apenas os atos praticados por pessoas capazes serão válidos, uma vez que a capacidade de contratar é requisito essencial para a instituição da arbitragem. Sendo a convenção de arbitragem instituída por pessoa incapaz, absoluta ou relativamente, ela será nula.

Ainda, de acordo com o disposto no artigo 1º da Lei da Arbitragem, ao mencionar que “as pessoas capazes de contratar *poderão* valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, constata-se que ninguém é obrigado a valer-se da arbitragem, ou seja, o instituto tem caráter facultativo. Não são obrigadas as pessoas capazes de contratar a submeterem-se à arbitragem, mas, submetendo-se a mesma devem respeitar as regras estabelecidas na convenção de arbitragem.

#### *4.1.2 Objeto da Arbitragem*

A Lei, mantendo a tradição tanto nacional quanto estrangeira, fixou os limites à utilização da arbitragem e o fez em razão da matéria. Somente os casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de sujeição à arbitragem, ou seja, aqueles direitos que são suscetíveis de livre disposição pelas partes. A esse respeito, BELIZÁRIO ANTÔNIO DE LACERDA afirma que:

Direito patrimonial disponível é todo aquele direito que, advindo do capital ou do trabalho, ou da conjugação de ambos, bem como ainda dos proventos de qualquer natureza, como tais entendidos os acréscimos patrimoniais não oriundos do capital ou do trabalho ou da conjugação de ambos, pode ser livremente negociado pela parte, eis que não sofre qualquer impedimento de alienação, quer por força de lei, quer por força de ato de vontade. Desse modo, pode-se afirmar que se insere nessa cadeia, isto é, de direito patrimonial disponível, todos os direitos oriundos do capital ou do trabalho ou da conjugação de ambos, bem como todos os acréscimos patrimoniais que não sejam oriundos daqueles, exceto o que originar-se ou constituir-se produto exclusivo do trabalho, posto constituir salário, e esse tem natureza de vida, e ipso facto torna insuscetível de qualquer espécie de disponibilidade.<sup>18</sup>

Tratando-se de direitos indisponíveis a intervenção do Estado faz-se absolutamente necessária. Prevalece nesses casos o interesse da sociedade sobre o do particular. Trata-se de direitos cujos titulares não têm o poder de disposição,

pois vinculados a princípios de ordem pública onde prepondera o interesse maior da sociedade. Assim, por serem definidos como direitos indisponíveis, irrenunciáveis, e, frequentemente, inalienáveis não admitem transação sobre eles, muito menos à exclusão da fiscalização pelo poder estatal.

Não são passíveis de submissão ao sistema arbitral, dentre outras, as questões criminais, os direitos da personalidade, aqueles relacionados com a capacidade e o estado da pessoa, assim os de família, como a filiação e o poder familiar, as ações de separação e de divórcio, de nulidade do casamento, exceto no que tange aos seus efeitos patrimoniais. Os demais, regra geral de caráter disponível, podem ser modificados ou extintos por sentença arbitral, bastando, para isso, a voluntária vinculação do interessado a uma convenção de arbitragem.

Direitos patrimoniais devem ser entendidos como aqueles que possuem por objeto um determinado bem, inerente ao patrimônio de alguém, tratando-se de bem que possa ser apropriado ou alienado. Patrimônio indica o complexo de bens, materiais ou não, direitos, ações, posse e tudo o mais que pertença a uma pessoa, física ou jurídica, e seja suscetível de apreciação econômica.

Os direitos patrimoniais são o objeto primordial na provocação da arbitragem. Não basta, porém, serem direitos patrimoniais, mas é preciso também que sejam disponíveis. São disponíveis os direitos que possam ser negociados, do qual se possa dispor, reduzir, trocar. Ao predominar na arbitragem a autonomia da vontade, precisam as partes terem liberdade, não só de escolher a forma de solução de suas desavenças, mas também de discutir seus direitos e resolvê-los de forma diplomática.

A convenção ou sentença arbitral, no entanto, que envolva direito indisponível é nula de pleno direito, não produz qualquer efeito jurídico, não vinculando, assim, a pessoa a quem pretendia a decisão sujeitar, visto se tratar de objeto excluído pela Lei e de impossível transação.

#### *4.1.3 Arbitragem de Direito e de Eqüidade*

A escolha, a critério das partes, das regras a serem aplicadas à arbitragem é expressão do princípio norteador do instituto, o princípio da autonomia da

---

<sup>18</sup> LACERDA, Belizário Antonio de. **Comentários à Lei da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 40.

vontade<sup>19</sup>. O princípio da autonomia da vontade permeia o instituto da arbitragem ao permitir que as partes designem: o modo pelo qual o tribunal arbitral será constituído, as pessoas que ocuparão a posição de árbitros, as regras de direito a serem aplicadas no procedimento arbitral, o prazo para que a sentença seja proferida.

Outro exemplo da autonomia da vontade reside no fato de que, enquanto no procedimento judicial estatal as partes não podem, de forma alguma, escolherem quem será o juiz a decidir a causa, na arbitragem ocorre exatamente o oposto, ou seja, somente terá poderes para decidir a questão aquele - ou aqueles, caso existam mais de um árbitro - a quem as partes delegarem poderes para tanto (São exemplos da presença expressa do princípio da autonomia da vontade na lei arbitral, os artigos 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 8º, 9º, 11, 13 e 23 da Lei nº. 9.307, de 23.09.1996).

As partes têm liberdade de escolher a via arbitral tanto quanto o direito em que se baseará o julgamento. As regras e princípios serão definidos pelas próprias partes, em comum acordo, podendo optar pela decisão fundada tão somente em regras de direito ou de equidade. A limitação, entretanto, está em que o direito aplicável não poderá afrontar a ordem pública, a moral ou os bons costumes, à lei ou a segurança nacional<sup>20</sup>.

O árbitro poderá aplicar subjetivamente os princípios de justiça calcados em critérios de igualdade, moderação e bem comum, ainda que em detrimento do direito objetivo vigente desde que a autorização para se julgar por equidade esteja

---

<sup>19</sup>Denomina-se princípio da autonomia da vontade a medida na qual o direito positivo reconhece aos indivíduos a possibilidade de praticar atos jurídicos, produzindo seus efeitos. Conforme o grau de democracia exercitado, esse poder dos indivíduos sofre maiores ou menores restrições. Quanto mais perfeita a democracia, menores as restrições. O fato é que o princípio da autonomia da vontade existe, é democrático, é tido como expressão da liberdade individual e elevado à condição de princípio fundamental do direito privado. Assim, a vontade individual cria direitos em larga extensão. Entre os atos bilaterais, a autonomia da vontade está presente como 'liberdade de contratar'. A lei não dita, em princípio, restrições na celebração e na eficácia dos contratos. São as partes livres para contratar o que for de seu interesse e conveniência. Exige, só, que haja liberdade absoluta no se obrigar. A obrigação é limite da liberdade. Somente a própria pessoa deve restringi-la. Mas, assumida a obrigação, por ato livre de vontade, há que ser cumprida. '*Pacta sunt servanda*'. Apesar de certas tendências de limitar a manifestação de vontade, apesar de anunciada e esperada a decadência da autonomia da vontade, permanece o princípio, ainda, como regra geral a vigor a norma de que os indivíduos podem criar efeitos jurídicos, mediante atos de vontade. LIMA, Cláudio Vianna de. **A Arbitragem não quer abafar ninguém**. Disponível em: <[http://www.camarbra.com.br/vianna\\_lima3.htm](http://www.camarbra.com.br/vianna_lima3.htm)> Acesso em: 22 de jul. 2001.

<sup>20</sup> Art. 2º - 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. § 2º - Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

acordada entre as partes e gravada de maneira expressa no compromisso arbitral. O princípio da equidade determina que impere na arbitragem mais a razão, vista pela ótica da boa-fé, do que as regras de direito. Ainda que não se desprezem as regras legais, têm-se um abrandamento do rigor da lei face à hipótese verificada no caso concreto.

Na solução eqüitativa de um caso concreto, a eqüidade tem início onde a vontade da lei termina. Nos países que adotam o sistema de *common law*, a eqüidade aparece como suplemento legislativo, deste modo, representando a “consciência da lei”.

Elucida DE PLÁCIDO E SILVA que:

A eqüidade é a que se funda na circunstância especial de cada caso concreto, concernente ao que for justo e razoável. E, certamente, quando a lei se mostrar injusta, o que se poderá admitir, a eqüidade virá corrigir seu rigor, aplicando o princípio que nos vem do Direito Natural, em face da verdade sabida ou da razão absoluta. Objetiva-se, pois, no princípio que modera ou modifica a aplicação da lei, quando se evidencia de excessivo rigor, o que seria injusto.<sup>21</sup>

Contudo, isso não significa que o árbitro seja livre para decidir de forma despropositada, sem fundamentação razoável. O significado da eqüidade reside na confiança das partes atribuída ao árbitro na tarefa de buscar, no caso concreto, a solução que melhor corresponda às concepções morais, sociais, políticas e econômicas predominantes em determinado momento histórico.

#### 4.2 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A Lei da Arbitragem tratou da cláusula compromissória e do compromisso arbitral sob a denominação conjunta de “convenção de arbitragem”. Segundo a sistemática adotada, tanto a cláusula quanto o compromisso arbitral afastam a competência judicial. A cláusula compromissória não pode mais ser qualificada como mero pré-contrato, na medida em que ela não identifica mais uma promessa de celebrar o compromisso, mas sim uma promessa de instituir a arbitragem, tendo o compromisso, também, esta mesma característica, considerando, ainda, que somente com a aceitação do árbitro é que se tem por instaurado o juízo arbitral.

---

<sup>21</sup> PLÁCIDO E SILVA, De. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 180.



Ambas, como espécies de convenção, portanto, produzem o mesmo efeito, qual seja de afastar do juiz estatal a competência para conhecer de um determinado litígio.

No entender de CARLOS ALBERTO CARMONA:

Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.<sup>22</sup>

Qualquer que seja a convenção de arbitragem ela configura um impedimento processual. Se uma das partes, não obstante ter convencionado a utilização da arbitragem, for ao judiciário, tal processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito, entretanto, para que isso ocorra, a outra parte deverá argüir como preliminar, já que tal procedimento de ofício é vedado ao juiz. O silêncio da outra parte é entendido como uma renúncia, abdicação do anteriormente convencionado, circunstância na qual o Judiciário passará a exercer, sem impedimentos, a função jurisdicional.

#### 4.2.1 *Cláusula Compromissória*

As legislações anteriores à Lei da Arbitragem, inclusive o Código Civil e o Código de Processo Civil, não se referiam à cláusula compromissória, restringindo-se a disciplinar apenas o compromisso. A barreira residia em que, se alguém se comprometesse em submeter um futuro litígio à arbitragem e não o fizesse, não havia dispositivo legal expresso que garantisse à parte interessada que o compromisso seria firmado, o que era indispensável à instituição do juízo arbitral.

A doutrina nacional, antes da Lei da Arbitragem, via na cláusula compromissória uma promessa de contratar, isto é, uma convenção celebrada entre os contratantes, na qual estipulavam que as controvérsias que viessem a surgir entre eles referentes a um determinado contrato seriam resolvidas pela via arbitral. Porém, os tribunais não reconheciam valor vinculativo a esse pacto preliminar,

---

<sup>22</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307 de 1996**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 89.

entendendo-o apenas como uma obrigação de fazer que, se descumprida, não comportava cumprimento compulsório, dando ensejo apenas a perdas e danos<sup>23</sup>.

De fato, diante desses obstáculos os possíveis usuários da arbitragem acabavam buscando a tutela estatal, já que, mesmo diante da existência de uma cláusula compromissória, era comum um dos contratantes ignorar a promessa de instituir a arbitragem para resolver a controvérsia, não cabendo a outra parte pleitear qualquer exceção perante o Poder Judiciário. Note-se que o texto do art. 301, IX, do Código de Processo Civil, anterior à Lei da Arbitragem, referia-se apenas ao compromisso arbitral, e não à cláusula, como pressuposto processual negativo a ser alegado pelo interessado com o objetivo de se extinguir o processo sem julgamento de mérito.

O Código de Processo Civil apenas há pouco tempo prevê o cumprimento específico da obrigação de fazer (art. 461, caput<sup>24</sup>). Atualmente, prevendo a Lei da Arbitragem, expressamente, a cláusula compromissória, e como torná-la efetiva, desfaz-se a barreira que existia, viabilizando assim o juízo arbitral.

No direito brasileiro a cláusula compromissória tem definição legal, sendo “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º, Lei nº. 9.307 de 1996). Trata-se de uma obrigação de fazer a litígio futuro, que pode ou não ocorrer, mas, que ocorrendo pode ser mantido na via arbitral ou por acordo espontâneo das partes ou judicialmente, neste último caso se uma delas resistir em cumprir a cláusula compromissória. Sustenta-se, desta forma, a natureza de verdadeiro contrato da cláusula compromissória, sem qualquer caráter preparatório. Nesse sentido, afirma J.E. CARREIRA ALVIM que:

Admitir o caráter de *negócio jurídico* da cláusula compromissória e do compromisso arbitral não infirma a sua natureza de pacto convencional, porquanto, na base de uma ou de outro, está a vontade das partes, que, pela própria estrutura da arbitragem, se move em mais de uma direção, ora impulsionada por uma *causa comum*, imediata, cumprindo uma função processual, ora por causas *opostas*, mediatas, de satisfação do próprio interesse, na busca da realização da pretensão material.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 178.

<sup>24</sup> Art. 461 – Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

<sup>25</sup> ALVIM, J. E. Carreira, op. cit., p. 176.

A disciplina da cláusula compromissória fixada pela Lei da Arbitragem baseia-se em dois pontos principais. O primeiro deles é a sua capacidade para afastar o poder decisório da autoridade judiciária, atribuindo a resolução da controvérsia à jurisdição arbitral. Por força da nova redação do art. 267, VII, do Código de Processo Civil, modificado pela Lei da Arbitragem, o processo judicial extingue-se sem julgamento do mérito na hipótese de haver convenção de arbitragem, a qual inclui tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória<sup>26</sup>. Na legislação anterior, a capacidade de afastar o poder decisório da autoridade judiciária era atribuída somente ao compromisso arbitral, sendo a cláusula apenas uma promessa de futura instituição da convenção de arbitragem.

O segundo ponto é que, uma vez estipulada a cláusula compromissória, a arbitragem é instituída pela formação do compromisso arbitral, assinado pelas partes e aceita a nomeação pelo árbitro. Para tanto, a parte interessada deve convocar a outra parte para firmar o compromisso, porém, na hipótese de resistência o compromisso é formado por sentença judicial, mediante procedimento previsto no art. 7º da Lei nº. 9.307 de 1996.

Assim, se houver resistência de uma das partes quanto à instauração do juízo arbitral, poderá ser necessária a intervenção do Poder Judiciário, através de procedimento ágil e simplificado. A parte interessada pleiteará ao Judiciário a instituição da arbitragem, convocando a parte resistente para, com o auxílio do juiz, estabelecer os elementos faltantes que permitirão a formação do juízo arbitral. Não havendo acordo, o juiz decidirá, concretizando, com sua sentença, a vontade das partes, respeitando, dentro do possível, o que eventualmente tiver sido estipulado na cláusula compromissória.

#### *4.2.2 Compromisso Arbitral*

Ao contrário da cláusula compromissória que se refere a litígios futuros e eventuais, o compromisso arbitral tem como pressuposto a já existência de determinada controvérsia, onde simplesmente as partes acordam em submetê-la ao

---

<sup>26</sup> Art. 3º - As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

juízo de arbitros. Entretanto, esta faculdade concedida pelo legislador reveste-se de caráter obrigatório se já houver uma cláusula compromissória anterior.

O compromisso arbitral, acordado pelas partes, assume perfil de contrato, e, enquanto contrato, o compromisso, para valer e ser eficaz, deve observar os pressupostos de qualquer negócio jurídico em geral e os específicos deste contrato, enumerados na Lei da Arbitragem.

Por definição legal o compromisso é “a convenção pela qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (art. 9º), não se podendo falar em compromisso a não ser em face de um litígio atual e concreto, sendo um dos requisitos de sua validade a delimitação da matéria que será objeto da arbitragem.

As partes são instadas, no compromisso arbitral, a indicar os árbitros ou a entidade que fará a nomeação dos árbitros. Isso significa que enquanto os árbitros não aceitarem o encargo outorgado não se instaura o juízo arbitral<sup>27</sup>, embora o negócio jurídico processual já produza efeitos, entre eles o de afastar a competência do juiz togado para determinada causa.

Podem-se verificar algumas diferenças entre as duas espécies de convenção de arbitragem e algumas semelhanças, estas últimas principalmente, no que se refere às suas finalidades:

- a) Ambos os acordos, cláusula compromissória e compromisso arbitral, são fontes do processo arbitral;
- b) Ao celebrar qualquer destes ajustes ocorrerá o afastamento da competência judicial, com permissão da lei e concorrência da vontade das partes, pela arbitral;
- c) Os pactos diferem porque, enquanto o compromisso se destina a submeter ao juízo de árbitros uma controvérsia já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas que possam surgir de uma relação entre as partes;
- d) Ambas as instituições são convenções, como tais, ambas estão sujeitas às normas de direito privado, que informam a sua constituição;

---

<sup>27</sup> Art. 19, caput – Considera-se instituída a arbitragem quando aceita pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

- e) O compromisso, de imediato, dá origem a um juízo arbitral, a cláusula permanece latente até que nasçam controvérsias suscetíveis a serem submetidas ao conhecimento de árbitros;
- f) Constitui requisito obrigatório do compromisso a nomeação do árbitro;
- g) O compromisso gera uma obrigação pura e simples, de submeter-se à arbitragem, a cláusula dá origem a uma obrigação sujeita a uma condição, de que se produzam no futuro controvérsias suscetíveis de arbitragem entre as partes;
- h) Finalmente, ambas as instituições dão origem a processos arbitrais.

A convenção de arbitragem é expressão da manifestação da vontade das partes interessadas de se socorrerem da arbitragem para a solução dos seus, eventuais ou concretos, litígios. Em outros termos, é uma via alternativa à estatal, regulada pela lei, à disposição das partes para solucionarem suas divergências, em âmbito privado, com a mesma eficácia da realizada pelo Poder Judiciário.

### 4.3 ÁRBITROS

Árbitro é a pessoa física indicada pelas partes para solucionar uma controvérsia que envolva direito disponível. A capacidade exigida para exercer a função de árbitro é aquela prevista no Código Civil, de tal sorte que são excluídos tanto os relativamente como os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente certos atos da vida civil.

As regras a respeito do árbitro, traçadas na Lei da Arbitragem, constituem-se, acima de tudo, em um verdadeiro código de ética, estabelecendo os deveres e obrigações daquele que é nomeado, por vontade dos litigantes, a decidir uma controvérsia.

Cabe ao árbitro atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (artigo 13, § 6º da Lei nº. 9.307 de 1996<sup>28</sup>).

Decidindo com imparcialidade estará o árbitro decidindo de acordo com o que é justo, sem pender para um lado ou para outro, fator este extremamente

---

<sup>28</sup> Art. 13, § 6º - No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

importante considerando que a arbitragem baseia-se na confiança que as partes depositam no árbitro. Imparcialidade significa a qualidade do julgador em manter-se eqüidistante em relação às partes. Não deve ter o árbitro interesse algum no que constitui o objeto da arbitragem, a não ser o interesse em resolver o litígio nos termos da convenção.

A independência significa que o árbitro é livre na direção e prática dos atos referentes ao procedimento da arbitragem, atendo-se apenas ao estipulado pelas partes na convenção de arbitragem.

A competência mencionada no referido artigo não está ali como sinônimo de competência jurisdicional, até porque o âmbito de atuação do árbitro é limitado pela convenção assinada pelas partes, mas se refere ao conhecimento técnico do assunto a ser tratado, à capacidade e aptidão que habilitem o árbitro a resolver a questão.

Diligência indica cuidado, empenho, exatidão, referindo-se ao cuidado que o árbitro deverá ter em sua função, no sentido desta se realizar da melhor forma possível, com interesse pela causa, pela busca de provas, pela busca da verdade, com zelo na decisão. Discrição é a reserva, a prudência que se deve ter de forma a não violar a confiança que as partes lhes depositaram.

Diz a Lei que qualquer pessoa capaz pode ser árbitro, desde que tenha a confiança das partes, entretanto, saliente-se que as relações que se estabelecem entre o árbitro e as partes podem ser tidas como relações de direito público. O que se pode constatar a partir do previsto tanto no art. 17 da Lei da Arbitragem – que equipara o árbitro a funcionário público, podendo ser responsabilizado penal e civilmente quando no exercício de suas funções – quanto do art. 14 da mesma Lei, que submete os árbitros aos mesmos casos de impedimentos ou suspeição previstos aos juízes togados.

Sobre o caráter publicista da relação processual arbitral, J. E. CARREIRA ALVIM entende que:

O poder do árbitro na arbitragem não “provém” somente da vontade das partes, senão também da lei, como expressão da vontade do Estado, o único que pode autorizar o exercício da jurisdição – que é uma função pública – por órgãos-pessoa, na esfera privada, ou órgãos-ente, na esfera estatal. As partes não têm o poder de criar jurisdição e investir dela o árbitro, senão a faculdade de, fundadas na autonomia da vontade, escolherem a arbitragem para a resolução do seu conflito, indicando (ou nomeando) o árbitro. A investidura se dá não apenas por

vontade das partes, mas também por consentimento do Estado, de acordo com as regras por ele ditadas.

Por isso, não é difícil admitir o caráter publicista na relação processual arbitral, visto que apesar de o poder (ou faculdade) das partes se esgotar no ajustarem que sua controvérsia seja dirimida por árbitro, uma vez feita a escolha, a função arbitral mesma é expressão da delegação do Estado, seu único titular.<sup>29</sup>

É na figura do árbitro que reside a confiabilidade e a eficácia da arbitragem como método de resolução de conflitos. Diante disso, parece lógica a escolha do legislador em estabelecer certo caráter público à atividade do árbitro, buscando inculcar maior segurança ao instituto e às próprias partes, que têm a possibilidade de responsabilizar o árbitro pelo mau exercício de sua função.

#### *4.3.1 Responsabilidade Civil e Criminal do Árbitro*

Ao equiparar o árbitro aos funcionários públicos objetivou o legislador fortalecer a confiabilidade oferecida pelo juízo arbitral, de tal sorte a garantir aos usuários deste meio alternativo de solução de controvérsias uma solução isenta de deturpações e desvios.

Prevê o art. 17 da Lei da Arbitragem, que “os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos penais.”

O dispositivo legal sob enfoque reporta-se ao título do Código Penal chamado “Crimes contra a Administração Pública” e busca proteger as partes contra a concussão, a corrupção e prevaricação, condutas típicas mais graves que comprometem a atuação do julgador, a ponto de permitirem a desconstituição da sentença estatal transitada em julgado, pela via rescisória. Mas também, a interpretação extensiva do dispositivo permite concluir que o árbitro pode ser vítima de delitos que só podem ser cometidos contra funcionários públicos, como é o caso de corrupção ativa.

Porém, a redação dada ao dispositivo em questão é em certa medida insatisfatória, pois deixa de lado a questão da responsabilidade civil do árbitro, esta mencionada, de modo sutil, no caput do art. 14<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> ALVIM, J. E. Carreira, op. cit., p. 128-129.

<sup>30</sup> Art. 14, caput – 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

A falta de texto regulando expressamente a responsabilidade civil não cria barreira alguma à sua aplicação, até porque, pela própria natureza do serviço contratado, é preciso fixar certos limites e não seria lógico prescrever apenas responsabilidades criminais à atividade do árbitro.

Se, por exemplo, os árbitros decidem julgar com base na equidade quando tal poder não lhes é outorgado na cláusula ou no compromisso arbitral, se não decidem todo o litígio submetido à arbitragem, ou, se proferem o laudo fora do prazo determinado é de lhes ser imputada responsabilidade pelos prejuízos que trouxerem às partes.

Deve-se, portanto, como dispõe o art. 14, aplicar ao árbitro, no que couber, o disposto na lei processual sobre os deveres e responsabilidades dos juízes. Para quem sustenta que a arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo a função arbitral equivalente a uma função pública, uma vez que a própria Lei da Arbitragem assim optou a fim de imputar maior segurança à realização do procedimento arbitral, não poderia deixar de ver na responsabilidade do árbitro o descumprimento de um *munus publicum*<sup>31</sup>. Uma vez que, embora tenha a função arbitral base em uma convenção, negócio jurídico privado, ela extrai sua força da vontade do Estado, expressa tanto na Constituição como na Lei da Arbitragem.

Independente, porém, de ser considerada privada ou pública a função arbitral, os árbitros recebem, por previsão legal, o mesmo tratamento penal dispensado aos funcionários públicos no exercício de sua função.

#### 4.3.2 Juiz de Fato e de Direito

Os árbitros são juízes de fato e de direito<sup>32</sup>, sendo nomeados ou designados pelas próprias partes para resolver um litígio atual, se indicado no compromisso, ou futuro, se na cláusula compromissória.

No entender de JOÃO ROBERTO DA SILVA:

---

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.

<sup>31</sup> O que procede de autoridade pública ou da lei, e obriga o indivíduo a certos encargos em benefício da coletividade ou da ordem social. MÚNUS. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1.375.

<sup>32</sup> Art. 18 – O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.



Trata-se de um juiz privado, de confiança das partes e por elas escolhido. É um terceiro, estranho ao conflito, a quem se confia a composição da lide. Exerce um múnus público, ao desempenhar uma função semelhante ao juiz togado, sendo considerado por essa razão como funcionário público *sui generis*, no exercício de sua função de julgador vinculado ao Poder Judiciário.<sup>33</sup>

O árbitro, mesmo quando o antigo laudo não tinha força executória própria, sempre foi considerado um juiz privado, este entendido no sentido de pessoa investida do poder de julgar.

O árbitro exerce função semelhante a aquela desempenhada pelo juiz estatal, uma vez que, quando aceita a nomeação formalizada na convenção de arbitragem e firmado o compromisso, instaurando assim o processo arbitral, proporciona com seu julgamento efeito análogo ao alcançado por meio da jurisdição estatal, qual seja uma sentença que decide o litígio, constituindo título executivo.

Acerca da expressão “juiz de fato e de direito”, utilizada pela Lei da Arbitragem, em seu art. 18, CARLOS ALBERTO CARMONA assim comenta:

É possível que o legislador, ao empregar a consagrada expressão “juiz de fato e de direito”, tenha tido em mente a idéia de que em alguns juízos separam-se as decisões de fato e de direito (como ocorre com o julgamento do júri, onde apenas os fatos são submetidos aos jurados, enquanto toca ao juiz togado aplicar o direito), querendo deixar consolidada a idéia de que no juízo arbitral não se fará tal separação; talvez tenha o legislador querido ressaltar que, por conta de sua investidura privada, os árbitros são juizes de fato (privados), mas sua decisão produz a mesma eficácia da decisão estatal (daí serem também juizes de direito); talvez tenha o legislador querido ressaltar que o árbitro lidará tanto com as *questiones facti* quanto com as *questiones iuris*. Seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o intuito da Lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito.<sup>34</sup>

O art. 18 da Lei da Arbitragem é um de seus dispositivos mais polêmicos primeiramente por afirmar literalmente que o árbitro é juiz de fato e também juiz de direito, sendo esta última qualificação extremamente discutida, pois juiz de direito é o juiz natural. Porém, considerando que juiz natural é aquele cujo poder de julgar é concedido não apenas pela Constituição mas também pela lei<sup>35</sup>, pode-se afirmar que

---

<sup>33</sup> SILVA, João Roberto da. **Arbitragem – Aspectos Gerais da Lei nº. 9.307 de 1996**. São Paulo:LED – Editora de Direito, 2001, p.59-60.

<sup>34</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...**, p. 229-230.

<sup>35</sup> A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial. NERY

o juízo arbitral, instituído pelas partes, é competente para proferir sentença em matéria de direitos patrimoniais disponíveis, uma vez que esta atividade é prevista em lei.

Em segundo lugar, por estabelecer que, a sentença proferida pelo árbitro não fica sujeita a recurso ou homologação judicial, simplificando, assim, o procedimento ao definir a irrecorribilidade da decisão referente ao mérito do dissídio. Este último ponto, apesar de previsto no capítulo da Lei da Arbitragem referente aos árbitros, será comentado juntamente com as considerações acerca da sentença arbitral.

#### 4.4 PROCEDIMENTO ARBITRAL

Para que se possa falar em juízo arbitral é necessário que as partes assim tenham convencionado, mediante o estabelecimento de cláusula compromissória ou mediante compromisso arbitral. Porém a instituição da arbitragem somente se efetivará depois de o árbitro aceitar sua nomeação e a convenção for elaborada e estabelecida por todos<sup>36</sup>.

A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção por elas assinada, se nenhuma estipulação tiver sido feita pelas partes caberá ao árbitro estabelecer quais serão as regras a serem observadas durante o julgamento.

O procedimento arbitral possui algumas semelhanças com a justiça comum, assim entendida a jurisdição estatal, entre elas, a necessidade de se argüir, na primeira oportunidade, após a instituição de arbitragem, questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Dispositivo este que se justifica ao se considerar as características do instituto. A celeridade do julgamento é uma das principais características do procedimento arbitral e para bem atendê-la as

---

JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 66-67.

<sup>36</sup> Art. 19 – Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. Parágrafo único – Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

questões prejudiciais devem ser desde logo apreciadas, permitindo a discussão do objeto especificamente definido na convenção.

Do mesmo modo, no que diz respeito à tentativa de conciliação, assim como o juiz estatal procura conciliar as partes em audiência, o árbitro também o fará, respeitando sempre os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Acerca desses princípios informadores do procedimento arbitral, entende J. E. ARRUDA ALVIM que:

O princípio do contraditório é de fundo constitucional, garantindo às partes o direito (ou faculdade) de se manifestarem, reciprocamente, uma sobre as alegações da outra. Em outros termos, impõe a participação, no processo, dos destinatários dos efeitos do ato final, que é a sentença, para dizer e contradizer. [...] O princípio da igualdade das partes tem o objetivo de lhes garantir um tratamento paritário, evitando que uma seja beneficiada em detrimento da outra. [...] O princípio da imparcialidade do árbitro é uma garantia, primeiramente das partes, que desejam um julgamento imparcial, e do Estado, que quer que a arbitragem proporcione a resolução do litígio de acordo com a estipulação das partes, na convenção de arbitragem. [...] O árbitro não deve ter outro interesse no processo, senão o de que o litígio seja resolvido de acordo com as regras ajustadas na convenção de arbitragem. O princípio do livre convencimento do árbitro lhe assegura valorar a prova segundo a sua livre convicção, sem qualquer imposição legal, só encontrando limites na autonomia da vontade das partes, expressa na convenção arbitral, salvo quando a própria lei imponha expressa restrição a determinada prova. Deve, tanto quanto qualquer juiz, ater-se aos fatos sobre que versa a controvérsia e à prova constante dos autos. [...] Neste sentido, dispõe o art. 131, do Código de Processo Civil, que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Convencimento livre, mas fundamentado, consoante exigência constitucional (art. 93, IX, CF).<sup>37</sup>

Da mesma forma, também, que o juiz togado, o árbitro deverá instruir a causa, ou seja, prepará-la para o julgamento, colhendo provas úteis, necessárias e pertinentes para formar o seu convencimento. Assim, pode o árbitro, ainda, colher depoimentos das partes, ouvir testemunhas, determinar a realização de perícias ou outras provas que entender necessárias. Sendo que, em caso de desatendimento de sua solicitação, o árbitro poderá requerer que a autoridade judiciária, originariamente competente para o julgamento da causa, tome medidas coercitivas ou cautelares, que não estão ao alcance do árbitro, imprescindíveis para melhor instruir o processo arbitral.

---

<sup>37</sup> ALVIM, J. E. Carreira, op. cit., p. 137-139.

## 4.5 SENTENÇA ARBITRAL

A sentença arbitral tem mais ou menos os mesmos elementos estruturais que a sentença judicial, sendo a mesma dividida em relatório, fundamentação e decisão<sup>38</sup>, incorporando julgamento com força de coisa julgada material entre as partes exclusivamente e nos termos da convenção de arbitragem.

A sentença arbitral, apesar de provir de um árbitro, considerado um juiz privado, produz os mesmos efeitos da sentença prolatada pelo juiz togado, obriga as partes nos termos exatos em que foi proferida, constituindo título executivo judicial, prescindindo de prévia homologação para que surta efeitos e permita a execução forçada.

### 4.5.1 O Artigo 18 da Lei da Arbitragem

Prevê o art. 18 que a sentença proferida pelo árbitro não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Desta forma, com a Lei da Arbitragem retirou-se a exigência anterior, que insistia em fazer com que o laudo arbitral se submetesse à avaliação judicial, conferindo-lhe eficácia e executoriedade.

Ao vedar a homologação ou o recurso ao Poder Judiciário, o legislador simplificou o procedimento impondo a instância única para a solução material da controvérsia, assegurando maior celeridade em relação à jurisdição estatal, uma vez que esta oferece às partes uma complexa estrutura recursal, que, na maioria das vezes, procrastina por vários anos a solução definitiva do litígio.

Assim, a necessidade de homologação do laudo destruía as vantagens da arbitragem sobre a jurisdição estatal. O custo do processo aumentava com as despesas do processo homologatório judicial. A celeridade esperada com a escolha do instituto ficava comprometida, pois a sentença de homologação prolatada pelo juiz togado ficaria sujeita a recurso de apelação, que, por sua vez, poderia ser objeto

---

<sup>38</sup> Art. 26 – São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I – o relatório que conterà os nomes das partes e o resumo do litígio; II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhe forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; IV – a data e o lugar em que foi proferida.

de recurso especial e/ou recurso extraordinário, afetando tanto a celeridade quanto o sigilo do processo arbitral.

Porém, o fato de a Lei da Arbitragem não permitir recurso de sua sentença não quer dizer que ela esteja completamente fora de qualquer controle pelo poder público. A função do árbitro ao proferir a sua decisão não é absolutamente discricionária. Apesar de ter sido suprimida a homologação da sentença e a possibilidade de recurso, a decisão fica sujeita a eventual demanda de nulidade, conforme dispõem os arts. 32 e 33 da Lei da Arbitragem, que enumera diversas hipóteses capazes de levar à desconstituição da sentença arbitral pelo Poder Judiciário.

A irrecorribilidade e a dispensa de homologação da sentença arbitral não suprimem a discussão da decisão do árbitro, uma vez que a parte pode vir a juízo arguir em ação anulatória ou embargos do devedor todas as questões relativas à validade e eficácia da convenção de arbitragem e da sentença arbitral. Mantém-se, com isso, o controle judicial do litígio, sem que uma das partes se utilize do processo judicial para adiar a execução da decisão.

#### 4.6 SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

A Lei da Arbitragem reconhece a eficácia de sentenças arbitrais estrangeiras, quais sejam aquelas proferidas fora do território nacional. Porém, para que possa produzir efeitos é necessário que a sentença estrangeira seja submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal.

A homologação da sentença estrangeira deve ser requerida pela parte interessada, devendo tal requerimento preencher certos requisitos previstos na Lei, como: a petição inicial conter os requisitos processuais do art. 282 do Código de Processo Civil; ser apresentada a via original da sentença estrangeira, assim como a convenção de arbitragem, ambas acompanhadas de tradução oficial. Sendo previsto expressamente na Lei da Arbitragem as hipóteses em que a oficialização da sentença deva ser negada pelo Supremo Tribunal Federal.

Discussão houve acerca de se exigir ou não da sentença arbitral estrangeira, como requisito ao seu reconhecimento no Brasil, a sua prévia homologação no país de origem. Com relação a essa questão, entende o Supremo Tribunal Federal que:

Essa completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à sentença judicial já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Mas a Lei da Arbitragem, coerente, o deixou expresso, ao prescrever, no art. 35, que 'para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal'. E sendo válida a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária, a fortiori, nada impede a outorga da qualificação de sentença ao laudo arbitral estrangeiro, de modo a admitir a sua homologabilidade pelo Supremo Tribunal, para que, no foro, ganhe a eficácia própria das decisões judiciais.<sup>39</sup>

Percebe-se que tal questionamento é resolvido com a simples leitura do texto da Lei, uma vez que esta especifica as exigências que a sentença arbitral deve apresentar para que possa receber o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça (conforme Emenda Constitucional nº 45/2004), sendo que dentre elas não está a homologação no país de origem. Uma vez que internamente a sentença arbitral prescinde de homologação, tendo a mesma eficácia que a sentença estatal, insensato seria exigir tal requisito para o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de agravo regimental e homologação da sentença estrangeira; constitucionalidade da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº. 5.206-7 Reino da Espanha. MBV Commercial and Export Management Establishment e Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 12 dez. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, Distrito Federal, ementário nº. 2149-6, 30 de abril de 2004. p. 967.

## 5 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA ARBITRAGEM

A promulgação da Lei nº. 9.307 de 1996, com suas inovações, alterou significativamente a utilização do instituto da Arbitragem no Brasil, alterações estas que incutiram segurança, independência, efetividade e principalmente eficácia à arbitragem. Com a introdução de dispositivos como o do art. 18 da Lei, que concedeu ao árbitro a função de juiz de fato e de direito e dispensou a homologação de sua sentença pelo Poder Judiciário, tornando-a ainda irrecorrível, e, do art. 6º, parágrafo único e do art. 7º que regulam a efetivação da cláusula compromissória, antes inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro, reacendeu-se a antiga discussão quanto à constitucionalidade desse instituto.

Como já dito anteriormente o instituto da arbitragem esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição do país. Porém, a discussão acerca desse tema tornou-se maior quando da previsão, na Carta de 1946, do dispositivo que garantia o livre acesso ao Judiciário, proibindo ao legislador excluir da apreciação daquele qualquer lesão ou ameaça a direito. A dúvida que se surgiu a partir de então foi se o Estado, ao dispor daquela forma, estava prevendo a existência de um monopólio estatal da prestação jurisdicional, afastando-se, assim, qualquer meio alternativo de resolução de controvérsias, no caso a arbitragem.

Os defensores da inconstitucionalidade do instituto da arbitragem afirmam que a Lei nº. 9.307 de 1996 é eivada de vícios e que, com o objetivo de conceder eficácia e independência ao instituto, acabou por afrontar diversos dispositivos e princípios constitucionais. De acordo com esse entendimento, a Lei da Arbitragem estaria em desacordo com princípios previstos na Constituição Federal de 1988 como o do devido processo legal<sup>40</sup>, o da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição<sup>41</sup>, o do juiz natural<sup>42</sup> e, ainda, o da inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>43</sup>.

Porém, apesar de diversos os fundamentos contra a constitucionalidade da Lei da Arbitragem apenas um deles é realmente relevante, qual seja, a afirmação de

---

<sup>40</sup> Art. 5º, LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>41</sup> Art. 5º, LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>42</sup> Art. 5º, LIII – Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

que os dispositivos que regulam a efetivação da cláusula compromissória afronta o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao conceder à cláusula compromissória efeito de verdadeiro contrato, este passível de cumprimento compulsório, obrigando, através de sentença judicial, a parte resistente a submeter a apreciação do litígio à arbitragem. Este sim, é o verdadeiro ponto a ser estudado e que levou o Supremo Tribunal Federal a analisar, na oportunidade, a constitucionalidade da recém promulgada Lei nº. 9.307 de 1996.

Embora não haja dúvidas quanto ao cumprimento e adequação da Lei da Arbitragem aos demais princípios anteriormente mencionados, far-se-á uma breve menção a cada um deles, bem como sua relação ou não com o instituto da arbitragem, para posteriormente expor a discussão e fundamentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal acerca da Lei nº. 9.307 de 1996 e sua constitucionalidade.

Primeiramente, então, tratar-se-á da garantia do devido processo legal, que é considerado princípio fundamental de todo direito processual, a base sobre a qual todos os outros princípios processuais se amparam. Ele resguarda a possibilidade efetiva do acesso à justiça, observando-se a igualdade das partes, o direito de defesa, o contraditório.

Pode-se encontrar a origem da garantia do devido processo legal na jurisprudência anglo-saxônica, no exame das questões referentes aos limites do poder governamental, sendo considerado um autêntico sistema de limitações ao poder. Daí decorre a imperatividade de o legislador produzir leis que satisfaçam o interesse público e não permeiem direitos individuais.

Como assinala NELSON NERY JUNIOR:

No direito processual americano, a cláusula (procedural due process) significa o dever de propiciar ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Art. 5º, XXXV – A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>44</sup> NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 40.



Verifica-se, a partir da enumeração acima, por certo não taxativa, dos elementos que devem compor o processo, que a arbitragem não afasta tais elementos essenciais, pelo contrário, prevê expressamente no texto da Lei as garantias de um ´devido processo legal` quando afirma que o árbitro deve, em todo o procedimento arbitral, observar os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento.

A arbitragem, mesmo que, com a redação dada pela nova Lei, exerça, em sentido amplo, uma função pública, ao dizer o direito no caso concreto, tem origem em um ato de vontade das partes, que livremente contratam submeter-se a um método alternativo ao Judiciário. No direito privado prevalece o princípio da autonomia da vontade, com a conseqüente liberdade de contratar, desde que objetos passíveis de disposição. Por esse princípio, as partes podem praticar quaisquer atos, mesmo não previstos em lei, desde que não atentem contra a ordem pública ou contra os bons costumes.

O princípio do devido processo legal não é apenas respeitado quando são observados os dispositivos constantes no Código de Processo Civil, mas também quando são considerados os direitos dos indivíduos em sua plenitude dentro dos limites impostos pela lei. A arbitragem não restringe direito individual algum, e sim regulamenta uma nova forma de resolução de conflitos, baseada na disposição das partes em se submeterem ao procedimento arbitral e às regras previamente determinadas, observando, dentro dos limites impostos na Lei da Arbitragem, o devido processo legal, pois este, como garantia fundamental, assegurada pela Constituição Federal, se manifesta em todos os campos do direito.

Na realidade, o devido processo legal poderia ser considerado, como observa JOSÉ CRETELLA NETO, um megaprincípio, “pois permeia e coordena toda a complexa função jurisdicional do Estado”<sup>45</sup>, o que o permitiria abranger todas as demais garantias constitucionais como a do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e demais tutelas necessárias a oferecer aos litigantes o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Com relação aos outros princípios, mais específicos, entende-se que, se a garantia do devido processo legal, em sentido amplo, é atendida pela Lei da

---

<sup>45</sup> CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

Arbitragem, facilmente poderá ser comprovada sua presença dentro do procedimento arbitral.

A ampla defesa visa assegurar o cumprimento do tratamento igualitário das partes, permitindo assim a igualdade de oportunidades de participação em todas as fases do procedimento, sendo as partes regularmente notificadas da existência do processo – o que na arbitragem é imprescindível, uma vez que esta não se constitui sem que as partes firmem o compromisso arbitral – bem como, sejam ainda comunicadas de todos os demais atos subsequentes, durante o desenvolvimento do processo, fato este indispensável para a defesa dos direitos que estão sendo discutidos.

A Lei da Arbitragem, ao prever, como imperativo, a observância do princípio do contraditório no procedimento arbitral, podendo a parte, inclusive, quando da sua não observância promover ação de anulação da sentença arbitral, garante também a ampla defesa das partes, que poderão produzir todos os tipos de provas, em direito admitidas, estar acompanhadas de seu advogado – sendo esta uma faculdade, como também o é nos juizados especiais, o que não implica cerceamento de defesa das partes.

Disso se infere que mesmo o procedimento arbitral priorizando a simplificação dos ritos, visando, nesse sentido, alcançar as vantagens que justamente definem o instituto como a celeridade, informalidade e praticidade, ele estará sempre subordinado a premissas mínimas que devem orientar todo o procedimento, sem que isso signifique o sacrifício de qualquer direito das partes. A arbitragem, mesmo não tendo formas predeterminadas de procedimento, deverá sempre no cumprimento dos atos do processo observar o tratamento igualitário das partes, tanto na demonstração dos fatos quanto na defesa de seus interesses.

Porém, tal observância não ocorre com o princípio do duplo grau de jurisdição. Este não foi previsto pela Lei da Arbitragem, pelo contrário, objetivando vencer os empecilhos que por muito tempo impediram a arbitragem de se fixar como método capaz e eficaz de solução de litígios, o legislador expressamente proibiu o duplo grau de jurisdição referente ao reexame do mérito da sentença arbitral ao dispensar a homologação da decisão pelo Poder Judiciário e prever a não sujeição de tal decisão a recurso.

O princípio do duplo grau de jurisdição significa que deve haver a possibilidade de a decisão ser reexaminada por um colegiado de juízes. Alguns

autores como JOSÉ CRETELLA NETO afirmam que este princípio é constitucionalmente previsto, e que isso pode ser facilmente deduzido da interpretação do art. 5º, LV, da Constituição Federal, ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e *recursos* a ela inerentes” [grifo nosso], e dos arts. 92, 93, 102, 105 e 108, todos da Constituição Federal, que tratam da organização judiciária. Nesse sentido justifica:

Cumpra ser notado, ainda, que o princípio do duplo grau de jurisdição não é enunciado, de modo explícito, no texto constitucional. Contudo, o exame dos artigos destacados no início deste capítulo, permite concluir, logicamente, que o princípio veio a ser indubitavelmente agasalhado por nossa Constituição, já que a Organização Judiciária nela prevista cria (ou mantém) órgãos de decisão de grau mais elevado, genericamente designados como “tribunais”, ou “órgãos de instância superior”. Alicerça-se esse princípio na possibilidade de que, na instância inferior, possa ter havido decisão errada, contraditória, omissa, obscura ou injusta, contrária às provas ou ao próprio Direito.<sup>46</sup>

O argumento do referido autor se funda na necessidade de se prevenir as más decisões, decorrentes da precipitação dos julgamentos e dos erros a que estão sujeitos todos os homens, causados, na maioria das vezes, em virtude do acúmulo de processos que esperam a apreciação pelo Poder Judiciário.

A explicação, porém, não é suficiente para justificar tal posição e considerar como constitucional e, conseqüentemente, obrigatório o duplo grau de jurisdição. Uma vez que, os erros podem ser cometidos em todas as instâncias, já que não serão seres sobrenaturais que julgarão as causas nos tribunais, e sim homens, juízes, que possuem a mesma formação jurídica dos que atuam nas primeiras instâncias.

Ainda, deve-se considerar que ao se priorizar a perfeição nem sempre se alcança a solução real para a questão, os julgamentos não devem se ater apenas a formalidades, deve-se atuar de forma a prestigiar a celeridade e mobilidade do processo, evitando-se a perpetuação de demandas que prejudica a solução final da questão. Há nos recursos uma finalidade eminentemente política, visando resguardar as liberdades individuais contra o arbítrio de certos julgadores, mas não é, necessariamente, o reexame da questão que atesta a veracidade da decisão proferida.

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 85.

Pela análise da Lei da Arbitragem percebe-se que o direito recursal das partes não é violado. O que realmente não é previsto pela Lei é o duplo grau de jurisdição com relação ao mérito da sentença arbitral. Porém, a Lei prevê o controle judicial da função arbitral através de ação própria de anulação da sentença arbitral, ou ainda a possibilidade de ser argüida a nulidade mediante ação de embargos do devedor, bem como de a parte propor embargos de declaração, nos casos de erro material, obscuridade, dúvida ou contradição da sentença.

De fato o princípio do duplo grau de jurisdição não está previsto no texto constitucional, apenas pode ser deduzido da estrutura constitucionalmente concedida ao Poder Judiciário, sendo expressamente previsto em legislação processual ordinária (arts. 475 e 515 do Código de Processo Civil). Desta forma não pode ser utilizada interpretação extensiva da norma constitucional em nome de um princípio que não é expressamente assegurado por aquela, a fim de limitar direitos fundamentais, estes sim assegurados pela Constituição, como o da liberdade, em sentido amplo, e, especificamente, o direito que tem o indivíduo de livremente contratar e dispor de direitos seus e que não são definidos pela lei como indisponíveis.

Ao ser instituída a arbitragem, pela vontade das partes, afasta-se a competência estatal para julgar o mérito da questão submetida à apreciação pelo árbitro. A decisão que este proferir, porém, terá os mesmos efeitos daquela proferida pelo Poder Judiciário, visto que ao árbitro foi conferido status de juiz de fato e de direito, o que provocou a discussão acerca dessa disposição frente o princípio do juiz natural.

O princípio do juiz natural tem grande importância na garantia do Estado de Direito, visando manter a imparcialidade do juiz na atividade jurisdicional e impedir o abuso de poder, principalmente das autoridades governamentais, estando esta última finalidade, também, intimamente ligada com o princípio constitucional da não criação de juízo ou tribunal de exceção<sup>47</sup>.

Porém, não se pode confundir juízo de exceção com prerrogativa de foro, ou mesmo com os juízos especiais, estes permitidos pela Constituição, que não violam

---

<sup>47</sup> Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a existência prévia do tribunal. Diz-se que o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado *ex post facto*, para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado

o princípio do juiz natural, pois são anteriormente previstos, de forma geral e abstratamente, para julgar matéria específica regulada em lei ordinária.

Da mesma forma, aqueles juízos instituídos por convenção das partes interessadas, respeitando o princípio da autonomia da vontade, dentro dos limites fixados pela lei, tratando de objetos disponíveis, não ofendem o princípio do juiz natural. Isso porque, se as partes podem transacionar sobre a matéria que seria submetida à apreciação pelo Poder Judiciário podem também convencionar como será resolvida determinada questão.

Dispõe o dispositivo constitucional que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, CF). A Constituição não limita a idéia de que o juiz natural é aquele investido nos quadros do Poder Judiciário, e sim aquele competente para conhecer determinada matéria, sendo esta delimitada e distribuída não só pela Constituição como por lei infraconstitucional.

A Lei da Arbitragem define a matéria passível de ser submetida à apreciação de um árbitro, e a convenção de arbitragem, firmada pelas partes, determina as regras de direito a serem observadas no procedimento arbitral, assim como a escolha do árbitro que conduzirá o processo. Ao aceitar a nomeação o árbitro será, portanto, “a autoridade competente” para julgar o caso concreto nos limites do pactuado pelas partes. À luz do regime previsto na nova Lei constata-se o caráter jurisdicional da atividade do árbitro, ou seja, de aplicar o direito ao caso concreto. Nesse sentido afirma RICARDO RODRIGUES GAMA:

Com relação à arbitragem é importante ressaltar que o legislador não criou órgão administrativo simplesmente, mas órgão investido da jurisdição. Ao atribuir ao árbitro a condição de juiz de fato e de direito e à sua decisão a natureza de sentença (dispensada a homologação pelo Judiciário), longe de enfileirá-lo como magistrado, o legislador estendeu a ele o exercício da atividade jurisdicional. Não se pode presumir que a jurisdição seja somente exercida pelo Poder Judiciário, isso porque a própria Constituição traz exceções e não impõe que somente esse Poder exerça essa função. Nos casos de responsabilidade, por exemplo, o Presidente da República é julgado pelo Senado Federal. Nos crimes dolosos contra a vida o Tribunal do Júri promove o julgamento. Na esfera infraconstitucional, os Juizados Especiais contam com conciliadores e juízes leigos.<sup>48</sup>

O que a Constituição faz não é limitar e sim distribuir a competência jurisdicional, vale lembrar que é o Estado que detém a jurisdição, sendo esta

---

previamente. Enquanto o juiz natural é aquele previsto abstratamente, o juízo de exceção é aquele designado para atuar no caso concreto ou individual. NERY JUNIOR, Nelson, op.cit., p. 67.

entendida como o poder de dizer o direito, de forma imperativa e vinculante, no caso concreto, e, este poder, originário do Estado, é *delegado* por este ao Poder Judiciário.

Desta forma pode-se concluir que, além do Judiciário, outros órgãos podem exercer o poder jurisdicional, desde que este, expressamente, tenha sido delegado pelo Estado, como este o fez quando da promulgação da Lei da Arbitragem. Permitindo-se que as partes escolham a arbitragem como via alternativa ao Judiciário, concedendo legitimidade e eficácia ao instituto, conferindo à sua decisão os mesmos efeitos da emanada do Poder Judiciário, caso as partes tivessem escolhido submeterem seu direito à apreciação deste.

Visto que, a arbitragem não ofende o princípio do juiz natural, resta ainda analisar o instituto frente a garantia constitucional, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Para que este dispositivo seja interpretado corretamente, devem-se considerar as razões históricas de sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, assinala JOSÉ CRETELLA NETO que:

É preciso, antes, que se compreenda o motivo político da inclusão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional na Constituição de 1988. Já em 1946, o constituinte decidira repelir o comando da Carta anterior, ditatorial, de 1937, que autorizava a promulgação de leis que excluíssem da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a lesão a direito, princípio esse dirigido exclusivamente ao legislador. A partir de 1964, o autoritarismo voltou a caracterizar o regime político brasileiro, consolidando-se politicamente nas Cartas de 1967 e de 1969. [...] O Ato Institucional nº 5 dispunha: “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” (art.11). [...] Tanto o AI5 e a EC 1/69, bem como os demais atos institucionais, adicionais e complementares promulgados eram flagrantemente inconstitucionais, porque elaborados por legisladores que não tinham legitimidade para fazê-lo, como o Presidente da República escolhido dentre os quadros das Forças Armadas, e o Comando da Revolução.<sup>49</sup>

A Constituição de 1988, visando extirpar qualquer possibilidade de abuso do poder por autoridade pública e evitar a série de arbitrariedades cometidas nos períodos ditatoriais, estabeleceu aos indivíduos garantias que efetivamente resguardem seus direitos fundamentais. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dirige-se ao legislador, e isto se infere da interpretação do dispositivo

---

<sup>48</sup> GAMA, Ricardo Rodrigues, op.cit., p. 202.

constitucional que prevê que a *lei* não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Nesse sentido MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO assinala que:

O aludido princípio constitucional não teve o intuito de se referir à arbitragem ou a qualquer outro meio de composição extrajudicial, mas sim, o de se declarar o repúdio da sociedade a abusos cometidos durante a ditadura varguista. O dispositivo em questão teve por finalidade acabar com comissões e conselhos extraconstitucionais, responsáveis por inquéritos policiais e parlamentares, que eram levados de forma sumária, excluindo o reexame da questão pelo Poder Judiciário, sem a observação de princípios constitucionais como o do contraditório e da tutela jurisdicional.<sup>50</sup>

O jurisdicionado tem direito de obter do Judiciário a tutela adequada de seu direito, a lei infraconstitucional não pode impedir a concessão de tal tutela, caso contrário ela ofenderá a garantia constitucional. O fato de as partes constituírem a convenção de arbitragem, afastando a competência do Estado para a apreciação do mérito do litígio, não significa ofensa ao princípio constitucional. Isso porque somente direitos disponíveis podem ser submetidos à arbitragem, as partes ao convencionarem estão abrindo mão de um direito, seu, disponível.

O que a Constituição proíbe é a exclusão da apreciação do Poder Judiciário pela lei, o que não é o caso da arbitragem, pois a Lei nº. 9.307 de 1996 em nenhum momento estabelece a arbitragem obrigatória, esta é sempre uma faculdade, é somente a partir de um ato de vontade e disposição das partes que ela é instituída. Às partes é permitida tal disposição pela Constituição Federal, e, não poderia ser diferente, pois se o contrato entre particulares é a causa principal geradora de direitos e obrigações na ordem jurídica privada, também pode ser utilizado para resolver ou extinguir direitos.

O Estado permite, quando estiverem sendo discutidos direitos disponíveis, que os interessados solucionem a questão através da transação. O juízo arbitral limita-se a discutir exatamente a mesma matéria autorizada às partes transacionarem. Assim, não se justifica que estes mesmos interessados não possam escolher uma via alternativa ao Judiciário para a solução do conflito, pois a solução

---

<sup>49</sup> CRETELLA NETO, José, op.cit., p. 38-39.

<sup>50</sup> VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2731>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

pela via arbitral de pendências de caráter patrimonial e transigível não representa qualquer violação da norma constitucional.

Em favor da constitucionalidade da Lei da Arbitragem, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA argumenta:

Tenho não justificar-se, contudo, esse temor, mais que inquietação, na medida em que o modelo de arbitragem adotado pela Lei nº. 9.307 de 1996 dele não exclui o Judiciário. E isso por múltiplas razões. A uma, porque a nova lei é explícita (art. 33) em assegurar aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório do sistema anterior. A duas, pela igual possibilidade de argüir-se nulidade em embargos à execução (art. 33, § 3º, c/c art. 741, CPC). A três, porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarando na nova redação dada (pelo art. 41) ao inciso III do art. 584 do CPC. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a *coertio* e a *executio*. A quatro, porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35), a sentença arbitral estrangeira se sujeitará à homologação do Supremo Tribunal Federal. A cinco, porque do Judiciário é o controle sobrevivendo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento. A seis, porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (art. 7º).<sup>51</sup>

Constata-se, desta forma, que a Lei da Arbitragem não impede o acesso ao Poder Judiciário, primeiro porque expressamente dispõe que a instituição da arbitragem é facultada às pessoas capazes de contratar, depois, porque o compromisso arbitral estabelece as regras e a forma de uma `transação`, na qual as partes irão confiar ao árbitro a solução do litígio. O acesso ao Poder Judiciário está sempre aberto quando houver vício no compromisso, no procedimento ou na sentença arbitral, podendo ser declarada a nulidade desta.

Quando as partes submetem seus direitos disponíveis à apreciação e julgamento pela via arbitral nada mais fazem do que eleger um juízo de consenso, admitido e disciplinado em lei pelo Estado, como é disciplinado o processo judicial no Código de Processo Civil. Tanto a via arbitral como a judicial recebem do Estado força impositiva da sua decisão que nelas aplica sua autoridade, característica de sua soberania.



## 5.1 A DISCUSSÃO DA MATÉRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante do novo diploma que passou a regular a arbitragem no Brasil e de suas significativas alterações, mostrou-se imperioso um posicionamento jurídico a fim de sanar as dúvidas quanto à legitimidade do instituto frente à Constituição Federal. A questão acerca da constitucionalidade da Lei nº. 9.307 de 1996 foi levantada e analisada pelo Supremo Tribunal Federal quando se discutia em agravo regimental o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, do qual foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

Os dispositivos da Lei da Arbitragem analisados foram os referentes a efetivação da cláusula compromissória (arts. 6º, § único, e 7º e parágrafos, conseqüentemente os arts. 41 e 42), a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos da sentença arbitral, estes equiparados à decisão judicial (art. 31).

A divergência, no entanto, se deu em torno da questão do cumprimento compulsório da cláusula compromissória, pois em relação aos outros dispositivos, relativos a não sujeição à homologação judicial ou à recurso, o entendimento pela sua constitucionalidade foi unânime. Uma vez que da disponibilidade do objeto do conflito, da possibilidade de transação ou renúncia do direito, surge a legitimidade do acordo que nomeia árbitros para solucionar a controvérsia.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE em voto que deferia o agravo regimental para o reconhecimento da sentença estrangeira, anterior à suspensão do processo para ser analisada a constitucionalidade dos dispositivos da Lei da Arbitragem, já afirmava que “da licitude da transação sobre os direitos materiais objeto da lide, surge, sem violência à Constituição, a legitimidade da renúncia, em relação a eles, do direito de ação, que embora autônomo, tem caráter instrumental”<sup>52</sup>.

Isso porque, como anteriormente já mencionado, o que a Constituição não permite é a lei vedar o acesso ao Judiciário de um litígio em que as partes não tenham acordado submeter-se a arbitragem forçando-as a utilizar a via alternativa. Porém, o compromisso arbitral, funda-se no consentimento dos interessados, tendo por objeto apenas a solução de conflitos a respeito de direitos patrimoniais

---

<sup>51</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro**. Revista dos Tribunais, v. 735, p. 46-47.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 969.

disponíveis, sobre os quais as partes podem livremente transigir, não sendo estipulada arbitragem obrigatória pela Lei, e sim sempre facultativa. Desta forma, não se pode opor à arbitragem, já instituída, por compromisso arbitral, a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.

A proibição de exclusão, assegurada pelo art. 5º, inciso XXXV, é dirigida à lei e não às partes. A Lei da Arbitragem não obriga ninguém a submeter-se ao procedimento arbitral, portanto, não exclui da apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas faculta às partes disporem de direitos que o próprio ordenamento jurídico brasileiro permite transigir. O direito de ação não é, assim, dever de ação judicial. Note-se que, se a pretensão material é disponível igualmente o será a ação para sua afirmação jurisdicional.

Em seu voto o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE afirma:

A sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial, optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação<sup>53</sup>.

Constata-se que o livre consentimento das partes, em acordarem a submissão de determinado litígio à arbitragem, é o fundamento para a sua legitimidade frente à Constituição Federal. Este pressuposto de constitucionalidade do juízo arbitral, de acordo com o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, somente é atendido pelo compromisso e não pela cláusula compromissória, uma vez que, esta é genérica, e objetiva resolver número não definido de controvérsias. O que leva a conclusão pelo referido Ministro que os dispositivos que regulam a efetivação da cláusula compromissória são inconstitucionais. Pois, segundo ele, a possibilidade de conversão, por sentença judiciária, da cláusula arbitral em compromisso significa verdadeira substituição da vontade da parte pela sentença judicial. O compromisso arbitral só não transgride o dispositivo constitucional porque são as próprias partes interessadas que consentem em renunciar a via judicial optando pela arbitral.

Para SEPÚLVEDA PERTENCE, a constitucionalidade do juízo arbitral está intimamente ligada à possibilidade de renúncia do exercício do direito de ação referente a um direito patrimonial disponível. Porém a renúncia ao exercício do

---

<sup>53</sup> Ibid., p. 998.

direito de ação não existe em abstrato, só pode ser aferida diante de um caso concreto, pois tem por pressuposto a disponibilidade do direito questionado, que será objeto da lide submetida a árbitros. A manifestação de vontade das partes não pode anteceder à atualidade da controvérsia, pois somente do surgimento do conflito é que se conhecerá a natureza do direito. Nesse sentido manifesta-se que:

Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente – dada a indeterminação do seu objeto – e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, que, só ela, lhe pode emprestar legitimidade constitucional: entendo nesse sentido a lição de Pontes (ob. cit., XV/224) de que fere o princípio constitucional invocado – hoje, art. 5º, XXXV, da Constituição – atribuir, ao compromisso que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes, eficácia fora do que é a vontade dos figurantes em se submeterem<sup>54</sup>.

Não obstante, porém, considerar inconstitucionais o parágrafo único do art. 6º, e, todo o art. 7º e, conseqüentemente, os que deles derivam (arts. 41 e 42), o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE afirma que a instituição válida da arbitragem, assim entendida aquela instituída mediante compromisso arbitral, “não oferece maiores problemas a indagação da validade das outras inovações relevantes que a Lei nº. 9.307 de 1996 impôs à disciplina do velho juiz arbitral”<sup>55</sup>. Não havendo dúvidas que os arts. 18 e 31 da Lei mesmo rompendo com uma longa tradição da legislação brasileira, dando nova roupagem ao instituto, tornando-o independente e mais eficaz, não afrontam dispositivos constitucionais. Assim se manifestando a respeito:

Uma vez fundada a validade do juízo arbitral na disponibilidade da pretensão material questionada e no consenso das partes ao subtrair a decisão da lide ao Poder Judiciário, renunciando quanto a ela ao exercício do direito de ação, nenhum princípio impõe nem que a exeqüibilidade da sentença arbitral se condicione à homologação judicial prévia, nem que seja ela suscetível de recurso.

Mas a lei nova não subtrai do controle judiciário a controvérsia que a respeito surja entre as partes nem a conseqüente arguição de nulidade da sentença arbitral: apenas se dá que a verificação da invalidade, cominada expressamente nas hipóteses do art. 32, ao invés de ser objeto do juízo de homologação prévia, haverá de ser demandada em procedimento ordinário (art. 33, § 3º) ou, havendo execução de sentença arbitral, mediante embargos do devedor, “conforme o art.

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 1.007.

<sup>55</sup> Ibid., p. 1.008.

741 do C. Pr. Civil” (art. 33, § 3º), ou seja, nos mesmos termos prescritos para os embargos à execução fundada em sentença judicial<sup>56</sup>.

Esse último entendimento, como já mencionado anteriormente, foi unânime, ou seja, sobre a constitucionalidade do instituto da arbitragem em si não pairam dúvidas. A única questão que é de constitucionalidade discutível é a referente à efetivação da cláusula compromissória.

A esse respeito, o Ministro NELSON JOBIM instaurou a divergência afirmando que a disposição não afronta o acesso ao Poder Judiciário, mas visa assegurar a execução específica da obrigação, livremente pactuada, de instituir o juízo arbitral, com a produção, na sentença, do compromisso arbitral. A Constituição não proíbe que as partes contratem formas alternativas ao Judiciário para a solução de seus conflitos, atuais ou futuros. Nesse sentido afirma:

Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis. Há renúncia relativa à jurisdição. Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula<sup>57</sup>.

Observe-se, porém, que a lei só admite a solução pela via arbitral de litígios futuros quando estes decorrerem de relação contratual específica. Não se admite cláusula compromissória absoluta, ou seja, não poderão as partes dispor que todas as controvérsias tidas entre elas, independentemente de se referirem a um determinado contrato, serão resolvidas pela via arbitral, pois, isso sim significaria renúncia absoluta do direito do exercício da ação perante o Poder Judiciário.

A respeito da renúncia do direito de ação, afirma ILMAR GALVÃO que “a renúncia que a inserção de tal cláusula poderá implicar, ao direito público de ação, quanto às lides suscetíveis de eclosão no âmbito restrito de contrato determinado, não pode ser tachada de genérica, visto que insuscetível de alcançar atos ou fatos diversos”<sup>58</sup>.

A cláusula compromissória deverá sempre estar vinculada a um contrato específico, e, os direitos objetos do compromisso arbitral deverão ser disponíveis. A

---

<sup>56</sup> Ibid., p. 1.010-1.011.

<sup>57</sup> Ibid., p. 1.063-1.064.

<sup>58</sup> Ibid., p. 1.132.

arbitragem não se instituirá se os direitos forem indisponíveis, mesmo que estes decorram do contrato a que a cláusula compromissória esteja inserida.

Porém, não é correto afirmar que a determinação judicial pelo cumprimento da cláusula compromissória acarreta em substituição da vontade de uma das partes pela vontade do juiz expressa na sentença judicial. Para que a cláusula seja efetivamente cumprida deverá haver conflito decorrente de contrato específico, o qual ambas as partes por sua vontade firmaram, o autor da ação deverá ainda indicar com precisão o objeto do litígio a que quer submeter à arbitragem, para que também seja verificada a sua natureza, se disponível o direito.

O juiz estatal, ao examinar o pedido de cumprimento da cláusula, estará analisando pedido para a instituição da arbitragem relativa a controvérsia que já ocorreu, porque a arbitragem só poderá ser instituída a partir da ocorrência do litígio e da assinatura do compromisso arbitral, que exige a delimitação do objeto da arbitragem.

Diante disso, percebe-se que o juiz estatal não cria, ou define o objeto do litígio, mas simplesmente se manifesta acerca da aplicabilidade ou não da cláusula compromissória. Se os direitos forem disponíveis e estiverem adstritos ao contrato a que a cláusula está inserida o juiz, em sua sentença, afirmará a competência do juízo arbitral para decidir a questão. O juiz apenas delimitará os elementos do compromisso arbitral, dentro dos limites definidos na cláusula e no pedido do autor, se, mesmo depois de afirmar a validade da cláusula, a parte ainda resistir em elaborar e firmar o compromisso.

Desta forma, entende-se que a sentença judicial não substitui a vontade da parte resistente, mas sim concretiza a vontade das partes, expressa anteriormente na cláusula compromissória, quando ambas, amparadas pelos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, firmaram, consensualmente, um determinado contrato, o qual definiu que as controvérsias que dele surgissem seriam resolvidas pela via arbitral desde que referentes a direitos disponíveis.

A nova Lei da Arbitragem prestigia a autonomia da vontade ao prever a possibilidade de se fazer valer judicialmente a cláusula compromissória. Ao instituir meios para efetivação da cláusula, a Lei nº. 9.307 de 1996 afastou o obstáculo que até então tornava praticamente inexistente a utilização da arbitragem no Brasil. O reconhecimento da validade de cláusula que preveja a arbitragem para litígios futuros, embora perfeitamente determináveis, porque circunscritos a contrato

determinado, procura atribuir a eficácia necessária para assegurar ao contratante a execução do contrato celebrado. Não se pode, pois, interpretar tal dispositivo de forma a torná-lo inócuo e insensível às mudanças que provocou na aplicação do instituto.

Sobre a execução específica da cláusula compromissória, ELLEN GRACIE afirma:

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

A leitura que faço da garantia enfocada no art. 5º, XXXV, é de que a inserção da cláusula assecutória de acesso ao Judiciário, em nosso ordenamento constitucional, tem origem e se explica pela necessidade de precatarem-se os direitos dos cidadãos contra a atuação de órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários. A arqueologia da garantia da via judiciária leva-nos a verificar que a cláusula sempre teve em mira, preponderantemente, o direito de defesa ante os tribunais, contra os atos dos poderes públicos. Por isso mesmo é, ineludivelmente, o legislador o destinatário da norma que reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>59</sup>.

A Lei da Arbitragem foi elaborada de tal forma a não só prestigiar a supremacia da Constituição como a autonomia da manifestação de vontade. Vê-se, assim, na garantia constitucional do inciso XXXV do art. 5º a consagração do princípio da liberdade.

É de suma importância a garantia constitucional do acesso ao Judiciário nos casos de lesão ou ameaça a direito, principalmente contra arbitrariedades que podem ser cometidas pelo poder público. O que não significa, contudo, que as pessoas estarão obrigadas a ingressar em juízo toda a vez que seus direitos subjetivos forem afrontados por outra pessoa.

O que se verifica da discussão acerca da constitucionalidade do texto da Lei nº. 9.307 de 1996 é a presença de certa apreensão em relação à possibilidade de a sociedade possuir mecanismos extrajudiciais de composição de conflitos. A preocupação que gira em torno da arbitragem não é com relação à legitimidade constitucional do instituto, instituído consensualmente, mas da necessidade da previsão de mecanismos cautelares contra o abuso da parte economicamente mais

forte sobre a menos favorecida, sob o fundamento da autonomia da vontade e liberdade contratual.

A Lei da Arbitragem, porém, não deve ser declarada inconstitucional somente por se entender que a utilização do instituto deve ser cercada de cautelas e garantias contra eventuais abusos, o que se deve fazer é oferecer mecanismos de proteção sempre que uma das partes se sentir prejudicada por vícios no procedimento arbitral, ou mesmo na instituição da arbitragem.

Acompanharam integralmente o entendimento do Ministro-relator, Sr. Sepúlveda Pertence, acerca da inconstitucionalidade da execução específica da cláusula compromissória os Ministros Sidney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves. Divergiram, porém, e se manifestaram pela constitucionalidade de todo o texto da Lei nº. 9.307 de 1996 os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Celso Mello.

Assim, depois de mais de quatro anos de análise acerca da constitucionalidade do texto da Lei da Arbitragem a decisão do Supremo Tribunal Federal, em dezembro do ano de 2001, foi pela constitucionalidade, por decisão unânime, dos artigos 18 e 31, que prescrevem a irrecorribilidade e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral. Ainda, por maioria de votos, foi reconhecida a constitucionalidade dos meios que garantem a efetivação da cláusula compromissória.

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 1.148.

## 6 CONCLUSÃO

A arbitragem é um método alternativo ao Judiciário que tem por finalidade a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, e, por isso, de grande importância no ramo dos negócios, pois prestigia a autonomia da vontade dos indivíduos e sua liberdade de contratar. Os contratantes, de comum acordo e no pleno exercício de sua vontade, buscando eliminar incertezas jurídicas e permitir a rápida solução ao litígio, submetem direito, pretensão, ação e exceção controvertidos à arbitragem, na qual árbitros, escolhidos pelas partes, decidirão a questão em caráter definitivo.

Não obstante a arbitragem jamais tenha logrado vigência social mais expressiva no Brasil, o instituto está previsto e regulado do ordenamento jurídico brasileiro desde, pelo menos, a Constituição do Império. A questão da constitucionalidade do juízo arbitral, porém, é levantada a partir de 1946 quando a Constituição deste mesmo ano dispôs expressamente a garantia constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída pela lei da apreciação do Poder Judiciário.

Apesar de estar presente durante toda a evolução legislativa brasileira, raras foram as vezes em que a arbitragem foi utilizada no Brasil, em virtude de circunstâncias jurídicas que absolutamente não incentivavam o seu uso. A arbitragem, até então, constituía sim uma via alternativa ao Judiciário, porém, necessitando sempre de homologação deste para que sua decisão tivesse eficácia jurídica.

A Lei nº. 9.307 de 1996 inovou a matéria, conferiu diferente tratamento ao instituto e procurou não apenas substituir o antigo modelo de juízo arbitral, mas adaptar o novo diploma aos textos legais conexos, explicitando a forma de acesso ao Judiciário aos eventualmente prejudicados.

Pela nova Lei as pessoas capazes de contratar poderão livremente submeter seus direitos, disponíveis e patrimoniais, à arbitragem, podendo, ainda, as partes indicarem as pessoas que decidirão a controvérsia. Qualquer pessoa pode ser árbitro, desde que tenha a confiança das partes. Para tanto os árbitros devem estar sujeitos a impedimentos e suspeições, de modo a garantir sua independência e imparcialidade, na mesma intensidade exigida para o juiz estatal. A partir disso, constata-se certo caráter público na relação formada entre as partes e o árbitro, uma



vez que este ao exercer um serviço público em sentido lato equipara-se, por disposição legal, ao funcionário público para efeitos penais.

A Lei da Arbitragem fortaleceu a cláusula compromissória, prevendo seu cumprimento obrigatório, estabeleceu a equiparação entre a sentença arbitral e a sentença judicial, bem como a previsão de que a decisão do árbitro não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário. Ainda, prestigiou sobremaneira a autonomia da vontade das partes, permitindo não só que elas regulem integralmente o procedimento arbitral como também que estabeleçam o direito a ser empregado pelo árbitro, nada impedindo que as partes determinem que o árbitro julgue por equidade.

Constitui, pois, a nova Lei, um ressurgimento da teoria da autonomia da vontade, segundo a qual o elemento volitivo é determinante da formação de acordos e da previsão de seus efeitos. Porém, com o advento dessas alterações a questão acerca da constitucionalidade da arbitragem voltou a ser fervorosamente discutida.

Nos argumentos apresentados alguns princípios como a garantia do devido processo legal, da inafastabilidade do controle judicial, do juiz natural, da ampla defesa e, ainda, do duplo grau de jurisdição foram mencionados a fim de comprovar a inconstitucionalidade da Lei.

Com relação ao devido processo legal constatou-se que tal garantia, fundamental a todo ordenamento jurídico, é perfeitamente aplicável ao procedimento arbitral, estando expressamente previstos no texto da Lei da Arbitragem requisitos mínimos que garantem o efetivo cumprimento de tal garantia, entre eles, inclusive, a exigência da observância do princípio do contraditório, garantindo a ampla defesa dos contratantes no curso do procedimento, bem como, o tratamento igualitário das partes, a imparcialidade e o livre convencimento do árbitro.

A Lei da Arbitragem, porém, não prevê o duplo grau de jurisdição, pelo contrário, dispõe que a sentença arbitral não fica sujeita a recurso, o que não significa que a decisão do árbitro não esteja sujeita a controle judicial. A Lei prevê que a parte prejudicada terá acesso ao Judiciário, nos casos elencados no art. 32, para pleitear a anulação da sentença arbitral, seja em ação própria ou em embargos do devedor, do que se concluiu que a Lei não viola o direito recursal das partes, tão somente afasta a possibilidade do duplo grau de jurisdição, o que não pode ensejar a declaração de inconstitucionalidade da norma uma vez que, não é assegurado na Carta de 1988, mas apenas na legislação processual ordinária.

Há, ainda, perfeita adequação da Lei da Arbitragem com o princípio do juiz natural, que assegura que ninguém será processado ou sentenciado senão por autoridade competente, para tanto, esta deve ser previamente definida a fim de garantir a proteção do indivíduo frente à arbitrariedades cometidas por autoridades públicas, como a criação de juízo ou tribunal de exceção. Porém, a norma não se destina à limitação do direito dos indivíduos em livremente dispor de direitos que a lei permite transação, a arbitragem nada mais é que uma convenção na qual os interessados, consensualmente, acordam submeter uma controvérsia relativa a direitos disponíveis à apreciação de árbitros, dentro dos limites impostos na Lei e na convenção firmada pelas partes, não havendo qualquer afronta ao princípio do juiz natural.

A questão mais relevante, porém, e sobre a qual se restringiu a discussão no Supremo Tribunal Federal, é a relacionada à efetivação da cláusula compromissória e sua adequação à garantia do acesso ao Poder Judiciário. Enfatizando-se que, em relação ao instituto da arbitragem em si, instituída pelo compromisso arbitral, fundado na livre vontade das partes, não houve dúvidas sobre sua constitucionalidade, uma vez que a garantia do acesso ao Judiciário se destina ao legislador, impedindo que este crie leis que afaste da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O que não se verifica na Lei nº. 9.307 de 1996 pois esta prevê apenas a arbitragem facultativa.

O que se discutiu foi se a cláusula compromissória não significaria a renúncia abstrata do exercício do direito de ação e se seu cumprimento não significa a substituição da vontade da parte resistente pela do juiz, expressa na sentença judicial. Porém, a cláusula compromissória somente terá validade se inserida em contrato específico e for relativa a direitos patrimoniais disponíveis. O juiz, antes de confirmar a validade da cláusula e reconhecer a competência do juízo arbitral, analisará estes requisitos, que, estando presentes, vincularão a parte resistente a se submeter à arbitragem. A sentença judicial não substitui a vontade das partes, mas a concretiza, uma vez que anteriormente ambas haviam livremente acordado, em determinado contrato, escolher a via arbitral e afastar a jurisdição estatal.

Não há, pois, inconstitucionalidade em se prever a efetivação da cláusula compromissória, visto que esta é específica a negócio jurídico certo e não genérica, não ensejando renúncia absoluta do direito de ação, e, sim relativa a certos direitos, disponíveis e vinculados ao contrato a que a cláusula está inserida.

A Lei nº. 9.307 de 1996, portanto, está completamente adequada ao ordenamento jurídico constitucional, e, não só oferece aos indivíduos a faculdade de submeter seus direitos à apreciação de um meio alternativo à jurisdição estatal como significa a possibilidade da participação popular na realização da justiça, consagrando o princípio da autonomia da vontade dos indivíduos e de sua capacidade de resolver seus próprios conflitos.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso D. **Direito Internacional Público**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, v.2.

ALBUQUERQUE FILHO, Clóvis Antunes Carneiro de. A arbitragem no Direito brasileiro pela Lei nº 9.307/96. Comentários. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2629>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Arbitragem: questões polêmicas . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3183>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Princípios de processo civil na Constituição Federal . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=771>>. Acesso em: 17 mar. 2005.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A colisão entre princípios constitucionais em casos de liminares "inaudita altera partes". As formas de solução. Análise de casos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 545, 3 jan. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6133>>. Acesso em: 17 mar. 2005.

ARAÚJO, Leticia Franco de. A autonomia da vontade e a nova Lei de Arbitragem . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=923>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

ASSIS, Olney Queiroz. Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé (objetiva). Uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 593, 21 fev. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6349>>. Acesso em: 05 ago. 2005.

BENEDETTI JUNIOR, Lidio Francisco. Da convenção de arbitragem e seus efeitos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3951>>. Acesso em: 03 jul. 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 04 set. 1942, seção 1.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002, seção 1.

BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 17 jan. 1973, seção 1.

BRASIL. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 18.897, 24 set. 1996, seção 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de agravo regimental e homologação da sentença estrangeira; constitucionalidade da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº. 5.206-7 Reino da Espanha. MBV Commercial and Export Management Establishment e Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 12 dez. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, Distrito Federal, nº. 82, ementário vol. 2149-6, p. 958, 30 de abril de 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307 de 1996**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

COOLEY, John W.; tradução de René Loncan. **Advocacia da Arbitragem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Repensando as Condições de Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras no Brasil**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/lei9307b.html>> Acesso em: 22 jul. 2001.

FERREIRA, Kisleu Gonçalves. Aspectos da jurisdicionalidade da arbitragem (Lei 9.307/96) . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2198>>. Acesso em: 25 jun.2004.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei nº 9.307, de 23.09.1996**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FONTES, João Piza; AZEVEDO, Fábio Costa. A Lei da Arbitragem: análise à luz dos princípios gerais de direito . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=921>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do Processo Civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Temas de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GROSSMANN, Marcos Vinícius. Responsabilidade civil na arbitragem . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 186, 8 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4702>>. Acesso em: 18 nov. 2004.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3090>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

HESPANHA, Benedito. A lei brasileira da arbitragem de justiça privada e a realidade constitucional de sua aplicação no sistema do direito positivo vigente . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2937>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

LACERDA, Belizário Antonio de. **Comentários à Lei da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LIMA, Carlos Guilherme de Abreu e. Lei de arbitragem: quebra do monopólio jurisdicional estatal? . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3442>>. Acesso em: 03 jul. 2004.

LIMA, Cláudio Vianna de. **A Arbitragem não quer abafar ninguém**. Disponível em: <[http://www.camarbra.com.br/vianna\\_lima3.htm](http://www.camarbra.com.br/vianna_lima3.htm)> Acesso em: 22 de jul. 2001.

MAIA NETO, Francisco. Arbitragem: a justiça alternativa . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2093>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

MAIA NETO, Francisco. **O Perito e a Solução Alternativa da Arbitragem**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/perito.html>> Acesso em: 22 jul. 2001.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos Fundamentais da Lei da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MUJALLI, Walter Brasil. **A Nova Lei da Arbitragem**. São Paulo: Editora de Direito LTDA – LDE, 1997.

MÜLLER, Thomas; MÜLLER, Sergio J. D.. Análise sistemática da arbitragem negocial . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=924>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

MÚNUS. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1.375.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Pedro Alberto Costa Braga de. Desmistificação de algumas das vantagens normalmente atribuídas à arbitragem . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3125>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem – Comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**. São Paulo: Editora de Direito LTDA, 1997.

PINTO, José Emilio Nunes. Arbitragem: necessidade de defesa ou de melhor compreensão? . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 68, 2 set. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4339>>. Acesso em: 03 jul. 2004.

PLÁCIDO E SILVA, De. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

QUESNEL, Alain. A Mais Bela. In: QUESNEL, Alain. **A Grécia. Mitos e Lendas**. Tradução: Ana Maria Machado. Disponível em: <http://www.geocities.com/philosophiaonline/800x600/mitologia/bela.htm>> Acesso em: 25 jul. 2005.

RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira: Oito Anos de reflexão – Questões Polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SALLES, André Marcondes de; BARBEIRO, Fabiano Fonseca. Efeitos da sentença arbitral . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3628>>. Acesso em: 03 jul. 2004.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário (Lei 9.307, 23.9.96): Mudança Cultural**. São Paulo: LTR, 2001.

SILVA, João Roberto da. **Arbitragem – Aspectos Gerais da Lei nº. 9.307 de 1996**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2001.

SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. A arbitragem como método alternativo . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=922>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Criação e Realização do Direito na Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro**. Revista dos Tribunais, v. 735, p. 46-47.



VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2731>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

VITAGLIANO, José Arnaldo. Limites da coisa julgada e recursos na arbitragem . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2226>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

ZANELLO, Cristina. Efeitos da Lei de Arbitragem na legislação processual brasileira . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 586, 13 fev. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6300>>. Acesso em: 08 abr. 2005.