



BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO ARBITRAL

Sérgio Cruz Arenhart

Procurador da República no Paraná. Ex-juiz federal.
Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela UFPR.
Professor da UFPR e da UTP.

1. A FILOSOFIA DA ARBITRAGEM

A arbitragem surge como forma alternativa de resolução dos conflitos, colocada ao lado da jurisdição tradicional. Sua tônica está na tentativa de ladear o formalismo – muitas vezes exagerado – do processo tradicional, procurando mecanismo mais ágil para a resolução dos problemas. Mais que isso, a arbitragem pode representar caminho para solução mais adequada para muitas situações concretas de litígio. Com efeito, o fato de que o árbitro pode ser pessoa de outra área, que não a jurídica, pode contribuir para que se obtenha decisão mais adequada e com maior precisão. Realmente, em temas que exigem conhecimento específico em determinada área, será em regra muito mais apropriada uma decisão proferida por um especialista naquele campo do conhecimento, do que por um juiz, que – ainda quando auxiliado por um perito – não detém o conhecimento aprofundado a respeito do tema, ou não conhece de particularidades e práticas de determinada situação concreta.

Daí o interesse na previsão e na regulamentação da arbitragem pelo direito estatal. Em que pese tratar-se de medida colocada ao lado da jurisdição tradicional, mostra-se ela eficiente para lidar com certos tipos de conflito, contribuindo, ademais, para desafogar o Poder Judiciário e deformalizar as controvérsias.¹

Costuma-se dizer que a arbitragem é *meio alternativo de pacificação social* (e de solução dos conflitos), colocada ao lado da estrutura jurisdicional do Estado, através da qual se atribui a alguém – por iniciativa e manifestação de vontade dos interessados – o poder

¹ O termo é de Ada Pellegrini Grinover (“Deformalização do processo e deformação das controvérsias” *in Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 179 e ss.).



de decidir certo litígio a respeito de interesses disponíveis, de forma cogente. Trata-se de instrumento de natureza *privada* – não no sentido de que o poder público não o possa prover, mas sim porque é instalada exclusivamente pela vontade das partes, que *optam* por esta via de solução de litígios – em que se busca em um terceiro (ou terceiros) imparcial a solução para certo conflito surgido em relações intersubjetivas. Constitui-se, também, em instrumento de ordem *convencional*, já que compete aos interessados decidirem sujeitar certa controvérsia à decisão de um árbitro – renunciando à tutela jurisdicional tradicional – decidindo, outrossim, a respeito da extensão dos poderes outorgados àquele para eliminar os conflitos.

2. O CARÁTER NÃO-JURISDICIONAL DA ARBITRAGEM

Muito se tem debatido a respeito da natureza jurisdicional ou não da atividade arbitral. Em que pesem os significativos argumentos apresentados por ambas as correntes existentes e não obstante a relevância da discussão – que é normalmente posta como premissa para o exame da possibilidade ou não de o árbitro conceder medidas de urgência (a exemplo de tutela cautelar ou antecipatória) – não parece que a questão apresente intrincados meandros ou complexa solução.

Deveras, como é óbvio, a caracterização da arbitragem como jurisdição ou não depende, exclusivamente, da definição de jurisdição que se adota. De fato, dependendo da definição utilizada, pode ser mais fácil ou difícil enquadrar a arbitragem dentro da jurisdição.

De toda sorte, perante as definições clássicas que se tem de jurisdição, como se verá a seguir, parece ser impossível incluir a arbitragem em seu bojo. Isso não significa dizer, todavia, que diante de outra definição de jurisdição, hábil a explicar de forma coerente o fenômeno jurisdicional, diversa teria de ser a conclusão a respeito do caráter não-jurisdicional da arbitragem.

Como se sabe, três são as principais teorias que buscam explicar a natureza da atividade jurisdicional. Embora as três possam desdobrar-se em diversas variantes, para a análise singela objetivada neste manual, tomar-se-á cada uma delas pelo desenvolvimento dado pelos seus principais expoentes: Allorio, Carnelutti e Chiovenda.



Para o primeiro autor, a essência da jurisdição estaria no instituto da coisa julgada. De fato, segundo o autor, o poder de declarar o direito (com coisa julgada) é a nota fundamental da atividade jurisdicional: a forma do processo declaratório aliado à coisa julgada que ultima esta atividade é a representação nodal da função jurisdicional. Não há dúvida de que, dentro desta definição, a arbitragem não pode ser incluída como jurisdicional. Embora a sentença arbitral seja dotada de estabilidade entre as partes, é certo que ela não é, nem de longe, tão intensa como a coisa julgada. Aliás, a lei de arbitragem autoriza, até mesmo, a discussão da sentença arbitral, dentro de certas circunstâncias, em juízo (arts. 31 a 33, da lei), o que indica que o fenômeno operado sobre aquela decisão não pode ser equiparado à coisa julgada. Assim, em que pese o fato de que a arbitragem possui, em seu procedimento, a mesma forma declaratória exigida para caracterizar a jurisdição dentro desta perspectiva, falta-lhe a tônica da coisa julgada, que é essencial nesta visão para caracterizar aquela atividade.

Idênticos argumentos levam a rejeitar a possibilidade de encaixar a arbitragem na definição de jurisdição de Carnelutti. Sabe-se que, de acordo com este autor, a jurisdição é a atividade do Estado responsável pela justa composição da lide. A princípio, poder-se-ia cogitar da adequação a esta definição do instituto da arbitragem. Realmente, a arbitragem tem por objetivo eliminar o litígio, que seria, ao menos aparentemente, a finalidade primeira da jurisdição no conceito carneluttiano. Entretanto, a referência, contida na definição em apreço, à “justa composição” não se liga propriamente a qualquer critério valorativo de justiça. Na verdade, a expressão designa a idéia de estabilidade e de decisão conforme a lei.² De fato, a idéia de “justa”, presente na definição, não expressa qualquer alusão à decisão equânime ou conforme ideais de justiça – o que, aliás, nem poderia ser diferente, já que não se pode excluir, *a priori*, que outras atividades (mesmo do Estado) representem solução justa (no sentido axiológico) a qualquer conflito. Ao contrário, “justo”, na visão de Carnelutti, é o que se mostra como tal para o Direito estatal; por outras palavras, é o que o Estado diz que é justo, de forma definitiva e segundo as regras postas pela legislação estatal. De certo modo, pois, a teoria de Carnelutti deságua nas mesmas conclusões da teoria de Allorio, já que, em sua ótica, também é essencial à jurisdição a tônica da coisa julgada – representada, exatamente, pela noção do “justo”, como a última palavra do Estado a respeito da justiça aplicada ao caso.

² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Vol. I. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, p. 89.



Diante disso – e considerando essencial à visão carneluttiana de jurisdição a idéia de coisa julgada – pelas mesmas razões antes apontadas, também não se pode enquadrar a arbitragem no conceito de jurisdição para esta teoria.³

Por derradeiro, tem-se a idéia de Chiovenda a respeito de jurisdição, inquestionavelmente a mais difundida e aplicada em relação à matéria. Para este autor, a jurisdição representa “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.⁴ A par de caracterizar a jurisdição como típica atividade estatal,⁵ Chiovenda considera que ela só se exercita na medida em que faz atuar o Direito positivo estatal.⁶ A arbitragem, todavia, pode realizar-se conforme a lei ou segundo critérios de equidade (art. 2º, da lei), sendo mesmo possível que as partes escolham as regras de direito que serão aplicáveis ou não ao caso. Nota-se, assim, que o compromisso que a arbitragem tem com a realização do direito estatal é mínimo, havendo nítido privilégio para a função pacificadora por ela exercida. De toda sorte, como não há necessariamente na arbitragem a atividade voltada à aplicação do direito estatal, parece fácil descaracterizá-la como exercício de jurisdição, segundo essa teoria também.

De toda exposição feita, ainda que de forma incompleta e sumária, resulta a constatação de que a atividade arbitral não pode, *ao menos segundo as teorias de jurisdição que se costuma adotar atualmente*, ser tida como jurisdicional. Isso, obviamente, não retira desta atividade a sua importância ou reduz sua utilidade. Por outro lado, isso também não

³ CARNELUTTI, porém, salienta que a arbitragem, em seu entender, também não pode ser vista como uma forma de “equivalente jurisdicional”, já que, embora não se trate de exercício de jurisdição, ocorre já no campo do processo, representando assim figura intermediária entre tais equivalentes e a verdadeira jurisdição (ob. cit., p. 208).

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 11.

⁵ *Id.*, *ibidem*, p. 13.

⁶ CHIOVENDA exclui que, pela jurisdição, se pretenda diretamente proteger direitos subjetivos, focando o escopo desta atividade na proteção da lei estatal (v. a respeito, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 81/82).



elimina a conclusão de que a arbitragem deve orientar-se por certos princípios que informam, também, a atividade jurisdicional, a exemplo do devido processo legal.

Trata-se de simples conclusão tomada a partir dos requisitos considerados como essenciais para a caracterização da atividade jurisdicional dentro das principais teorias utilizadas na atualidade. Logicamente, isso pode trazer reflexos, especialmente no que se refere à possibilidade de árbitros concederem medidas de urgência. Partindo-se da premissa acima lançada – do caráter não-jurisdicional da arbitragem – realmente resulta como indiscutível a conclusão de que não podem os árbitros exercer esse poder. Sempre deverá o interessado buscar tais medidas junto à jurisdição estatal, sendo claramente ineficaz qualquer decisão arbitral a este respeito.

Às críticas que se podem formular a essa conclusão, pode-se responder com simples argumento prático: de que serve uma medida urgente concedida por um árbitro, se – *ao menos na forma da legislação atual* – deve ela ser concretizada dentro do Poder Judiciário? Note-se, nesse passo, que o Poder Judiciário, para realizar essa decisão provisória arbitral, utilizaria do processo de execução, *indiscutivelmente inadequado para atender à urgência de qualquer situação*. Mais que isso, é lógico que, ao submeter esta decisão arbitral ao Poder Judiciário, autoriza-se também este órgão a perquirir a legitimidade daquela decisão, seja porque se trata de decisão provisória arbitral – que não se revestiria da estabilidade natural da sentença arbitral – seja em razão da autorização contida no art. 32, da lei de arbitragem, combinada com o preceito descrito no art. 33, § 3º, da mesma lei.

De tudo isso, em que pese a louvável discussão a respeito do tema, não parece causar seu enfrentamento maior dificuldade. Nem parecem ser tão traumáticas as conclusões resultantes da opção pelo caráter não-jurisdicional da arbitragem.

3. SUJEITOS E OBJETO DA ARBITRAGEM

De acordo com a previsão legal (art. 1º), apenas podem ser objeto da arbitragem direitos patrimoniais disponíveis. Ficam de fora, pois, do uso da arbitragem tanto direitos não-patrimoniais como direitos indisponíveis.



A doutrina tem entendido que a formula utilizada pela lei de arbitragem é superior àquela empregada pelo Código de Processo Civil, no regime anterior da arbitragem. Sabe-se que o art. 1.072, do CPC, revogado, autorizava a arbitragem para o trato de “direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação”. Entende-se que a previsão anterior era ambígua, sendo preferível a menção atual a direitos disponíveis patrimoniais. Não parece, todavia, ser adequada a crítica atualmente procedida. Ao que parece, a definição anterior adequava-se melhor ao objeto da arbitragem, mesmo porque não é impossível imaginar direitos indisponíveis que geram *efeitos disponíveis*, sendo que sobre estes será bem possível a realização de arbitragem.

Com efeito, imagine-se o exemplo sempre citado dos alimentos. É certo que o direito a alimentos é indisponível, no sentido de que não se pode a ele renunciar. Porém, a quantificação do valor e a forma de prestá-los são aspectos perfeitamente disponíveis, sendo objeto freqüente, como se sabe, de transação judicial. Ora, nada impediria que se sujeitasse esses efeitos disponíveis (ainda que dos direitos indisponíveis) à arbitragem, mesmo porque isso não implicaria qualquer restrição à existência ou à caracterização do direito indisponível em si.⁷ Dessa forma, portanto, mesmo os direitos indisponíveis podem ser objeto de arbitragem, desde que em relação *aos efeitos disponíveis* que gerem. Mantém-se, dessa forma, a conclusão a que se chegava a partir da redação do dispositivo presente no CPC, revogado.

De outro lado, também não se pode autorizar a arbitragem em relação a conflitos que exijam a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei. De fato, se a lei sujeitou este tipo de demanda judicial à fiscalização do Ministério Público, não é lícito subtrair a sua participação por meio do uso de procedimento paralelo (ao da jurisdição comum), burlando por via oblíqua a intenção do legislador.

Outra questão que merece observação em relação à arbitragem diz respeito à possibilidade de arbitragem em relação a questões envolvendo entidades de direito público. Há inúmeras questões controvertidas apontadas em relação ao tema. Talvez a mais relevante se ponha no campo de saber-se se os interesses da Administração Pública são sempre *indisponíveis* e, pois, insuscetíveis de serem submetidos à arbitragem. Em verdade, supor-se

⁷ Nesse sentido, v. tb., CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2^a ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 56/57.



que os interesses públicos sejam sempre indisponíveis e, por isso, não sujeitos à arbitragem, evoca a mesma situação descrita acima, em relação aos direitos indisponíveis como um todo.

De fato, não se discute a respeito da indisponibilidade do interesse público. Todavia, é de se notar que este interesse nem sempre se confunde com o interesse da Administração Pública, e, mais que isso, ainda que se tenha ele como indisponível, não se pode negar que gere ele efeitos disponíveis. Recorde-se, a esse propósito, a prerrogativa dada à Administração Pública para transigir a respeito de interesses, a ela referidos, em processos judiciais (como nos Juizados Especiais, conforme prevê o art. 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01). Desde que, portanto, se trate de direitos disponíveis – da Administração Pública – ou de *efeitos disponíveis* de direitos indisponíveis de interesses públicos – e desde que não haja outro óbice à instituição da arbitragem, determinada por expressa vedação legal ou pela própria natureza especial da relação jurídica – pode-se sujeitar a questão ao juízo arbitral.⁸

Poderão sujeitar-se à arbitragem, apenas, as pessoas capazes (art. 1º). A capacidade aqui indicada não é a capacidade processual, mas sim a capacidade civil plena. Vale dizer que apenas as pessoas absolutamente capazes, nos termos da legislação civil – pessoas naturais não apanhadas pelas previsões dos arts. 3º e 4º, do Código Civil e pessoas jurídicas regularmente constituídas – podem sujeitar conflitos à arbitragem. Excluem-se, pois, do âmbito deste meio alternativo de solução das controvérsias os incapazes, as pessoas jurídicas irregulares (com a ressalva de que, eventualmente, seus dirigentes, porque se confundem com tais pessoas jurídicas, poderão sujeitar as questões à arbitragem) e as entidades despersonalizadas, a exemplo da massa falida, do condomínio, do espólio ou da herança jacente. Em relação a estas últimas, cabe observar que têm elas, excepcionalmente, capacidade processual (de ser parte), o que, porém, somente as legitima a *apresentarem-se em processo judicial em nome próprio* (art. 12, do CPC) – por expressa concessão da lei processual – o que não implica qualquer outra concessão de personalidade ou capacidade para fins distintos, *especialmente para transigir sobre direitos e, a fortiori*, para sujeitar-se à arbitragem.

⁸ Vale salientar que a jurisprudência tem entendido nesse sentido (v., por exemplo, RTJ 68/382), em que pese a opinião contrária do Tribunal de Contas da União (v.g., 2ª Câmara. Processo TC-005.250/2002-5, ata n. 12/2003, de 10/04/03).



Exige-se, por outro lado, que os sujeitos possam manifestar livremente sua vontade. Realmente, para que seja válida a opção pela arbitragem é necessário que a vontade de ambos os litigantes esteja livremente determinada na convenção de arbitragem. Assim como ocorre na transação, não basta apenas que uma das partes deseje que o direito não seja levado à solução do Judiciário.

Se não é suficiente a vontade de apenas uma das partes para que o litígio seja submetido à arbitragem, ocorre lesão ao direito à adequada tutela jurisdicional toda vez que uma parte não manifesta a sua vontade – ou não pode assim manifestá-la - de ver um litígio julgado pelo árbitro. Se a opção pela arbitragem pudesse configurar uma renúncia ao direito à adequada tutela jurisdicional, não seria correto dizer que a exceção de convenção de arbitragem somente pode ser invocada na contestação, já que se realmente houvesse renúncia, o juiz poderia e deveria declarar a sua falta de jurisdição de ofício, não se concebendo a preclusão, admitindo-se até mesmo ação rescisória contra a sentença que teria apreciado controvérsia que só poderia ser solucionada pelo árbitro.

4. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A lei de arbitragem, na esteira das mais avançadas legislações similares, adotou a expressão *convenção de arbitragem* para o acordo no qual as partes interessadas submetem a solução de seus litígios ao juízo arbitral, seja por meio de *cláusula compromissória*, seja por meio de *compromisso arbitral* (art. 3º). Tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral são, pois, espécies de convenção de arbitragem, que é o pacto através do qual se sujeita alguma questão (presente ou futura) ao juízo arbitral.

Os dois instrumentos podem ser utilizados para viabilizar a arbitragem, embora possuam, cada qual, finalidades distintas. Em outros termos, o legislador brasileiro conferiu funções diversas à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral.

Além da diferença tópica (a cláusula está sempre inserida em contrato ou a ele adere), existe entre as referidas figuras diferença temporal, da qual decorre a diversa regulamentação. A cláusula refere-se sempre ao futuro, característica que ressalta da definição legal: “*as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que*



possam vir a surgir, *relativamente a tal contrato.*” (art. 4º). Isto significa – se o contrário não for estipulado pelas partes – que *qualquer litígio* que se origine do contrato no qual está inserida a cláusula – ou o contrato a que ela faça referência – será submetido à arbitragem. A regulamentação constante dos dispositivos seguintes (4º ao 8º) confirma essa característica: *a cláusula é escrita para o futuro*. Alude-se, nesse passo, à cláusula compromissória *cheia* e à *vazia*. Cheia será a cláusula em que estão determinados todos os elementos essenciais para a instituição da arbitragem (podendo ainda prever outros requisitos, facultativos para a instalação do juízo arbitral); vazia será a cláusula em que tais elementos não estão contemplados, ficando sua estipulação diferida para o momento em que a arbitragem efetivamente se mostre necessária, ou seja, para serem fixados no compromisso arbitral.

Exige-se que a cláusula compromissória seja sempre estipulada por escrito, seja no corpo do próprio contrato ou em documento apartado (art. 4º, §1º). Tratando-se de contrato de adesão, exige-se condições especiais para a previsão da arbitragem: a cláusula que a contempla somente será válida se o aderente ou tomar a iniciativa na previsão da sua instituição, ou concordar expressamente com esta, por escrito em documento anexo ou em cláusula destacada, com a assinatura ou visto especial para esta previsão (art. 4º, §2º). A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que é inserida, de modo que a nulidade deste não importa a daquele (art. 8º); a previsão é relevante, na medida em que, por óbvio, muitas vezes pode o árbitro ser convocado a decidir, precisamente, sobre a nulidade do contrato em que se previu a arbitragem, criando-se situação constrangedora se outra fosse a solução legal.

No *compromisso arbitral*, efetivamente, *regula-se o presente*, pois seu pressuposto é a existência de litígio: o “*compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas...*” (art. 9º). Igualmente, a normatização constante dos dispositivos seguintes confirma o caráter de atualidade. É no compromisso que se estipulam todos os elementos necessários à constituição e ao desenvolvimento da arbitragem. Este compromisso (art. 9º) pode ser *judicial* – celebrado por termo nos autos, na pendência de demanda a respeito de litígio, em que é oferecida a solução arbitral à questão – ou *extrajudicial* – realizado por escrito particular, desde que assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.



Este compromisso deve conter, obrigatoriamente, sob pena de nulidade da arbitragem, os requisitos do art. 10, podendo ainda contemplar os elementos do art. 11 da lei.

O fato de o legislador ter mantido as duas formas de opção pela arbitragem, dando-lhes regulação diversa, leva a concluir pela obrigatoriedade do compromisso, hipótese somente descartada diante de uma cláusula compromissória “cheia”, ou seja, que contenha todos os requisitos necessários à instituição e desenvolvimento da arbitragem, previstos no art. 10 (requisitos essenciais do compromisso) e no art. 11 (requisitos opcionais do compromisso).

O compromisso não exige que haja previsão anterior da opção pela arbitragem em cláusula contratual. Mas a cláusula, embora vincule as partes ao julgamento pela arbitragem, não é normalmente suficiente (excetuada a hipótese acima descrita) para que esta se processe validamente, pois é na oportunidade do compromisso que as partes, em geral junto com os árbitros, decidirão a respeito dos seus elementos essenciais (requisitos do art. 10). Estes, ao lado de outros elementos que as partes e os árbitros tenham escolhido para integrar o conteúdo do compromisso, vinculam os árbitros e determinam sua competência.

Repetindo-se o anteriormente afirmado, *no compromisso as partes devem definir e delimitar a matéria posta à consideração dos árbitros, o que constitui sua principal função*. No compromisso dispensa-se a expressa opção pela arbitragem, uma vez que ele próprio já a revela, mas a “definição da matéria” deve ser expressa e clara, sob pena de nulidade. No compromisso, a “matéria” tem que ser fixada em seus exatos limites, pois estes, se não observados pelos árbitros, tornam viciada a sentença.

Em resumo: *admite-se que quando da celebração de um contrato estipule-se a cláusula – chamada de cláusula compromissória – de que os futuros e eventuais litígios que decorrerem do contrato devem ser submetidos à arbitragem. Mas quando o conflito já existe – e assim não é incerto e eventual no futuro –, deve-se firmar compromisso de arbitragem, definindo-se precisamente – como exige a lei de arbitragem – os limites da matéria que se pretende submeter à arbitragem.*

Perceba-se que um mesmo fato pode dar origem para vários pedidos. Assim, por exemplo, se alguém cometeu um ato supostamente ilícito, aquele que o sofreu pode



pretender receber indenização relativa aos chamados “lucros cessantes” e pertinente aos denominados “danos emergentes”. Além disto, aquele que sofreu os danos pode pretender imputar àquele que teria cometido o ilícito culpa ou dolo. Ora, se não há definição da controvérsia, não é possível saber se foi deferida aos árbitros a possibilidade de apreciar a questão relativa aos danos emergentes e aos lucros cessantes, ou mesmo se os árbitros podem averiguar se houve culpa ou se houve dolo.

Presente a cláusula compromissória, surgindo algum conflito por ela referido, qualquer dos interessados poderá convocar o outro a se sujeitar à arbitragem, por via escrita ou por qualquer meio de comunicação (com prova de recebimento), indicando-lhe dia, hora e local para ser firmado o *compromisso arbitral* (art. 6º). Logicamente, esta formalidade estará dispensada no caso de cláusula *cheia*, como já visto, em que os requisitos para a arbitragem já estão contemplados neste instrumento.

Caso o convocado não compareça para firmar o compromisso, ou ainda quando se negar a submeter-se ao juízo arbitral, poderá ele ser obrigado a sujeitar-se à arbitragem, por meio de demanda judicial (art. 6º, parágrafo único e art. 7º). No início deste processo, em audiência, tentará o juiz a conciliação das partes a respeito da lide ou, então, buscará fazer as partes sujeitarem-se voluntariamente à arbitragem (art. 7º, § 2º). Frustradas estas medidas, cumprirá ao juiz, na própria audiência ou no prazo de dez dias, decidir a questão, estabelecendo os termos do compromisso, podendo nomear árbitro (caso as partes não concordem neste particular), valendo a sentença judicial como compromisso arbitral. Não comparecendo o autor à audiência designada, sem justificativa, o juiz extinguirá o processo sem exame de mérito; caso o réu não compareça ao ato, cumprirá ao juiz, de imediato, decidir a respeito do conteúdo do compromisso, ouvido o autor (art. 7º, §§ 5º e 6º).

5. O ÁRBITRO

A lei disciplina a figura do árbitro, estabelecendo que qualquer pessoa, que seja *capaz* e que goze da confiança das partes pode sê-lo, independentemente de formação específica, qualidade própria ou outra condição especial (art. 13). Mais importante, pois, do que a qualificação possuída pelo sujeito, importa que nele convirja a confiança dos sujeitos que pretendem submeter certo litígio à arbitragem. Essa característica é essencial à própria



função da arbitragem. De fato, a renúncia à jurisdição tradicional e mesmo a impossibilidade de insurgir-se contra a decisão arbitral (pela inexistência, no processo arbitral, da figura do recurso) faz com que se ponha sobre os ombros do árbitro severa responsabilidade, que somente pode ser bem desenvolvida se essa pessoa tiver a plena confiança das partes. Mais que isso, este crédito pode tornar-se fundamental para compelir as partes a aceitar a decisão arbitral, evitando-se o máximo possível submeter a sentença arbitral a posterior execução frente ao Poder Judiciário.

A lei, por outro lado, autoriza a formação de um tribunal arbitral, composto por mais de um árbitro. Não é, então, necessário que as partes designem apenas uma pessoa para decidir sua controvérsia. A faculdade é certamente elogiável, seja porque permite que cada qual dos interessados indique alguns dos julgadores, seja porque permite a formação de corpo de árbitros que reúna pessoas com formações ou especializações diferentes, oferecendo órgão multidisciplinar para o julgamento de questões de maior complexidade.

A única ressalva feita pela lei é no sentido de que os árbitros – no caso do tribunal arbitral – sejam em número ímpar (art. 13, §1º), o que se justifica para evitar qualquer possibilidade de “empate” na solução da arbitragem. Não optando pela escolha destes, poderão as partes estabelecer procedimento para a sua eleição, ou utilizar-se de critérios empregados por entidade ou instituição especializada em arbitragem. De toda sorte, sempre que as partes se limitarem a indicar árbitros em número par, presume a lei estarem os árbitros nomeados autorizados a indicar um outro, a fim de compor o *quorum* suficiente para instituir-se a arbitragem. Para a escolha deste outro, não havendo acordo entre os árbitros, a solução será recorrer ao Poder Judiciário para a sua indicação, competindo então ao magistrado – a quem competiria originalmente conhecer do litígio – decidir a respeito da nomeação do outro árbitro (art. 13, § 2º).

Não poderão funcionar como árbitros as pessoas que possuam, com as partes ou com o litígio, qualquer comprometimento, apuradas segundo as causas de impedimento e suspeição previstas pela lei processual (art. 134 a 136, do CPC). Havendo qualquer desses motivos, compete ao árbitro apontá-lo desde logo, a fim de que a parte o substitua, se assim entender conveniente. Do mesmo modo, cumpre a ele, diante dessa causa, recusar sua nomeação, sob pena de poder ser responsabilizado futuramente por isso.



A parte, por seu turno, não pode – após estar ciente da causa de impedimento ou de suspeição do árbitro – e tendo aceito, apesar disso, sua indicação, pretender recusá-lo. A recusa, em tais casos, apenas pode dar-se por razão superveniente à nomeação, admitindo-se a recusa por fato anterior apenas quando a parte não tiver nomeado diretamente o árbitro ou quando o motivo para recusa deste somente veio a ser conhecido posteriormente (art. 14, § 2º).

Para as hipóteses em que o árbitro (ou os árbitros) não possa desempenhar sua atividade por qualquer razão – v.g., sua recusa ou seu falecimento – prevê a lei a indicação de árbitro(s) substituto(s). Este deverá ser indicado no compromisso celebrado ou, sendo omissivo este pacto, cumprirá às partes acordarem o modo de sua escolha. Não havendo acordo a respeito e não tendo estabelecido as partes algum critério para a escolha deste substituto, será necessário recorrer-se ao Poder Judiciário para a eleição deste ou – caso as partes tivessem pactuado não aceitar substituto – para a solução judicial da controvérsia (art. 16, §§ 1º e 2º).

A lei de arbitragem equipara o árbitro a um servidor público para fins penais (art. 17). Significa isso dizer que o árbitro, em agindo de forma ilícita, sujeita-se às penas previstas para os tipos específicos contemplados como crimes contra a Administração Pública praticados por funcionários públicos. Assim, por exemplo, pode o árbitro ser sujeito ativo de crimes como o de corrupção passiva, prevaricação ou concussão.

6. PROCEDIMENTO DA ARBITRAGEM

A lei brasileira não estabelece procedimento específico para o desenvolvimento da arbitragem, deixando ao alvitre dos interessados – ou, subsidiariamente, ao do árbitro – a eleição do rito a ser seguido (art. 21 e seu parágrafo primeiro). De fato, desde que obedecidos os princípios estabelecidos pelo § 2º, do art. 21, qualquer procedimento utilizado é tido como válido, mormente porque estabelecido em concordância com o interesse das partes.

Vai daí que o procedimento da arbitragem é de livre escolha dos interessados. Esta liberdade apenas é restringida pela exigência de que sejam sempre respeitados os princípios – que, aliás, têm *status* constitucional – do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Tais princípios constituem, como cediço, o núcleo da garantia do devido processo legal (estampado no art. 5º, inc. LIV, da



Constituição Federal), que deve ser respeitado em qualquer espécie de processo, judicial ou não. De fato, se ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, é certo que esta regra – que não apresenta condicionante qualquer – não se pode aplicar, exclusivamente, às atuações estatais tendentes a esta privação de bens, mas também à iniciativa privada que conduza ao mesmo resultado. Assim, a previsão em questão é mera expressão da máxima maior prevista no texto constitucional.

Não se pode, por conta disso, aceitar – *ainda com a concordância das partes do processo arbitral* – o estabelecimento de procedimento que não admita, *ou que restrinja* o direito ao contraditório e à ampla defesa. Sequer se pode – dada a função e a essência do processo arbitral – admitir o chamado *contraditório diferido*, ou seja, aquele realizado *após a prolação de decisão provisória* pelo juízo arbitral. Isto porque a arbitragem não tem o escopo de lidar com situações de urgência,⁹ nem é dotada das garantias necessárias a controlar esta postecipação do contraditório. Assim, considerando que esse *contraditório diferido* – do mesmo modo como o *contraditório limitado*, que não admite o exame aprofundado dos fatos ou a dedução de toda matéria pertinente ao caso – é excepcional, apenas se justificando se presente alguma outra garantia constitucional em risco (aplicando-se o critério da proporcionalidade, que somente pode ser adequada e definitivamente examinado pelo Poder Judiciário), resta patente que não pode ele ser tolerado no processo arbitral, mesmo com a aceitação dos interessados.

O mesmo se deve dizer a respeito da igualdade. Qualquer violação a esta garantia nulifica o processo arbitral e a sentença dela decorrente. Note-se que a igualdade aqui indicada é aquela meramente *formal* – no sentido de que as partes devem ser tratadas de forma absolutamente igual, sem qualquer espécie de privilégio ou distinção – e não a *material*. Como se sabe, as considerações a respeito da isonomia material implicam tratar os sujeitos de forma igual *apenas na medida de sua igualdade*, mas de maneira desigual *na proporção de suas desigualdades*. A avaliação, porém, desses critérios de igualdade ou não da situação em que se põe o sujeito só encontra intérprete adequado no Poder Judiciário – mesmo porque somente ele pode dizer, em última palavra, qual o sentido e a aplicação que merece

⁹ A lei, aliás, estabelece, no seu art. 22, § 4º, que as medidas de urgência necessitadas no curso do procedimento arbitral devem ser requeridos ao Poder Judiciário, mesmo por iniciativa dos árbitros, como será examinado adiante.



esta garantia constitucional, em sua dimensão maior, que é a da igualdade material. Por isso, não se pode admitir que as partes (ou mesmo o árbitro) se arroguem na condição de estabelecer estas condições de igualdade ou desigualdade de situação, de modo a determinar distinto tratamento processual. Assim sendo, parece ser correto entender que a igualdade referida no texto há de ser aquela que considera em situação *absolutamente igual* as partes, desconsiderando qualquer variação nas condições específicas delas dentro do processo.

No que toca à imparcialidade do árbitro, isto é, até mesmo, condição nodal para a existência válida da arbitragem. Não se pode sequer pensar em arbitragem se não se tem na figura do árbitro uma pessoa equidistante do litígio. Por imparcialidade, todavia, não se deve tomar a sua neutralidade. Árbitro neutro é o árbitro passivo, que não se interessa nem se esforça por dar a solução mais adequada ao litígio posto à sua apreciação. Não é isso que se quer, evidentemente. Não se pretende que o árbitro seja sujeito passivo, que espera, contemplativo, pelas provas e elementos trazidos pelas partes, sem poderes para buscar a melhor solução à controvérsia. A lei, a propósito, dota claramente o árbitro de poderes instrutórios de ofício (art. 22), o qual pode, então, buscar, mesmo ausente requerimento específico das partes, as provas que entender necessárias ao desenvolvimento e sua função.¹⁰ Quando a lei exige que o árbitro seja imparcial, portanto, impõe o dever de que ele se ponha na condição de equidistante das partes e de suas pretensões, analisando com independência o caso a ele submetido. Esta é a exigência da lei, que não se confunde, evidentemente, com sua passividade ou neutralidade.

A fim de garantir a imparcialidade do árbitro, autoriza a lei (art. 20) que as partes apontem qualquer causa de impedimento ou de suspeição dele (avaliadas segundo as causas contempladas pelo CPC – arts. 134 a 136), através de *exceção*, a ser deduzida na primeira oportunidade que o interessado tiver para falar no procedimento, após instituída a arbitragem (art. 20). O prazo em questão não deve ser visto como peremptório, ou seja, será sempre possível argüir-se o impedimento ou a suspeição do árbitro, mesmo após aquele momento primeiro. Assim deve ser porque é pressuposto fundamental da arbitragem a imparcialidade do árbitro, de forma que ausente esta, nula será *sempre* a decisão arbitral, não se cogitando na hipótese de convalidação do ato por conta de coisa julgada (que sequer existe

¹⁰ V. sobre a questão, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: RT, 1993, p. 71 e ss.



no instituto). Aliás, é bom notar que a própria lei ressalva a possibilidade de reexame da questão da imparcialidade do árbitro em juízo, posteriormente, exatamente a indicar que não há qualquer preclusão sobre esta questão (art. 20, § 2º, *in fine*). A argüição da exceção de impedimento e de suspeição, como salienta o art. 15, da lei, deve ser apresentada em peça fundamentada, devidamente comprovada (ou com a indicação das provas necessárias à demonstração do motivo da parcialidade), diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral. Acolhida a exceção, o árbitro será substituído – na forma estipulada pelo compromisso arbitral ou segundo os critérios indicados no art. 16, § 2º. Caso contrário, rejeitada a argüição, seguirá o procedimento seu curso, sendo possível ao interessado impugnar a imparcialidade do árbitro na via judicial, por meio da ação de que trata o art. 33 da lei.

Impõe a lei de arbitragem, ainda, o respeito ao princípio do livre convencimento do árbitro. Por livre convencimento não se deve entender a plena liberdade do árbitro em formar sua convicção, com qualquer elemento (presente ou não nos autos do procedimento arbitral), independentemente de justificação das razões que formam seu entendimento. Em verdade, o princípio que realmente informa a arbitragem é o do convencimento *motivado*, também chamado de *persuasão racional* do árbitro. De fato, o princípio em questão é o mesmo estabelecido no art. 131, do CPC, que impõe que a formação da convicção se dê, apenas, com os elementos presentes nos autos do processo arbitral, sem que se permita que o julgador possa valer-se de elementos outros, de que tem conhecimento, mas que não foram trazidos ao debate em contraditório. Mais que isso, este princípio impõe que o árbitro *justifique* sempre as razões que o levaram a dar maior valor a certa prova, em detrimento de outra (em sentido contrário).

De fato, não se concebe possa o árbitro decidir sem fundamentar as razões do seu convencimento. A motivação da decisão arbitral é elemento que se impõe não apenas porque decorre necessariamente da garantia do devido processo legal – que, como visto acima, é inerente também ao processo arbitral – mas ainda por expressa previsão legal, contemplada no art. 26, inc. II, da lei de arbitragem. A fundamentação, por óbvio, não pode limitar-se ao exame das questões de direito debatidas, mas há de estender-se também (e com muito maior freqüência e intensidade) à matéria de fato trazida ao exame do árbitro. Daí a razão pela qual a menção ao livre convencimento deve ser vista como indicação, em realidade, ao princípio do convencimento motivado do árbitro.



Outro princípio que norteia sempre o processo arbitral é o da conciliação. De fato, como preceitua o art. 21, § 4º, compete sempre ao árbitro – e independentemente da existência ou não de previsão a respeito no compromisso arbitral – tentar, ao início do procedimento, conciliar as partes. Sempre será, com efeito, mais desejável a auto-composição do conflito se comparada com qualquer forma de heterocomposição. A tônica da solução dos conflitos, hoje, é posta na pacificação social, de forma que sempre se prefere a solução amigável, proposta pelas próprias partes, à decisão imposta por terceiro.

Dentro dos princípios acima enumerados, têm as partes plena liberdade de dispor sobre a forma pela qual deve conduzir-se a arbitragem. Mesmo as demais regras de procedimento estabelecidas no capítulo IV da lei devem ser consideradas de cunho dispositivo, ou seja, somente prevalecem na ausência de previsão em contrário no compromisso arbitral. Desse modo, desde que observados os princípios fundamentais antes indicados, as partes têm liberdade para estipular a forma do procedimento a ser seguido pelo árbitro da forma que melhor lhes aprouver. Apenas quando ausente previsão sua a respeito é que o árbitro – ao fixar a sucessão de atos do processo – deverá pautar-se pelos critérios indicados nos arts. 18 a 22, da lei.

Segundo estes critérios, de todo modo, é de se ter por instaurada a arbitragem com a aceitação pelo árbitro (ou pelos árbitros), de sua nomeação (art. 19). Pode haver a elaboração de um adendo ao compromisso, através do qual as partes esclarecem alguma questão do pacto de arbitragem havido ao árbitro (art. 19, parágrafo único). É cabível, aqui, estabelecer regras procedimentais antes não previstas, ou ainda especificar critérios antes determinados, a fim de que o árbitro possa desempenhar seu trabalho com maior precisão, dentro dos parâmetros indicados pelas partes.

A lei determina que a alegação de qualquer questão processual – tal como a incompetência, a suspeição e o impedimento (como visto) ou qualquer causa de nulidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (e *a fortiori* do procedimento arbitral) – deve ser feita na primeira oportunidade em que a parte puder manifestar-se no feito (art. 20). Como já dito, não se deve entender como preclusiva esta oportunidade já que o tema poderá, posteriormente, ser apreciado pelo Poder Judiciário por via da ação de nulidade do art. 33 da lei. Ora, se há esta possibilidade, razões ainda mais intensas recomendam sua apreciação internamente ao processo arbitral, a qualquer momento, mesmo para se evitar o recurso ao



Judiciário para resolver questão que poderia bem ser tratado no âmbito do juízo arbitral. De toda sorte, acolhida a alegação de vício processual (excetuada a suspeição ou o impedimento, que gerará a substituição do árbitro) serão as partes encaminhadas ao Poder Judiciário para a solução da controvérsia (art. 20, § 1º).

No procedimento arbitral, não é obrigatória a participação de advogados, embora possam as partes ser assistidas por esse profissional – ou ainda por outro, de outra especialidade ou apenas de sua confiança, recomendada para o exame do caso concreto (art. 21, § 3º).

Em matéria de prova, tem o árbitro (ou o tribunal arbitral) amplos poderes instrutórios. Todos os meios de prova podem ser realizados no procedimento arbitral, de ofício ou a requerimento de qualquer dos interessados. A colheita da prova oral (depoimento das partes e oitiva de testemunhas) será feita por termo (assinado pelo depoente – ou a seu rogo – e pelo árbitro) em data e local previamente comunicados por escrito às partes. Não comparecendo a parte ao ato de seu depoimento, sua ausência será considerada como elemento probatório por ocasião da sentença; faltante a testemunha, solicitará o árbitro à autoridade judiciária sua condução coercitiva, bastando para isso a prova da existência da convenção de arbitragem (art. 22, § 2º). Havendo substituição de árbitros no curso do procedimento, poderá o substituto repetir as provas já produzidas.

A lei também trata do instituto da revelia, não lhe atribuindo, porém, idênticos efeitos aos previstos pelo CPC. Limita-se a lei a dispor que a revelia da parte não impedirá a prolação da sentença arbitral. Não há, porém, qualquer imposição de efeitos materiais ou processuais decorrentes da revelia, que deverão, para incidir, estar previstos no compromisso arbitral.

Poderá, ainda, suceder que, no curso da arbitragem, sobrevenha questão referente a direito indisponível, que seja prejudicial ao exame do litígio submetido à arbitragem. Presente esta questão prejudicial – cuja apreciação compete exclusivamente ao Poder Judiciário, por força da intrínseca ligação da arbitragem, exclusivamente, a questões de direitos que admitem transação – cumprirá ao árbitro remeter as partes ao órgão jurisdicional competente para a solução do tema, suspendendo o curso da arbitragem. Julgada a questão (por sentença ou acórdão transitado em julgado) terá prosseguimento a arbitragem, tomando-



se a decisão judicial como pressuposto para o exame do litígio sujeito ao juízo arbitral (art. 25 e seu parágrafo único).

7. A SENTENÇA ARBITRAL

Denomina-se de sentença arbitral o ato do árbitro ou do tribunal arbitral que decide a controvérsia, submetida à arbitragem. É ato em tudo assimilado à sentença judicial, com a única ressalva de que não pode conter, entre seus efeitos, qualquer expressão de *imperium*, por não se tratar de ato estatal.

Com efeito, o julgamento contido na sentença arbitral pode revestir-se de qualquer eficácia que não se situe no exercício de *imperium* estatal. Desse modo, esta sentença pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória – não terá, porém, jamais, caráter mandamental ou executivo. Recorde-se que esta classificação tem em vista a eficácia preponderante da sentença, o que não impede que esta decisão contenha mais de uma destas eficácias, nem que, em havendo cumulação de pedidos, possa esta sentença encaixar-se em mais de um destes tipos. A sentença arbitral opera seus efeitos não apenas em relação às partes, entre as quais é dada, mas, à semelhança do que ocorre com a sentença judicial, é impositiva também frente aos sucessores das partes (art. 31). Obviamente, e mais uma vez do mesmo modo do que ocorre com a sentença judicial, pode a sentença arbitral operar efeitos (naturais e reflexos) em face de terceiros, *não podendo, porém, ser exigida em relação a terceiros, nem sendo estes efeitos indiscutíveis para terceiros*.

Na verdade, o que acima se diz não tem nada de especial, nem é distinto do que ocorre com a sentença judicial. É que os efeitos de qualquer ato judicial (assim como também da arbitragem) podem espalhar-se de forma incontrolável no seio social. É, de fato, impossível controlar-se ou se limitar tais efeitos, já que eles ocorrerão, simplesmente, onde devem ocorrer; o que não se admite – seja em face das decisões judiciais, seja das arbitrais – é que tais efeitos possam repercutir na esfera de terceiros, sem que estes possam opor-se a eles (desde que, evidentemente, tenham interesse jurídico para tanto).¹¹ A fim de melhor

¹¹ v. a respeito, Título III, item 5.3.



esclarecer esta idéia, tome-se o seguinte exemplo: uma sentença arbitral que anule determinado contrato de compra e venda, evidentemente, não opera seus efeitos apenas em relação às partes; também terceiros, que tivessem interesse indireto no cumprimento daquele pacto, acabam sendo indiretamente prejudicados e frustrados com a decisão judicial (pessoas que utilizariam o bem adquirido, credores que poderiam pretender o crédito resultante da compra e venda etc.); a sentença arbitral, portanto, surtiria efeitos também para estes terceiros, apenas não se admitindo que estes efeitos possam ser imutáveis (indiscutíveis) para os terceiros que revelem possuir legitimidade e interesse para discuti-los judicialmente.

Tratando-se de sentença arbitral de cunho condenatório, tal decisão constituirá *título executivo*, subsidiando – em caso de não cumprimento voluntário do preceito – processo de execução na via judicial (art. 31, *in fine*). A respeito do tema, tratar-se-á com maior ênfase, no item seguinte.

A sentença arbitral também poderá revestir-se de caráter meramente homologatório. Efetivamente, quando as partes, no curso da arbitragem, chegarem a algum acordo a respeito do litígio, poderão elas solicitar ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) homologação desta transação por sentença, mesmo para que se revista ela da eficácia de título executivo, à semelhança da sentença arbitral condenatória.

A sentença arbitral deve ser prolatada no prazo previsto pela convenção de arbitragem; em sendo omissa este pacto, o prazo para a sentença será de 6 meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro (art. 23). O descumprimento desse prazo – desde que a parte interessada haja notificado o árbitro, concedendo-lhe prazo de 10 dias para a entrega da sentença – acarreta a extinção do compromisso arbitral e, conseqüentemente, a nulidade daquele julgamento (art. 32, VII). O prazo, porém, poderá ser prorrogado por acordo das partes com o árbitro, tantas vezes quantas correspondam ao interesse dos litigantes.

Exige a lei que a sentença arbitral seja dada em documento escrito (art. 24), que contenha os requisitos do art. 26 da lei. Assim, deverá esta sentença (de forma semelhante ao que ocorre com a sentença judicial) conter *relatório*, *fundamentação* e *dispositivo*, além de indicar a data e o local em que foi dada e de estar assinada pelo árbitro ou pelos árbitros que a elaboraram. No relatório, é obrigatória a menção aos nomes dos litigantes, sendo o espaço



para que os árbitros apresentem uma síntese do litígio a eles submetido. Na fundamentação da sentença arbitral, deverão os árbitros avaliar as questões de fato e de direito componentes das razões do litígio, indicando as razões que os levam a decidir de tal ou qual forma. É nesse momento que se estabelecem as premissas do julgamento, com o exame dos argumentos trazidos pelas partes, das provas produzidas e dos elementos relevantes para a formação do convencimento dos árbitros. Impõe a lei, também, que na fundamentação haja expressa menção de que a decisão se funda em equidade, quando este for o caso (art. 26, inc. II). Estabelecidas as razões do julgamento (os motivos que levam a determinada conclusão), passa-se ao dispositivo da sentença arbitral, que é o local em que os árbitros resolvem os pedidos que lhes foram apresentados, oferecendo a solução à controvérsia sujeita à arbitragem. Se necessário, também nesse momento se há de fixar prazo para o cumprimento da sentença arbitral pelas partes. Ainda na sentença arbitral deverá ser decidido a respeito das despesas e custas referentes à arbitragem. Compete aos árbitros imputar esta responsabilidade às partes, segundo critérios de equidade ou de acordo com a previsão contida na convenção de arbitragem (não sendo obrigatório seguir-se a disciplina prevista no CPC a esse respeito). Do mesmo modo, em havendo previsão na convenção de arbitragem sobre a questão, caberá aos árbitros, na sentença arbitral decidir a respeito de eventual litigância de má-fé, impondo ao responsável as sanções contempladas no pacto.

A sentença arbitral – no caso de ser proferida por tribunal arbitral – é tomada por maioria de votos, prevalecendo, no caso de dissidência invencível, o voto do presidente do tribunal (art. 24, § 1º). Poderá o árbitro vencido, se assim entender necessário, declarar seu voto em separado, o que, todavia, não alterará a substância da decisão, nem terá repercussões em termos de eficácia da decisão ou de impugnabilidade da sentença.

Concluída a sentença arbitral, dela será dada ciência às partes, através do envio de cópia da decisão, pessoalmente (com recibo), por via postal ou por qualquer outro meio de comunicação (mediante prova do seu recebimento). A partir desta ciência, terá início o prazo para o cumprimento da decisão, o qual, descumprido, sujeitará o infrator à competente demanda judicial executiva.

A sentença arbitral não se sujeita a recurso de qualquer espécie, nem a homologação judicial (art. 18). Poderá, porém, a parte interessada requerer ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) no prazo de 5 dias, contados da ciência da sentença arbitral, com



comunicação ao seu adversário, que corrija eventual erro material contido naquela decisão ou até mesmo que esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição ali presente ou mesmo supra possível omissão verificada. Esta possibilidade, semelhante aos embargos de declaração previstos na legislação processual comum, visa, como é claro, a evitar a entrega de decisão defeituosa, que depois encontre dificuldade em ser cumprida ou mesmo entendida – pelas partes e, eventualmente, pelo Poder Judiciário, em havendo a necessidade de sua execução ulterior. Apresentado o requerimento de esclarecimento/retificação da sentença, deverão os árbitros a seu respeito pronunciar-se em 10 dias, aditando a sentença se for o caso, e comunicando as partes após, de forma idêntica à comunicação referente à sentença.

8. NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

Em princípio, a sentença arbitral corresponderá à solução da controvérsia a ser utilizada pelas partes. Ainda que as partes não se satisfaçam com esta decisão, ou mesmo que pudessem opor-se – por algum vício material ou formal – a ela, por terem optado pela arbitragem, renunciaram à solução da lide pelo Poder Judiciário, a ele não podendo recorrer para revisar a deliberação arbitral.

Excepcionalmente, porém, admite-se que a parte interessada possa buscar, junto ao Poder Judiciário o reconhecimento da nulidade da sentença arbitral. De fato, haverá vícios que comprometerão tão diretamente a função e o desenvolvimento da arbitragem, que não será possível considerar-se o resultado obtido como a intenção das partes ou como o objetivo do Estado (ao autorizá-la como meio alternativo de pacificação social). Assim é que o art. 32, da lei de arbitragem, arrola as situações que geram nulidade da sentença arbitral. Será nula esta decisão sempre que “I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;¹² VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”.

¹² Excetua-se, aqui, a hipótese em que a omissão tenha sido suprida por meio do instrumento, antes visto, posto no art. 30, da lei (semelhante aos embargos de declaração).



A nulidade da sentença arbitral – e *a fortiori* da convenção de arbitragem, quando for o caso – poderá ser pleiteada ao Poder Judiciário (art. 33), em demanda que seguirá o rito ordinário, a ser proposta no prazo de até 90 dias contados da data da ciência da prolação da sentença arbitral (ou do seu aditamento). Decidindo o caso, o juiz, se procedente o pedido, declarará a nulidade da sentença proferida (ou da convenção havida), determinando, quando for o caso, que nova sentença seja dada. Obviamente, somente será caso de nova sentença arbitral quando a nulidade da primeira não tiver por fundamento a vedação da arbitragem sobre a questão ou a impossibilidade atual da sua renovação (v.g., art. 32, incs. I e VII). Eventualmente, também, poderá ocorrer que o magistrado anule o procedimento arbitral (total ou parcialmente) determinando, antes da prolação de nova sentença arbitral, o refazimento do procedimento, a partir do momento em que ocorreu o vício (v.g., art. 32, inc. VIII).

A declaração de nulidade da sentença arbitral – além de poder ser reconhecida em ação autônoma, na forma acima descrita – também poderá ser pleiteada por intermédio de embargos à execução, na hipótese em que a sentença arbitral venha a ser executada judicialmente (art. 33, § 3º). Para esta hipótese, evidentemente, não se aplica o prazo de 90 dias antes referido, mesmo porque não terá o executado como controlar a ocasião em que, na execução, lhe será facultado opor os embargos.

9. EFETIVAÇÃO DA DECISÃO ARBITRAL

A sentença arbitral é tida como título executivo, para eventual execução judicial que se faça necessária. De acordo com o CPC, será ela tida como título executivo judicial (art. 584, inc. VI). Ao que parece, todavia, melhor seria colocá-la em situação apartada, pertencente a categoria exclusiva, à qual se poderia denominar de título semi-judicial. Com efeito, sabe-se que a relevância da distinção entre títulos executivos judiciais e extrajudiciais encontra-se exclusivamente no âmbito da cognição dos embargos a execução oponíveis. Quando a execução se funda em título executivo judicial, os embargos somente poderão versar a matéria arrolada no art. 741, do código, ao passo que, em se tratando de execução fundada em título extrajudicial, serão alegáveis nos embargos quaisquer matérias pertinentes imagináveis pelo embargante. Ora, na hipótese específica da sentença arbitral, tem-se situação intermediária: nem é possível a alegação, apenas, da matéria enumerada no



art. 741, do código, nem admitem os embargos cognição irrestrita. Nos embargos à execução, opostos contra execução fundada em sentença arbitral, poderá o executado deduzir, além da matéria apontada no art. 741, do CPC, todas as causas de nulidade desta decisão, contempladas pelo art. 32, da lei de arbitragem. Exatamente por conta disso, vê-se que este título executivo merece ser posto em situação intermediária, já que não se enquadra perfeitamente nem como título judicial, nem como extrajudicial.

De todo modo, constituindo título executivo, a sentença arbitral admitirá execução por qualquer de suas modalidades (execução de quantia certa, de obrigação de fazer e não fazer ou de entrega de coisa). Findo o prazo fixado na sentença arbitral sem cumprimento espontâneo do preceito ali contido, será o título exigível judicialmente, cabendo o oferecimento do processo de execução. Seguir-se-á, então, o regime previsto no CPC para o processo de execução respectivo.

Tema que tem suscitado controvérsia no direito brasileiro diz respeito à efetivação de provimentos de urgência referentes a questões submetidas à arbitragem. Estabelece o art. 22, § 4º, da lei de arbitragem, que, em havendo a necessidade de provimentos de urgência na pendência do procedimento arbitral, “os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa”. Não obstante a redação clara do dispositivo, diversos autores nacionais sustentam que o árbitro possui o poder de outorgar tutelas de urgência (decidindo a seu respeito), ficando, porém, sua efetivação (e apenas esta) a cargo do Poder Judiciário. Tem-se entendido que o “juízo” a respeito da concessão ou não da medida de urgência é de competência exclusiva do árbitro – sequer podendo ser revista pelo Poder Judiciário – recorrendo-se à estrutura estatal tão-somente para concretizar-se a “ordem” concedida pelo árbitro.

Para sustentar essa idéia, recorre-se tradicionalmente à natureza jurisdicional que se procura dar à arbitragem. Como visto anteriormente, porém, nas definições utilizadas pela ciência processual, atualmente, para definir a jurisdição, não há a possibilidade de inserir-se o instituto da arbitragem. De todo modo, ainda que não se cogitasse daquela análise – estritamente teórica a respeito da definição de jurisdição – a solução para a questão seria idêntica.



Costuma-se dizer, sob outro ponto de vista, que a arbitragem deve ser considerada como jurisdição pois, em não sendo assim, haveria inconstitucionalidade em negar-se ao particular o acesso ao Poder Judiciário diante da opção pela arbitragem. Como se sabe, o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, prevê que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário (*rectius*, da jurisdição) qualquer lesão ou ameaça a lesão de direito. Considerando que a arbitragem impede o recurso ao Poder Judiciário, a única forma de garantir a constitucionalidade deste procedimento, na ótica destes autores, seria atribuir a ela, também, caráter jurisdicional (como atividade delegada do poder público). De fato, o árbitro, dentro de certos limites, exerce a tarefa que poderia ser atribuída ao juiz (e assimilada à deste), mas isto não significa, como é lógico, que a função do árbitro privado possa ser equiparada a de um juiz.

A diferença entre a tarefa do árbitro e a tarefa do juiz reside no fato de que somente o segundo pode exercer o poder do Estado. Dentro de um Estado de Direito, o poder jurisdicional é absolutamente fundamental, e este apenas pode ser exercido pelos juízes (ou por agentes públicos a eles assimilados). Desta maneira, não há que se falar em inconstitucionalidade pelo simples fato de as partes, usando livremente da sua vontade, terem optado pela arbitragem. Quando alguém opta pela arbitragem não há delegação de algo que não pode ser delegado – o poder jurisdicional –, mas simplesmente exercício de uma faculdade que os litigantes têm em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade.

Se na arbitragem não há exercício do poder atribuído aos juízes, é evidente que há diferença entre a função que pode ser desempenhada pelo árbitro e aquela que é deferida ao juiz. Não é o fato de um juiz ser diferente de um árbitro, como o funcionário público difere de um particular, que explica a diversidade das situações, mas sim o poder que somente pode ser entregue nas mãos do juiz. Poder-se-ia, então, falar em jurisdição estatal e jurisdição privada – já que a tarefa declarativa do árbitro também faz parte das atribuições entregues ao juiz –, desde que compreendido que o poder do juiz situa-se em um plano diferente ao da arbitragem. A questão do poder jurisdicional tem relação com o conceito de Estado, ao passo que a arbitragem apenas relaciona-se com a autonomia da vontade.

Na verdade, a discussão em torno da inconstitucionalidade da arbitragem foi desvirtuada, pois jamais se pretendeu excluir o cidadão do direito de buscar o poder



jurisdicional, *mas apenas regular uma forma de manifestação da vontade*. O fato de um árbitro privado poder solucionar a controvérsia que antes seria levada ao Judiciário não significa uma usurpação do poder jurisdicional. Em resumo: a tarefa do árbitro e a tarefa do juiz, em um sentido, podem ser iguais, já que ambas visam à pacificação social, mas quando se confere tal tarefa ao árbitro não se transfere a ele o poder do Estado.

Precisamente por esta razão – *pelo fato de que o árbitro não pode exercer o poder do Estado (imperium)* – é que não se pode admitir que possa ele outorgar providências de urgência. O árbitro pode ser imaginado como uma forma especial de transação, em que, ao invés de disporem as partes diretamente sobre o direito que entendem possuir, dispõem elas *indiretamente*, atribuindo a um terceiro o critério sobre como será feita a renúncia (parcial ou total) do direito supostamente existente. É exatamente nesse sentido que se disse acima que a arbitragem é sobretudo modo especial de regular a manifestação de vontade. O árbitro apenas pode fazer aquilo que se coloca (originalmente) no campo de disposição das partes a respeito do direito submetido ao processo arbitral. Ora, as medidas de urgência não constituem elemento contido no poder de disposição das partes, *revelando-se antes como expressão do poder estatal* – que, para decidir as controvérsias, precisa do processo, o qual demanda tempo, impondo a necessidade de soluções provisórias às questões¹³ – indispensável ao desenvolvimento de sua função jurisdicional.

Exatamente porque as providências de urgência não se encontram no âmbito de disponibilidade do direito da parte é que não se pode pensar que possa o árbitro deliberar a seu respeito. Acertadamente, prevê a lei de arbitragem que devem estas providências ser requeridas ao Poder Judiciário, que examinará o seu cabimento e providenciará a sua realização, com todo o aparato de *imperium* que possui.

Aliás, por outra razão, de ordem prática, seria possível negar a possibilidade de o árbitro conceder tutelas de urgência. O essencial no domínio da tutela de urgência é, precisamente, a rapidez com que se age e com que se realiza o comando provisório. Ora, ainda que o árbitro pudesse examinar o pedido de tutela de urgência, teria esta decisão que ser levada ao Poder Judiciário para seu cumprimento. Considerando que o árbitro não tem

¹³ A este respeito, v. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Librería “El Foro”. 1996, p. 41 e ss.



poderes de *imperium*, aquela decisão provisória também deveria ser tida como possuindo eficácia preponderantemente condenatória – ao menos dentro da estrutura hoje existente – sujeitando-se, assim, a processo de execução. Pois, sabe-se que o procedimento existente na lei brasileira para o processo de execução é *totalmente incompatível* com a necessidade de urgência exigida pelo provimento de urgência; trata-se de procedimento demorado, repleto de incidentes, e que ainda pode ser suspenso por diversas causas (a exemplo dos embargos do executado). Conferir, assim, ao árbitro o poder de ditar medidas de urgência – submetendo, após, esta decisão a execução por processo de execução frente ao Poder Judiciário – seria totalmente inútil, sob o ponto de vista prático, já que dificilmente estas medidas chegariam a ter alguma eficácia concreta tempestiva.

Ao lado de tudo isso, ainda é importante considerar que não se pode – à vista da ausência de preceito explícito a respeito (que seria, ainda que existisse, de duvidosa constitucionalidade) – vedar ao magistrado, que fosse “executar” esse provimento de urgência concedido pelo árbitro, o poder de revisar aquela decisão, especialmente no que toca aos pressupostos para sua concessão. De fato, não se tratando da decisão arbitral final, e havendo a necessidade de *impor-se ordem a alguém* (por conta da tutela de urgência) está-se diante do campo do exercício do poder do Estado, e este somente pode ser legitimamente exercido por meio – e segundo deliberação – das autoridades investidas nesse poder. Realmente, a *ordem* não se encontra no campo de disposição da parte, não *pertencendo* ao seu direito. Cumpre ao Estado valer-se desse tipo de comando – como exercício de força – quando entender necessário. E só quem pode decidir sobre a aplicação dessa força é a autoridade pública, jamais o particular e, por via de consequência, o árbitro por ele escolhido.

Por todas estas razões, parece ser efetivamente acertada a orientação contida na lei brasileira de arbitragem, de reservar o exame (e a atuação) das medidas de urgência apenas ao Poder Judiciário.

10. SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

A lei brasileira reconhece, ao lado da arbitragem nacional, a possibilidade da arbitragem internacional, com valor e eficácia no território brasileiro. Podem, portanto, os interessados, valer-se de institutos de arbitragem internacionais (muitos dos quais com



inequívoca tradição e autoridade) para a decisão de qualquer questão que poderia ser submetida à arbitragem nacional.

A fim de que a sentença arbitral estrangeira seja válida e eficaz no território nacional, exige-se, todavia, sempre, a sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal (art. 35, da lei). Esta homologação será procedida na forma ditada pela legislação processual para a homologação de sentenças judiciais estrangeiras (arts. 483/484, do CPC, e arts. 215/224, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), tratando-se, normalmente, de procedimento simples e sem maiores complicações.

A parte interessada na homologação de sentença arbitral estrangeira deverá solicitá-la, ao Supremo Tribunal Federal, em petição escrita, que deve observar os requisitos essenciais de qualquer petição inicial (art. 282, do CPC), a ser instruída com o original da sentença arbitral estrangeira (ou cópia certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e guarnecida por sua tradução oficial) bem como com o original da convenção de arbitragem havida, ou seu equivalente (ou ainda cópia destes elementos, também devidamente certificados e acompanhados de tradução oficial). Não preenchendo a petição inicial os requisitos indispensáveis, ou não estando acompanhada dos documentos referidos, determinará o Presidente que o requerente emende a peça, no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento.

Ouvida a parte contrária – no prazo de 15 dias – poderá esta opor-se ao pedido de homologação, seja impugnando a autenticidade da documentação juntada pelo requerente, seja apontando alguma das causas que impeça a homologação daquela sentença arbitral (art. 221, do RISTF). De acordo com o que prevê o art. 38, da lei de arbitragem, poderá ser negada a homologação da sentença estrangeira quando se demonstrar que: “I – as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II – a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III – não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV – a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V – a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI – a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória



para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença for prolatada”. Também não se homologa sentença arbitral estrangeira que verse sobre litígio que, de acordo com a lei brasileira, não pode sujeitar-se à arbitragem ou que ofenda à ordem pública nacional.

Feita a impugnação, admite-se réplica, no prazo de 5 dias, seguindo-se a manifestação do Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador-Geral da República. Não havendo impugnação (da parte requerida ou do Ministério Público), tocará ao Presidente do Supremo Tribunal Federal decidir e homologar a sentença arbitral estrangeira. Em caso de impugnação, será o feito distribuído e julgado em Plenário. Homologada a sentença, será possível extrair-se carta de sentença, para a execução perante o órgão competente.

Em caso de negativa de homologação por defeito formal da sentença arbitral estrangeira, poderá a parte interessada renovar o pedido, desde que sanado o vício (art. 40).