



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MARCIA DOS SANTOS EIRAS

**DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM, SEUS
ASPECTOS PROCESSUAIS E MEDIDAS CAUTELARES
FRENTE À LEI 9.307/96**

Londrina
2009

MARCIA DOS SANTOS EIRAS

**DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM, SEUS
ASPECTOS PROCESSUAIS E MEDIDAS CAUTELARES
FRENTE À LEI 9.307/96**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientadora: Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz

Londrina
2009

Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E35d Eiras, Marcia dos Santos.
Dos princípios norteadores da arbitragem, seus aspectos processuais e medidas cautelares frente à lei 9.307/96 / Marcia dos Santos Eiras. – Londrina, 2009.
144 f.

Orientador: Rozane da Rosa Cachapuz.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2009.
Bibliografia: f. 124-132.

1. Arbitragem (Processo civil) – Teses. 2. Arbitragem e sentença – Teses. 3. Medidas cautelares – Teses. I. Cachapuz, Rozane da Rosa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.02

MARCIA DOS SANTOS EIRAS

**DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM, SEUS
ASPECTOS PROCESSUAIS E MEDIDAS CAUTELARES
FRENTE À LEI 9.307/96**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz
Orientadora

Profa. Dra. Maria Cristina Viecili
Membro Convidado

Profa. Dra. Valkiria Aparecida Lopes Ferraro
Membro Interno

Londrina, 28 de setembro de 2009.

Dedico esta dissertação ao Rei dos Reis,
sem O Qual nada me é possível.

AGRADECIMENTO

Agradeço

À minha mãe, Rosa dos Santos Eiras, grande incentivadora e apoiadora nas horas difíceis. A você toda minha gratidão.

Aos meus familiares que de certa forma foram negligenciados no transcorrer do curso.

À Zoraide Sabaine dos Santos Amaro, cuja presença na minha vida foi uma dádiva de Deus e com quem compartilhei momentos inesquecíveis desta jornada.

Aos amigos pelo apoio e incentivo.

À Professora Rozane da Rosa Cachapuz, por ter aceitado orientar-me, com a gentileza e humildade características dos grandes seres humanos.

À todos os mestres que possibilitaram o aprofundamento de meu conhecimento durante o curso.

“Para ser grande, sê inteiro: nada
te exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
no mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
brilha, porque alta vive”.

(Fernando Pessoa)

EIRAS, Marcia dos Santos. **Dos princípios norteadores da arbitragem, seus aspectos processuais e medidas cautelares frente à lei 9.307/96.** 2009. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2009.

RESUMO

Os meios convencionais de solução de conflito já não satisfazem as necessidades surgidas no seio social, bastando observar a sobrecarga do Poder Judiciário, o que torna, muitas vezes, impossível a prestação efetiva da atividade jurisdicional a que se destina. Tal dificuldade cria obstáculos ao acesso à justiça por parte do cidadão, sendo necessária a implantação de meios alternativos de resolução de conflitos com fins de superação da crise estrutural do Judiciário. Com a crescente busca de forma de resolução de disputas fora da órbita estatal, situa-se, entre as modalidades, a arbitragem. Instituto com registros históricos de existência há 3.000 anos antes de Cristo, consolidou-se, através dos tempos, como meio célere e eficaz de resolução de conflitos, utilizada em larga escala na atualidade no âmbito comercial. O presente trabalho apresenta a evolução histórica da arbitragem até o advento da Lei 9.307/96 no ordenamento brasileiro, quando ganhou nova roupagem e teve regulado todo seu procedimento. Aborda a arbitragem sob a perspectiva do pós-positivismo, que busca, através de ações dirigidas pelos fundamentais princípios constitucionais, a construção de elementos normativos vinculados à colocação de princípios na prática jurídica. É apresentada como instrumento de concretização do princípio constitucional do acesso à justiça, cujos princípios processuais informadores dão singularidade ao instituto. Com formulação teórica, instauração e instrumentalidade estruturadas pelo princípio da autonomia de vontade e da boa-fé, a natureza contratual da arbitragem se estabelece através da convenção arbitral, que delinea todo o procedimento arbitral a partir da indicação dos árbitros e da modalidade de arbitragem até a final sentença. Contudo, algumas questões referentes a aspectos processuais e a competência para concessão e efetivação de medidas cautelares surgem a partir do texto legal. Ocorreram ainda alterações no âmbito da estrutura da sistemática processual, a partir de reformas efetivadas no Código de Processo Civil, que refletem na sistemática adotada pela Lei de Arbitragem. Tais questões ensejaram o desenvolvimento do tema abordado no presente trabalho que busca, sem a pretensão de esgotar a matéria, suscitar questões para reflexão sob novos parâmetros.

Palavras-chave: Arbitragem. Princípios. Árbitro. Processo arbitral. Sentença arbitral. Medidas cautelares.

EIRAS, Marcia dos Santos. **Of the guiding principles of arbitration, its procedural aspects and precautionary measures before Law 9.307/96.** 2009. 150p. Dissertation (Master`s degree in Negocial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2009.

ABSTRACT

The conventional means of conflict resolution no longer meet the needs arising within society, being enough only to observe the overload of the Judiciary Power, which often makes it impossible to effectively provide judicial activity as intended. Such difficulty impedes access to justice by the citizen, requiring the deployment of alternative dispute resolution for the purpose of overcoming the structural crisis of the judiciary. With the increasing search for a dispute resolution outside the state orbit, it is situated, amongst procedures, arbitration. Instituted with historical registry in existence since 3,000 B.C., it was consolidated, through the ages, as a rapid and effective means of conflict resolution, widely used nowadays in the commercial arena. This paper introduces the historical evolution of the arbitration up to the enactment of Law 9,307/96 in the Brazilian ordinance, when it was given a boost and had all its procedure regulated. It deals with arbitration from the perspective of post-positivism, which seeks, through actions driven by the fundamental constitutional principles, the construction of normative elements linked to the placement of legal principles of access to justice, which principles of autonomy of will and good faith, the contractual nature of arbitration is established through the arbitration agreement, which outlines the entire procedure of arbitration from the appointment of the arbitrators to the method of arbitration. However, some issues relating to the procedural aspects and the power to grant and enforce measures arise from the legal text. There were also alterations in the context of structure of the procedural system, beginning with reforms in the Civil Procedure Code, which reflect the system adopted by the Arbitration Act. Such issues motivated the development of the present paper, developed through the historical-deductive method, which seeks, without intention of exhausting the subject, to raise issues for discussion under new parameters.

Keywords: Arbitration. Principles arbiter. Arbitration process. Award. Cautionary measures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – ARBITRAGEM COMO MEIO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	16
1 ASPECTOS CONCEITUAIS	16
1.1 ESCORÇO HISTÓRICO.....	19
1.2 ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
CAPÍTULO II – DO ACESSO À JUSTIÇA	27
1 A QUESTÃO DOS PRINCÍPIOS FRENTE À ORDEM JURÍDICA NA ATUALIDADE	27
1.1 PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS.....	33
1.2 PRINCÍPIOS MATERIAIS	36
1.3 NOVO PARADIGMA	39
2 ACESSO À JUSTIÇA – PORTA PARA A CIDADANIA E DIGNIDADE HUMANA	41
CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS INFORMADORES DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM	44
1 DE GARANTIA PROCESSUAL	44
2 DEVIDO PROCESSO LEGAL	46
3 CONTRADITÓRIO E IGUALDADE DAS PARTES	49
4 LIVRE CONVENCIMENTO E PERSUASÃO RACIONAL DO JULGADOR	52
5 IMPARCIALIDADE DO JULGADOR	54

6 AUTONOMIA DA VONTADE E DA BOA-FÉ	56
CAPÍTULO IV – ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM.....	61
1 DO ÁRBITRO.....	61
1.1 PADRÃO DE CONDUTA DO ÁRBITRO	64
1.1.1 A Conduta do Árbitro sob a Perspectiva Habermasiana	68
1.2 COMPETÊNCIA E PODERES	70
1.3 RESPONSABILIDADE	73
2 CONVENÇÃO ARBITRAL.....	75
2.1 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	78
2.2 COMPROMISSO ARBITRAL	80
3 SENTENÇA ARBITRAL	83
3.1 DA OBRIGATORIEDADE DA SENTENÇA.....	89
3.2 DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE	95
CAPÍTULO V – MEDIDAS CAUTELARES E O PROCESSO ARBITRAL	102
1 MEDIDAS CAUTELARES – CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO	102
2 CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	109
3 PODER GERAL DE CAUTELA E MEDIDAS CAUTELARES: ANTECEDENTE E INCIDENTAL.....	112
4 CABIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO ARBITRAL	115
5 CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS.....	128
ANEXO	139
ANEXO 1.....	140

INTRODUÇÃO

O homem, por meio do desenvolvimento de uma vida em sociedade com seus pares, deparou com situações conflitantes, em que interesses se contrapõem. Por essa razão, surgiram sistemas de soluções de conflitos, buscando a pacificação social. Nas sociedades contemporâneas criou-se um sistema normativo baseado na regulamentação jurídica da atividade social, econômica, política, ambiental, considerado indispensável e suficiente para o bem estar social, o que reflete a idéia de que o direito positivo traz a desejada justiça social.

Através do fortalecimento do Estado ao longo dos tempos, foi gerida a idéia da função estatal pacificadora nos conflitos sociais, transformando-se tal função em um dos escopos do próprio Estado, que se constituiu, ao longo do tempo, detentor do poder de “dizer” o direito, avocando para si a tutela jurisdicional. Ocorre, desta maneira, o fenômeno da “judicialização” do conflito social, que transfere para o poder judiciário as expectativas de sua resolução bem como o atendimento de demandas. Contudo essa garantia de atuação estatal, realizada pelo Poder Judiciário, por meio da submissão das partes à atuação jurisdicional na solução dos litígios caracterizadores de conflitos de interesse, mostrou-se, ao longo do tempo, ineficaz para a solução dos conflitos tão logo apresentados ao juiz.

Em verdade o Poder Judiciário encontra-se sobrecarregado pelos inúmeros processos ajuizados, mostrando-se, muitas vezes, incapaz de prestar efetividade à atividade jurisdicional a que se propõe. Nesse sentido, o acesso à justiça resta prejudicado pela demora na solução das demandas propostas, comprometendo todo o sistema jurisdicional até agora desenvolvido. O tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora.

Justiça tardia não é justiça! Ocorrendo dilação ilegal no prazo de resolução dos conflitos, tal fato atinge o direito das partes, lesando-as sobremaneira. De modo geral, a insatisfação social, pela não efetividade na solução dos problemas levados ao judiciário, resulta na sensação de cerceamento do exercício da plena cidadania e no descrédito do regime democrático, valores tão caros entre os homens. Entretanto, diante da complexidade da sociedade, quando surgem novos direitos do homem, a cada dia mais extensos e com o abarrotamento de processos no Judiciário, tornou-se o Estado, muitas vezes, ineficaz em seu mister, qual seja, o

acesso à justiça, a uma ordem jurídica justa e à efetividade da tutela jurisdicional. Resulta, assim, ser difícil obter a garantia de uma proteção efetiva de tais direitos.

Nesse sentido, os meios convencionais de solução de conflito já não satisfazem as necessidades surgidas no seio da sociedade, requerendo outros instrumentos de pacificação condizentes com a rapidez e eficácia que a dinâmica social requer. O acesso à justiça implica em remoção dos obstáculos que dificultam a efetiva prestação jurisdicional no contexto da ordem jurídica justa.

Surgem, nesse contexto, as ADRs – *Alternatives Disputes Resolutions*. O termo refere-se a todas as formas de processos de resolução de disputas, sem intervenção de autoridade judicial. Entre eles, situam-se a conciliação, a arbitragem, a mediação e a negociação. Tais procedimentos, desvinculados do poder estatal, têm total caráter de autonomia, não necessitando de qualquer interferência do Estado, a não ser quando extremamente necessária.

Dentre os meios alternativos de solução de conflitos, situa-se a arbitragem, também chamada de heterocomposição, por ser um método de solução de conflitos através da sujeição da vontade das partes a um terceiro (árbitro). Pode ser submetida aos tribunais arbitrais qualquer controvérsia de origem civil, comercial e trabalhista que trate de direito patrimonial disponível, havida entre pessoas jurídicas ou físicas, capazes de contratar. Para tanto é necessária a existência de convenção arbitral.

No ordenamento brasileiro a arbitragem ganhou nova roupagem com o advento da Lei 9.307/96, que regula todo seu procedimento. Entretanto, o diploma legal suscita questões controvertidas, referentes a alguns aspectos processuais e à competência para a concessão e efetivação de medidas cautelares com fins de assegurar a efetiva realização dos interesses legítimos das partes envolvidas no processo arbitral. As novas alterações no âmbito da estrutura da sistemática processual, ocasionadas pelas modificações ocorridas no Código de Processo Civil, também refletem na sistemática adotada pela Lei de Arbitragem.

Essas observações motivam o desenvolvimento do tema a que se propõe o presente trabalho, no qual foi utilizado o método histórico – dedutivo – comparado. Desenvolvido a partir da abordagem dos aspectos conceituais, a arbitragem foi apresentada como procedimento jurisdicional privado para a solução de conflitos, instituído contratualmente, dotado de força legal, cujas decisões proferidas pelos árbitros se equiparam às sentenças proferidas através do Poder

Judiciário. O conceito de jurisdição, aqui utilizado, foi ampliado, considerada a função social da arbitragem – pacificação social – posto que a mesma é instituída sob a permissão estatal.

A partir desse contexto é apresentado o desenvolvimento histórico do instituto, surgido há mais de 3.000 anos antes de Cristo, sua sistematização na Grécia Antiga e migração para o direito romano, sua proliferação na Idade Média através da Igreja Católica Romana e do direito canônico. Demonstra, ainda, a opção pela prática da arbitragem com o desenvolvimento do comércio e sua estagnação no período napoleônico, que trouxe conceitos de estatização absoluta da justiça. Entretanto, a intensificação das relações comerciais até o século XX propiciou que a arbitragem ressurgisse com força.

No ordenamento jurídico brasileiro foi o instituto foi introduzido pela colonização, através do direito lusitano, inicialmente pelas Ordenações Filipinas, sendo adotado na Constituição do Império na modalidade privada em causas cíveis e penais. Nas Constituições de 1891, 1946, 1934 havia previsão de arbitragem apenas para se evitar a guerra. A Constituição de 1967, através da emenda nº 1 de 1969 dispôs sobre arbitragem nos conflitos internacionais. Na atual Constituição de 1988 é prevista a utilização de arbitragem nas relações internacionais da República Federativa e no art 114 a possibilidade de utilização na resolução de dissídios coletivos na área do trabalho.

Contudo, foi através da legislação de Direito Comercial que o juízo arbitral ganhou destaque no Brasil quando foi instituída sua obrigatoriedade em determinados procedimentos (locação mercantil e questões entre sócios). O Código Civil de 1916 regulou em maiores detalhes o instituto que é tratado pelo Código Civil atual em 03 artigos. No aspecto processual o Código de Processo Civil de 1939 continha título específico para regulamentação, mas foi com a Lei 9.307/96 que a arbitragem passou a ser regulada tanto material quanto processualmente, dispondo integralmente sobre a arbitragem.

Com base no texto legal da Lei de Arbitragem que foram desenvolvidos os tópicos do presente trabalho, que busca situar inicialmente a arbitragem no âmbito do direito pós-positivo, onde os princípios assumem papel fundamental na construção normativa. Após a exposição sobre a sistemática de interpretação e aplicação da norma sob essa perspectiva, foi situado nesse contexto o princípio constitucional de acesso à justiça como 'acesso à ordem jurídica justa',

que apresentado como a condensação das garantias constitucionais do processo, inclui a tutela jurisdicional pela arbitragem como alternativa à via estatal de solução de conflitos!

Sequencialmente foram desenvolvidos tópicos sobre os princípios informadores da arbitragem, que são de observação obrigatória: a) o da garantia processual, b) do devido processo legal, c) do contraditório e igualdade das partes, d) livre convencimento e persuasão racional do julgador, e) imparcialidade do julgador; princípios estes informadores do processo civil, porém de formatação a partir do modelo constitucional. Por fim foram apresentados os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé, estruturantes do instituto da arbitragem considerada sua natureza essencialmente contratual.

Particularmente, sobre os aspectos processuais da arbitragem, tratou-se da escolha do árbitro, figura de suma importância no processo arbitral, o padrão de conduta que o mesmo deve adotar, calcada em princípios éticos, restando demonstrada a vantagem da adoção da Ética do Discurso proposta por HABERMAS no desempenho de sua função, bem como competência, poderes e responsabilidades do árbitro.

Nessa vertente ainda foi abordado sobre a convenção arbitral enquanto negócio jurídico e suas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral. Ressaltada a inovação da Lei 9.307/96, que concedeu efeito vinculante à convenção de arbitragem, vez que sua formalização enseja o afastamento do acesso à jurisdição estatal, restando instituída a obrigação de instalação do juízo arbitral, desde que preenchidos os requisitos essenciais do contrato: capacidade das partes, manifestação de vontade válida (livre e boa-fé), objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei.

Em relação à sentença arbitral, produto final do processo arbitral, apesar de sua equiparação à sentença judicial por força legal, foram apresentados aspectos singulares do instituto. Embora tal sentença se torne título executivo judicial, sua executividade é remetida ao poder judiciário em razão da ausência de força coercitiva do juízo arbitral. Nesse tópico, destaca-se que entre as inovações trazidas pela Lei 9.307/96 está a desnecessidade de homologação da sentença pelo Judiciário, posto que tal decisão é revestida da autoridade de coisa julgada tornando-se imutável e permitindo a oponibilidade de exceção de coisa julgada.

A sentença arbitral, formulada sob a idéia de unicidade do julgado, calcada na estrutura da sistemática processual anterior às alterações geradas pela Lei 11.232/2005 no Código de Processo Civil, passa a ser vislumbrada com a possibilidade de prolação na modalidade parcial após a reforma. Tal perspectiva é de grande utilidade em questões complexas, onde o árbitro tem dificuldade em proferir sentença líquida tal como na rescisão de contratos de franquia e respectivas indenizações, tornando possível a definição do *quantum debeatur* em procedimento incidental, através de decisão interlocutória de função integrativa da decisão!

Consideradas as alterações ocorridas na estrutura da sistemática processual, quanto ao cumprimento da sentença arbitral será observado o procedimento determinado pelo art 475-J do CPC, mediante ao não cumprimento espontâneo do julgado a que o devedor foi condenado. Tratando-se de sentença arbitral mandamental ou executiva *lato sensu* serão observados os procedimentos do art 461 (obrigação de fazer ou não fazer) e 461-A (entrega da coisa) do CPC.

Após advento da Lei 11.232/2005 a doutrina passou a avaliar como cabível que sentenças declaratórias se constituam título executivo, bastando, para tanto, que ao reconhecer a existência da obrigação o dispositivo contenha todos os elementos da relação jurídica obrigacional. Desta forma passa a doutrina a incluir essa modalidade de sentença no rol de sentenças factíveis na arbitragem.

No que refere à impugnação da sentença arbitral nas modalidades de ação anulatória de sentença arbitral e os embargos do devedor, ambos com previsão no art 33 da Lei de Arbitragem, foi considerada a alteração do CPC que não mais prevê a execução de título judicial nem seus embargos, adotando, atualmente, no procedimento de cumprimento de sentença a figura da impugnação em substituição aos embargos.

Em relação às hipóteses de nulidade de sentença contempladas no art 32 da Lei, ensejadoras da ação anulatória, tratou-se dos vícios dos atos processuais, quando a sentença possui aptidão para produzir efeitos mesmo mediante a presença de nulidade. Em razão de não haver na arbitragem previsão de ação rescisória, uma vez escoado o prazo de 90 dias para propositura da ação para desconstituição da sentença proferida em sede de arbitragem, tal julgado se estabelece.

Contudo, apresentando o julgado vício oriundo de situação considerada extremamente grave, a sentença não produzirá seus efeitos. Será,

desta forma, considerada inexistente e sua impugnação possui natureza declarativa, com escopo de constatar que a sentença não produziu efeitos nem coisa julgada material, não se aplicando prazo decadencial previsto no § 1º do art 33, sob pena de ofensa à garantia constitucional da ação e do acesso à justiça.

Em continuidade tratou-se das medidas cautelares no processo arbitral e foram apresentadas suas classificações doutrinárias e características. Destacada a possibilidade de sua utilização nos processos arbitrais, enquanto providência concreta de urgência com a finalidade de assegurar resultado útil e eficaz do processo, excetuadas as medidas típicas referentes a direitos patrimoniais indisponíveis, posto que estas são inaplicáveis ao processo arbitral.

Previstas no art 22 § 4º da Lei 9.307/96, surge no artigo em comento questionamento quanto à extensão dos poderes do julgador para a concessão de medidas cautelares. Porém, considerado que não há dispositivo legal que vede o árbitro de decretar medidas cautelares, os princípios adotados pela Lei de Arbitragem e tendo sido o árbitro através da convenção de arbitragem autorizado pelas partes a decidir toda a matéria controversa, grande parte da doutrina tem concluído pelo poder do árbitro em decretar provimentos cautelares.

Vedação há quanto ao exercício compulsório do direito afirmado, que é atividade adstrita ao juiz estatal. Nesses casos estabelece-se uma relação de coordenação entre o árbitro e o juiz, onde o primeiro solicita ao segundo o cumprimento da medida, restando o Judiciário impedido de adentrar no mérito dessa questão.

Em arremate, desta forma foram apresentadas as considerações apresentadas no presente trabalho que busca, através de análise da Lei 9.307/96 e das alterações legislativas ocorridas com o advento da Lei 11.232/2005 no Código de Processo Civil, detectar, na atualidade, as perspectivas da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro com fins de oferecer argumentos para assegurar maior efetividade ao instituto.

CAPÍTULO I – ARBITRAGEM COMO MEIO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1 ASPECTOS CONCEITUAIS

Expressão de origem latina, arbitragem advém do termo *arbiter* que significa juiz, jurado. Segundo Plácido e Silva (2003), é termo utilizado para designar o “processo que se utiliza a fim de dar solução a litígio ou divergência, havida entre duas ou mais pessoas”. Trata-se, pois, de procedimento disponibilizado às pessoas naturais ou jurídicas, com capacidade para contratar, para fins de solução de conflito de interesses jurídicos patrimoniais disponíveis, através do qual os interessados concordam na escolha do árbitro ou árbitros de sua confiança, para solucionar o conflito e cuja decisão vincula as partes.¹

Strenger (1996, p. 33) define a arbitragem como “sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação”. Cabe ressaltar que ao Estado é possível a utilização da arbitragem nos casos em que o conflito de interesses seja afeto aos atos negociais por ele praticado, regidos pelas normas de direito privado². Nesse sentido é a definição apontada por Cretella Junior (1998), como:

¹ São quatro as teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem: a) *teoria contratual*, que não admite exercício de poderes jurisdicionais pelos árbitros em razão de não exercerem atividades coercitivas; b) *teoria publicista ou processualista*, que reconhece na convenção arbitral negócio jurídico contratual celebrado pelas partes por permissão legal, cujo efeito produz a derrogação das regras de competência estatal e para qual os árbitros exercem atividade jurisdicional, defendida por Carmona, Selma Ferreira Lemes, Nery Junior, Irineu Strenger; c) *teoria mista*, que parte dos fundamentos das anteriores, entretanto não coloca a arbitragem totalmente sob controle do sistema jurídico sob o qual se desenvolve, posição defendida por Carnelitti; d) *teoria autônoma*, de relevância nos procedimentos de arbitragem internacional os quais não têm vínculos com regras de sistemas jurídicos nacionais.

² A doutrina é majoritária no sentido de admitir a utilização da arbitragem nos conflitos em que o Poder público seja parte. Entre tantos: Selma Maria Ferreira, Eduardo Talamini, Ada Pellegrine Grinover, Pedro A. Batista Martins, Clávio Valença Filho, Eros Roberto Grau, Hely Lopes Meirelles.

O sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Calcada na manifestação da vontade das partes que de comum acordo optaram pela resolução de seus conflitos através de procedimento arbitral, a solução da lide é conferida a um terceiro, fora da órbita estatal. Por essa via surge para a sociedade civil a possibilidade de utilização de meios alternativos de pacificação social, fundada em sua dignidade e liberdade e que vai em busca de meios de solução de conflitos que não pela via estatal, posto que, no dizer de Muniz (2006, p. 58), “embora o Estado exerça a jurisdição, ele não tem o monopólio da justiça”.

Grinover (1996, p. 22), ao tratar da necessidade da superação da crise estrutural do Judiciário, preleciona que “abre-se caminho, na vertente extrajudicial, para a revisitação de equivalentes jurisdicionais, como a auto e heterocomposição, na busca de meios alternativos ao processo, capazes de evitá-lo”. Afinal, a pacificação social tem como objetivo último o próprio homem, em toda sua plenitude e dignidade da pessoa. Fundamentalmente, a dignidade do homem radica no fato de ser dotado de inteligência, eticamente livre, capaz de distinguir e de escolher. É um atributo ontológico do ser como parte integrante da espécie humana, como a liberdade e a igualdade. Barbosa de Melo (1997, p. 64) considera que:

[...] No pensamento democrático, ‘a eminente dignidade da pessoa humana aparece desenvolvida, numa primeira explicitação, através dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O primeiro – a liberdade traduz a autonomia da razão pessoal existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na regência de sua própria conduta social. Equivale à autodeterminação da pessoa na sociedade. O segundo – igualdade – reconhece como inerente a todo ser humano a mesma dignidade, atribuindo a todos os mesmos direitos essenciais, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente, proibe a utilização de certos critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica [...].

É nesse contexto que a arbitragem, inserida na atualidade entre os métodos diferenciados de resolução de conflitos, possibilita às partes, dentro do seu pleno e livre exercício da vontade, o exercício do poder de opção por procedimentos, eficientes, menos formais, menos onerosos, céleres, altamente técnico e especializado. Em tais procedimentos a decisão será proferida por profissionais com profundo conhecimento na matéria objeto do litígio, cujo âmbito de decisão encontra-se delimitado por convenção arbitral. Esse é o entendimento de Cachapuz (2000, p. 22):

A Arbitragem é um meio de resolução de conflitos mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontado com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável. Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido à irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário.

Desvinculados do Poder Estatal, esses procedimentos têm total caráter de autonomia, não necessitando de qualquer interferência do Estado, a não ser quando extremamente necessária. Daí a definição de Carmona (2006, p. 51), que a traduz como:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Destaca ainda o referendado autor que a arbitragem aplica-se apenas:

às causas que tratem de matérias a respeito das quais o estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade e, desde que, as partes possam, livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem (CARMONA, 2006, p. 56).

Importante, ainda, ressaltar as lições de Cachapuz (2000, p. 50) quando assevera que a arbitragem contratual é fruto do direito obrigacional, representando a “expressão máxima da autonomia da vontade ao permitir que as próprias partes solucionem suas pendências através da forma e procedimento que lhe aprouver”.

Desta maneira, a arbitragem pode ser classificada como procedimento jurisdicional privado³ ⁴ para a solução de conflitos, instituído contratualmente, porém dotado de força legal, cujas decisões proferidas pelos árbitros se estabilizam com sanções típicas de solução estatal.

1.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Na história, têm-se registros de que a arbitragem era praticada com fins de solução de conflitos há cerca de 3.000 anos antes de Cristo. Já nesse período era utilizada na Babilônia tanto no âmbito do direito interno para solução de controvérsias, como entre cidades-estados.

Entretanto, é na Grécia que a atuação de árbitros nas resoluções de controvérsias foi sistematizada no âmbito do direito processual. As leis gregas, categorizadas por Gagarin (1989, p. 63) em crimes, família, pública e processual, apresentam clara distinção entre lei substantiva e lei processual. Aristóteles, na Constituição de Atenas, IX, 1, evidencia a importância dada pelos gregos às leis processuais ao se referir às três reformas democráticas mais populares promovidas por Sólon (594 a.C.):

³ Embora muitos processualistas afirmem não haver atividade jurisdicional na função do árbitro, entre eles Teori Zavascki e Marinoni (2006, p. 148) defendem que a jurisdição só pode ser exercida por pessoa investida na autoridade de juiz, após concurso público de provas e títulos. Tal conceito deve ser revisitado, adotando-se posicionamento mais ampliativo, considerando-se que o objetivo último da jurisdição é a pacificação social e que a arbitragem é instituída sob a permissão estatal. Nesta esteira, a arbitragem é meio jurisdicional de solução de conflitos, cuja decisão do árbitro produz efeitos iguais às decisões proferidas pelo Judiciário.

⁴ Antes do advento da Lei 9.307/96, Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery já defendiam o caráter jurisdicional da decisão arbitral em comentário ao artigo 1.078 do CPC (Nery Junior e Nery, 1996)

Ao que parece estas três constituem as medidas mais populares do regime de Sólon: primeiro, e a mais importante, a proibição de se dar empréstimos incidindo sobre as pessoas; em seguida, a possibilidade, a quem se dispusesse, de reclamar reparação pelos injustiçados; e terceiro, o direito de apelo aos tribunais, disposição esta referida como a que mais fortaleceu a multidão, pois quando o povo se assenhoreia dos votos, assenhoreia-se do governo (SOUZA, 2008, p. 77).

A evolução do direito processual grego permitiu a sistematização do instituto da arbitragem, que constituía, basicamente, em duas práticas comuns como alternativas a um processo judicial normal: a arbitragem privada e a arbitragem pública. Souza (2008, p. 88) apresenta de maneira clara a distinção entre as duas modalidades:

A arbitragem privada era um meio alternativo mais simples e mais rápido, realizado fora do tribunal, de se resolver um litígio, sendo arranjada pelas partes envolvidas que escolhiam os árbitros entre pessoas conhecidas e de confiança. Nesse caso o árbitro (ou árbitros) não emitia um julgamento, mas procurava obter um acordo, ou conciliação, entre as partes.

[...] Por outro lado, a arbitragem pública visava a reduzir a carga dos *dikastas*, sendo utilizada nos estágios preliminares do processo de alguns tipos de ações legais. Nesse caso, o árbitro era designado pelo magistrado e tinha como principal característica a emissão de um julgamento, correspondente à moderna arbitragem.

Com a influência do direito grego, que se apresentou evoluído, o direito romano assimilou alguns conceitos e práticas jurídicas, entre elas o instituto da mediação e arbitragem. Desta forma, restaram caracterizadas no direito romano quatro fases evolutivas dos mecanismos empregados para a solução de conflitos:

a) num primeiro momento a resolução de questões era feita pela força individual ou do grupo (autotutela),

b) a do arbitramento facultativo, que perdurou durante toda a evolução do direito romano, onde se admitia a presença de árbitros para a resolução de conflitos individuais, escolhidos pelas partes, sem a interferência do estado,

c) a do arbitramento obrigatório, quando as partes não indicavam árbitros para a resolução da controvérsia, abrangia as *legis actione* (atos de defesa privada) e as *per formulas* (formulário), ambas modalidades da *ordo judiciorum privatorum*;

d) a justiça pública, quando o Estado⁵ toma para si a solução dos conflitos, com execução forçada da sentença através da *cognitio extraordinária*, surgida no século III d.C., sob Diocleciano.

Importante destacar que o processo romano, a partir da Lei das XII Tábuas em 450 a.C., apresentava-se bipartido: 1) *in iure* – desenvolvia-se perante um tribunal, na presença de um magistrado; 2) *apud iudicem*, desenvolvido diante de um cidadão privado.

Observa Figueira Junior (1999, p. 26) que “tanto no sistema das ações das leis como no sistema por fórmulas, a fase denominada *apud iudicem* desenvolvia-se perante um juiz particular ou juiz popular (*iudex*), que procedia à cognição, apurava os fatos e proferia sentença”. Paricio (1987, p. 39-41) expõe sobre a evolução no Direito Romano da figura dos juízes privados escolhidos pelas partes:

A diferença entre o *iudex* e o *arbiter* estava na maior liberdade que se atribuía ao árbitro com respeito ao juiz, o termo *iudex*, utilizava-se em sentido estrito quando a controvérsia jurídica era nítida e sua evolução dependia diretamente de uma simples aplicação da regra jurídica, por sua vez, o árbitro podia atuar com maior liberdade. [...] A diferença entre o juiz e o árbitro não estava relacionada com a forma de nomeação, mas somente afetava a discricionariedade com que atuava frente ao litígio. As arbitragens compromissórias existiam fora da esfera processual ordinária mas, através de um édito especial do pretor por volta do século II a.C., o árbitro *ex compromisso* era obrigado a ditar a sentença. A escolha do árbitro geralmente recaía na pessoa de um *bônus vir*.

O instituto da arbitragem teve disposição expressa no *Digesto* - Liv. IV, Tit. 8; Cód. Liv. II, Tít. 55, sob título *De receptis*, cuja obra legislativa, datada de 533 d.C., fora realizada por ordem de Justiniano. Entre as formas de *recepta* no *Digesto* elencadas, a de denominação *receptum arbitrii* representava a assunção por parte de um árbitro escolhido mediante *compromissum* entre as partes, da tarefa de proferir juízo sobre controvérsia apresentada à sua decisão, ato designado de *sententia*.

Entretanto, foi na Idade Média o período de grande sucesso da arbitragem, ordinariamente utilizada por nobres, senhores feudais e soberanos.

⁵ A expressão é aqui utilizada no sentido de existência de um poder centralizador, posto que o surgimento do Estado, conforme conhecido na atualidade, deu-se com o advento da Modernidade.

Schizzeroto (1982, p.8-9) destaca cinco causas fomentadoras do desenvolvimento da arbitragem nessa época histórica: “ausência de leis ou sua excessiva dureza e incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos, fraqueza dos Estados, e conflitos entre Estado e Igreja”.

A expansão institucional da Igreja, advinda da liberdade de culto outorgada pelo imperador Constantino em 313 d.C., aumentou a jurisdição do Papa e dos bispos sobre os fiéis. A extensão progressiva do domínio jurídico-jurisdicional da Igreja, facilitada pelo desmoronamento das estruturas políticas, jurídicas e jurisdicionais no Ocidente europeu, em razão da queda do Império Romano do Ocidente – 476 d.C.- e das invasões bárbaras, resulta na constituição de um corpo normativo mais complexo do que o contido nos Livros Sagrados.

A igreja passa a monopolizar a produção intelectual jurídica na idade feudal. O direito canônico conservou os preceitos dos jurisconsultos romanos como fonte supletiva da justiça da Igreja quando não conflitante com os concílios e decretos dos Papas, mantendo-se, durante toda a Idade Média, ímpar como direito escrito e universal. Hespanha (2005, p. 152) destaca a notória influência canonística:

(i) em matéria de relações pessoais entre os cônjuges; (ii) na valorização da vontade (em vez da forma) no direito dos contratos; (iii) na desformalização do direito sobre as coisas (valorização da posse em relação à propriedade), (iv) na valorização da sucessão testamentária e na desformalização do testamento; (v) na exigência de boa-fé para a prescrição; (vi) na valorização das soluções de equidade (*aequitas*) contra as decisões de direito estrito (*stricti iuris, rigor iuris, apices iuris*); (vii) em matéria processual, na promoção da composição amigável e da arbitragem; (viii) em matéria processual penal, no estabelecimento do processo inquisitório, com uma maior preocupação da averiguação da verdade material.

A prática da arbitragem pela Igreja Católica Romana restou intensificada em razão de sua jurisdição, considerada extensa devido às grandes porções de terras de propriedade dos clérigos, e pela adoção da orientação dada por São Paulo aos Coríntios (I Cor 6:1) de não recorrerem à justiça romana em casos de se levantarem diferenças entre os cristãos, quando o ideal é que a questão seja levada aos seus pares para ser decidida.

Concomitantemente ao final da Idade Média surge o período em que os comerciantes aderiram a essa prática de solução de conflitos, posto que

priorizavam resoluções mais rápidas e eficientes à dos tribunais oficiais para suas controvérsias. É nesse período histórico que há a formatação do Direito Comercial:

O comércio e a indústria, sob o influxo das idéias do Cristianismo, travaram, por bem de sua liberdade e desenvolvimento, luta renhida contra velhas instituições políticas e contra a inflexibilidade, rigidez e dureza das regras de direito romano, o *jus commune*, que por muitos séculos, auxiliado pelo *jus gentium*, bastou para prover as exigências do tráfico comercial. À medida que tomavam impulso as transações, amudava-se o comércio marítimo, e se desenvolvia o crédito. Paralelamente àquele direito, apareceram na República da Itália, como Veneza, Gênova, Pisa, Florença, etc., os usos e costumes, seguidos do trato dos negócios (*stylus mercatorum*), primeira manifestação jurídica do exercício do comércio (STRENGER, 2005, p. 791).

Ao florescer, o Direito Comercial, segundo Nascimento (2006, p. 89), surge “na Itália onde ele encontra campo mais favorável para prosperar, tendo como bases fundamentais as corporações e as feiras, estas também desempenhando papel importante no desenvolvimento do direito francês”. São criadas as corporações de classes, entre elas a dos mercadores, para a proteção e assistência dos comerciantes, que tinham como característica serem dotadas de um poder legislativo e de um poder judiciário.

À época, é formatado um novo tipo de arbitragem, imposta pelas corporações aos seus grupos como única forma de solucionar controvérsias, denominada arbitragem obrigatória, que alcançava determinadas matérias e cujas decisões eram emanadas de forma vinculante e obrigatória para as partes.

A utilização da arbitragem voluntária e da obrigatória, incrementadas pelo desenvolvimento do comércio na Europa medieval, aprimoraram-se pela via do direito canônico, período em que foi outorgada às partes ampla liberdade na escolha do rito, forma dos juízos arbitrais e nomeação dos árbitros, cuja oportunidade de atuação no ofício de árbitro foi estendida às mulheres.

Restou, dessa maneira, reafirmado o caráter privado da arbitragem, com disposições que asseguravam sua conclusão com celeridade, bem como surgiram garantias para a intangibilidade da sentença arbitral. Porém, historicamente, houve um retrocesso na utilização do instituto ao qual Carmona (1993, p. 45) situa no tempo:

No século XIX assiste-se a uma influência da lei napoleônica sobre todo o continente europeu (e, por via de conseqüência, sobre as leis dos países americanos que conquistavam paulatinamente a independência), arraigando-se nos mais diversos sistemas legislativos a idéia de processualização da arbitragem e estatização absoluta da justiça, de tal modo que se torna inevitável o refluxo da arbitragem que, pouco a pouco, perde o caráter jurisdicional que em muitos sistemas era-lhe reconhecido.

A intensificação das relações comerciais, entretanto, ao longo dos séculos, mola propulsora do desenvolvimento mundial, e a diversidade de sistemas legais nacionais, resultantes do surgimento do Estado moderno soberano poderoso para instituir e aplicar a ordem em seu território, no que tange à participação dos Estados nos atos de comércio,

convenceram os juristas e comerciantes, nessa área, de que as leis nacionais interferem negativamente no crescimento global do comércio e de que há necessidade de desenvolver regras que possam ser aplicadas indistintamente, seja onde for que ocorra uma transação de comércio (STRENGER, 2005, p. 795).

É, no século XX, com a abertura dos mercados e internacionalização das economias, que a arbitragem ressurge com força, voltando a ocupar o prestígio de épocas anteriores, de maneira renovada e fortalecida pelos tratados internacionais que surgem em abundância.

1.2 ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A origem das instituições jurídicas brasileiras reside em Portugal que, mesmo antes de transformar-se em Reino, em 1139, já tinha a arbitragem adotada pelo direito lusitano medieval. A primeira compilação oficial das leis, promulgadas durante o reinado português, surge no século XV, pela coroa de Dom Afonso V, sob a denominação de Ordenações Afonsinas, que também regulava o instituto da arbitragem. Sequencialmente surgiram as Ordenações Manuelinas e

posteriormente as Filipinas, que mantiveram a orientação das Ordenações anteriores (WOLKMER, 2008, p. 59).

No Brasil, historicamente, a arbitragem foi introduzida através das Ordenações Filipinas, via colonização portuguesa, que vigorou até a promulgação do Código Civil de 1916. A Constituição do Império (1824) adotou a arbitragem na modalidade privada nas causas cíveis e penais, com possibilidade de execução de sentenças sem recursos, desde que as partes assim convencionassem. Entretanto, nas Constituições republicanas de 1891, 1946 e 1934, havia previsão apenas da arbitragem como meio para evitar a guerra, com ressalva a essa última, que, em seu artigo 5º, XIX, c, referia-se à competência dos Estados para legislar sobre “organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral”. Posteriormente, o texto constitucional de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, dispôs sobre a utilização de arbitragem nos conflitos internacionais (MUNIZ, 2006, p. 42-43).

Na atualidade, a Constituição, editada em 1988, estabelece no artigo 4º que a República Federativa do Brasil reger-se-á, nas suas relações internacionais, pelos princípios de solução pacífica dos conflitos, dentre os quais se situa a arbitragem. Estabelece ainda, no art. 114, § 1º, a possibilidade da utilização da via arbitral na resolução de dissídios coletivos na área trabalhista⁶. Porém, foi através da legislação atinente ao Direito Comercial que o juízo arbitral ganhou destaque e importância na legislação infraconstitucional. Inicialmente pelo Código Comercial de 1850, que instituiu juízo arbitral obrigatório para assuntos comerciais em determinados procedimentos (locação mercantil e questões entre sócios) e estabeleceu valor de promessa à cláusula compromissória (CARMONA, 1993, p. 47), mais tarde na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76).

Na seara cível, o Código de 1916 regulou em maiores detalhes o instituto, prevendo que pessoas capazes de contratar poderiam firmar compromisso de resolução de conflitos jurídicos que versassem sobre direito patrimonial

⁶ Embora tal previsão conste no texto constitucional desde 1998, apenas no ano de 2000 a 7ª Turma do TST emitiu decisão unânime reconhecendo como válida a arbitragem trabalhista nos dissídios individuais (AIRR-1475/2000 – 193-05-00.7), demonstrando evolução do pensamento jurídico brasileiro no âmbito trabalhista. Diversos países têm na arbitragem e mediação uma via para a solução de controvérsias trabalhistas, entre eles: Reino Unido, Estados Unidos da América, Espanha, Bolívia, Colômbia, México, Venezuela, Noruega e Suécia.

disponível mediante Tribunal Arbitral (arts. 1037 e ss.) (MUNIZ, 2006, p. 43). O Código atual, Lei 10.406/2002, trata da matéria em apenas três artigos⁷.

No aspecto processual, a arbitragem ganhou, no Código de Processo Civil de 1939, título específico para sua regulamentação, sendo esse tratamento ampliado pelo Código de 1973, que regulamentou o laudo arbitral e estabeleceu a necessidade de homologação para sua execução forçada, criando, ainda, a possibilidade de recurso ao Judiciário (MUNIZ, 2006, p. 44). Contudo, pelo advento da lei 9.307/96 a matéria passou a ser regulada tanto no aspecto material quanto formal. A nova lei dispôs integralmente sobre a arbitragem, versando, nos seus quarenta e quatro artigos, organizados em sete capítulos, sobre o procedimento para arbitragem, a homologação e execução de sentenças arbitrais, revogando as disposições em contrário (CACHAPUZ, 2000, p. 35).

Recente marco histórico no tema da arbitragem na legislação pátria é o Decreto nº 4.311/02, que inseriu o Brasil na Convenção de Nova Iorque, o mais importante acordo mundial sobre arbitragem, que dispõe sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

⁷ Arts. 851 852 e 853 do Código Civil.

CAPÍTULO II – DO ACESSO À JUSTIÇA

1 A QUESTÃO DOS PRINCÍPIOS FRENTE À ORDEM JURÍDICA NA ATUALIDADE

Primeiramente cumpre destacar que os princípios constituem os fundamentos de todas as ciências, aqui inclusa a ciência jurídica. Na tentativa de busca de interpretação do processo de entendimento do Direito como elemento organizador da sociedade e instituto de coerção único e oficial, notam-se três fases distintas cuja interdependência é clara (BARROSO, 2009, p. 235-242).

Primeiro, houve a fase metafísica na qual o Direito era visto com uma origem transcendente, ou seja, como oriundo de um mundo ideal ou de um ser etéreo aos moldes da noção de “direito divino”, conforme defendeu Bodin⁸ e Santo Tomás de Aquino⁹. Nessa fase, o Direito vinculava-se com uma característica de determinabilidade intransigente de ações, obrigações e deveres sem que houvesse qualquer discussão do homem como sujeito “produtor” das normas em questão.

Em segundo lugar, houve a ascensão da perspectiva cientificista, pautada na fase “positivista”, quando o direito, seguindo a noção da capacidade do homem de construir o mundo que o cerca conforme a razão, passa a se relacionar especificamente com o processo de construção normativa e respectiva aplicação na sociedade. É exatamente por esse viés que ascende o ideário de uma leitura essencialmente “científica” do Direito, revelando a noção de uma construção normativa sob a égide imutável do princípio da legalidade.

Em terceiro lugar, pensadores do Direito comentam a existência de uma fase “pós-positivista” em que, apesar das leis, decretos e normas serem elementos imprescindíveis para a construção do Direito, são os princípios que assumem papel fundamental, colocando de lado uma perspectiva dogmática presa nas normas programáticas:

⁸ Considerado fundador da Ciência Política, autor da obra ‘*Seis Livros da República*’ (1576), em que apresenta sua teoria sobre a soberania e aponta a lei divina como limitação ao poder do soberano.

⁹ Padre dominicano, natural de Nápoles (1225-1274), distinguiu-se por ser o maior de todos os filósofos escolásticos da Idade Média, propôs que eram quatro as diferentes espécies de leis: a eterna, a natural, a divina, e a humana. Seja sob o império da Patrística ou da Escolástica os fundamentos do direito natural jamais deixaram de ser a inteligência e a vontade divinas

A normatividade dos princípios percorreu três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, os princípios estavam fora do direito, em um campo metafísico, associados à dimensão ético-valorativa inspiradora do direito. Na fase positivista, os princípios ingressaram nos códigos e leis como fonte normativa subsidiária com a função de garantir a inteireza e coesão do sistema. Por fim, a fase pós-positivista atual, na qual os princípios constitucionais têm um papel fundamental, consagra os princípios não apenas como direito, mas como “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (GUIMARÃES, 2006).

É exatamente em torno das relações contraditórias e complementares entre a segunda fase (positivista) e a terceira (pós-positivista) que giram as principais discussões sobre a aplicação correta da norma em relação a contratos e outras posições jurídicas nos dias atuais.

O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade (BARROSO, 2003, p. 28). A fase pós-positivista, ao defender a aplicação dos princípios como fundamentos imprescindíveis do processo normativo, na verdade, está promovendo uma diferenciação de interpretação do processo de entendimento do Direito.

É notório que, através de uma leitura antiga do Direito, não se considerava possível uma decisão legal apenas fundamentada em princípios, assinalando que a presença desses, em relação às normas, era de fundamentos “abstratos” na construção do Direito. Essa leitura “positivista”, como acima mostrado, por uma corrente extremamente científica, qualificava os princípios como meras figuras alegóricas que, na prática, eram frequentemente esquecidos diante das decisões totalmente fundamentadas no que a norma determinava claramente ou não. Seguindo esta forma de interpretação do direito, comenta Canotilho (1998, p. 1045):

Enquanto um direito constitucional pode ser directamente invocado em tribunal como justificativo de um recurso de direito público, já a inobservância de um princípio é considerada insusceptível de, por si só, fundamentar autonomamente um recurso contencioso. Seria, por exemplo, difícil fazer valer uma pretensão em tribunal invocando-se tão somente o princípio da proporcionalidade. Os princípios fundamentais, fornecendo embora directivas jurídicas para uma correcta análise dos problemas constitucionais, não possuem normatividade individualizadora que os torne susceptíveis de aplicação imediata e autónoma.

O autor claramente define os princípios como sendo elementos de valor imprescindível para o Direito, no entanto os classifica como “diretivas jurídicas” que, para terem validade na prática do Direito, devem ser instrumentalizadas pelas normas constitucionais positivamente vigentes. Essa interpretação positivista valorizava as normas como elementos de caráter programático, ou seja, como construções legais cujo valor estava relacionado com um resultado previamente estabelecido e “juridicamente” esperado.

Juristas, na atualidade, revelam exatamente que esta situação das normas jurídicas as desvincula de uma relação de validade social, sendo que, ao se usar o termo “normas programáticas”, acaba-se pensando em normas “fins” ou normas “resultados”, jogando-as a um espaço meramente técnico. Por isso, Canotilho (2002, p. 1161), em edição atualizada da mesma obra supra citada, revela uma clara mudança de seu pensamento em relação aos princípios, mas, principalmente, em virtude das modificações que a sociedade sofreu focalizando uma atuação mais dinâmica e direta dos princípios:

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas constitucionais programáticas. [...] Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. [...] Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.

As propostas pós-positivistas fundamentam que uma “norma”, vista apenas como uma regra de obrigação vinculada a fins “programáticos”, não pode ser elemento de construção normativa coerente com o contexto da sociedade, sendo fundamental a presença dos princípios que devem ser considerados como partículas construtoras das ações de Direito e não apenas figuras de embasamento teórico ou de característica somente de cunho complementar.

Nesse contexto, Dworkin (2002, p. 36) especifica “princípio” como um “padrão que deve ser observado, não porque vai promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma

exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Assim, a doutrina atual tende a criar a aplicação dos princípios diretamente em situações contenciosas, usando dois termos claros: “normas-regras” e “normas-princípios”.

As normas-regras referem-se às leis com seu caráter programático indiscutível, ficando aos moldes das perspectivas positivistas anteriormente comentadas, enquanto as normas-princípios são aquelas exatamente vinculadas com os princípios do Direito, como o respeito pela dignidade humana ou a noção de proporcionalidade, que se tornam “leis” a serem cumpridas e cuja aplicabilidade diretamente se dá na prática jurídica contemporânea:

Tornou-se comum mencionar na boa doutrina que as normas jurídicas são compostas de normas-regras e normas-princípios, assim, sem embargos de já não subsistir a divergência no que tange a noção de que princípios e regras são tipos de normas, ambos dotados de imperatividade (GUIMARÃES, 2006).

Para Bonavides (2006), a novidade da teoria pós-positivista do Direito se refere exatamente à construção de elementos normativos vinculados à colocação de princípios na própria prática jurídica. A hegemonia dos princípios significa a extensão da órbita pública do Direito compondo uma necessária proposta de interpretação fundada necessariamente na relação entre o direito e seu vínculo com as práticas sociais básicas.

Princípios e Regras passam a habitar um mesmo referencial, ambos sendo, portanto, partículas de aplicabilidade normativa, ou seja, regras conceituadas e válidas, sem a presença de qualquer hierarquia teórica entre si. Como resultados consolidados pela teoria dos princípios na fase do pós-positivismo, Bonavides (2006, p. 294) apresenta:

a) a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa;

b) a transição da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições);

c) a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas e o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica,

- d) a proclamação de sua normatividade;
- e) a perda de seu caráter de normas programáticas;
- e) o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra das Constituições;
- f) a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma;
- g) a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Percebe-se, então, que uma das grandes mudanças empreendidas pelo direito, vista pelo âmbito pós-positivo, é exatamente a ascensão da releitura do princípio da eficácia que, anteriormente, estava relacionado exclusivamente às regras de aplicabilidade normativa.

A eficácia não é mais o resultado conseqüente do processo de construção do Direito a partir das regras devidamente positivadas, mas passa a se relacionar com os resultados materiais consagrados pela relação construtiva entre regra oriunda de lei ou outra oriunda apenas de princípios. Deste modo, é necessário propor uma re-interpretação normativo-funcional do direito que é parte intransigente da cultura que se relaciona às partes interessadas e às mudanças sociais que, a todo instante, giram em torno da noção de “legal” e de “justo”.

Segundo Barcellos (2002, p.82), os princípios assumiram certamente a posição de regras de aplicabilidade e é exatamente esta característica que constitui o núcleo da noção de direito pelo âmbito pós-positivo. Toda vez, portanto, que houver uma situação que contrarie os princípios do Direito, na verdade, se está falando em uma situação que fere a noção pública de segurança e eficácia constitucional, dando margem exatamente para uma decisão pautada no princípio como regra aplicável.

Sendo assim, o Direito pós-positivo pode ser entendido justamente como o ato de gerir socialmente o direito que é baseado em ações dirigidas pelos fundamentais princípios constitucionais em um sentido amplo. Os princípios constitucionais são vistos não apenas como substâncias fixas, base das normas constitucionais, mas, necessariamente, são qualificados como veículos da mais pura e direta participação ativa nas situações contenciosas e na defesa dos direitos individuais e particulares dos cidadãos.

Crisafulli (2006) define este novo paradigma do direito no âmbito pós-moderno como sendo a percepção exata dos princípios como elementos com

“acepção” contextual de positiva aplicabilidade, ou seja, atuando diretamente no direito em decorrência de inúmeras qualidades especiais. Afirma o autor que o princípio consegue obter o status de atuação jurídica em virtude de ser válido para todos os homens conforme as seguintes qualidades:

a) A justiça detém comuns princípios de aplicabilidade que são indiscutíveis e válidos em toda situação de lide jurídica (generalidade).

b) Os princípios são os primeiros que devem ser tomados para a solução de conflitos humanos devido à sua característica de “construtor” dos valores normativos (primariedade).

c) Todo princípio só tem atividade jurídica em decorrência do respeito pela dignidade humana e pela capacidade do homem de dar sentido próprio às coisas (dimensão axiológica).

d) Os princípios criam obrigações e respeito como se fossem regras objetivas (objetividade).

e) Os princípios nascem da construção racional do homem e não provêm de uma determinação “divina” ou “dogmática” (transcendência).

f) Os princípios sempre são válidos em qualquer situação histórica conforme o contexto normativo (atualidade).

g) Os princípios mudam, adaptando-se em busca de uma eficácia social positiva (poliformia).

h) Os princípios se vinculam tanto a regras normativo-constitucionais, quanto ao anseio de fazer justiça do poder judiciário, relacionando-se totalmente com o caso específico em discussão (vinculabilidade).

i) Os princípios aderem tanto à norma, quanto à vontade do jurista e das partes envolvidas em busca de uma reunificação do consenso jurídico e eficaz (aderência).

j) Os princípios informam as partes sobre resultados pleiteados e sobre os fundamentos de respeito pela dignidade humana e pela noção de justiça, próprios da construção do Estado de Direito (informatividade).

l) Os princípios não atuam como verdades absolutas, buscando, a todo instante, uma complementação técnico-normativa, bem como relação complementar com os anseios sociais (complementaridade).

m) Apesar de não serem “regras” no sentido programático, a força dos princípios, em virtude de todos esses parâmetros, é exatamente relacionada a uma norma (normatividade).

Nessa órbita, especifica o autor:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo sejam [...] estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém. Desta conceituação é possível se extrair as seguintes características dos princípios do direito: a) generalidade, b) primariedade, c) dimensão axiológica. d) objetividade, e) transcendência, f) atualidade, g) poliformia, h) vinculabilidade, i) aderência, j) informatividade, l) complementaridade, m) normatividade (CRISAFULLI, 2006).

Podem ser elencados, no campo teórico pós-positivista, dois pilares básicos: a proposta de uma nova grade de compreensão das relações entre direito, moral e política; e o desenvolvimento de uma crítica contundente à concepção formalista do positivismo jurídico. Em relação a este segundo aspecto, interessa frisar a emergência de um modelo de compreensão principiológica do direito, que confere aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio do jurista, com reflexos diretos na interpretação e aplicação da ordem jurídica (NERY, 2002, p. 30).

Este é o caminho trilhado, na atualidade, de compreensão e aplicação dos princípios ao direito positivado.

1.1 PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS

Após a demonstração da nova perspectiva do Direito vista sob o âmbito da pós-positividade e a ascensão dos princípios como portadores de aplicabilidade direta nos conflitos, é indispensável a divisão de tais princípios em duas grandes classes: os instrumentais e os materiais.

A argumentação jurídica, principalmente a constitucional, é formada por dois conjuntos de princípios: o primeiro, é composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Ambas as categorias de princípios orientam a atividade do intérprete, de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais (BARROSO, 2002, p. 107).

Os princípios instrumentais se referem às diretas ações dos princípios nas práticas jurídicas, estando vinculados exatamente aos procedimentos que são realizados conforme as regras deles oriundas. Diferente do embasamento filosófico-social, tais princípios visam à construção de uma relação de equivalência e segurança processual no processo de aplicação dos valores de justiça neles baseados.

Não sendo fundamentais, tais princípios instrumentais buscam a melhoria do uso e dos resultados do processo e que, por conseguinte, podem ser considerados com maior ou menor amplitude, aceitando graduações várias de acordo com as circunstâncias concretas e os objetivos que desejam que sejam alcançados (NOBRE JUNIOR, 1998, p. 66). Eles, portanto, “se referem à consecução da prática processual decorrente dos princípios, sendo, subdivididos em três tipos: princípios de fundamentação, princípios de interpretação e princípios de supressão de lacunas” (OLIVEIRA, 2006).

Os princípios de fundamentação estabelecem o instrumento de construção normativa formado por uma função com duas ordens fundamentais: uma ordem derogatória e uma outra de qualidade diretiva. A ordem derogatória diz exatamente que toda e qualquer norma que for contrária ao regramento do princípio, automaticamente, perderá a vigência, sendo anteposta em uma hierarquia de inferioridade em relação àqueles. Já a ordem diretiva se refere necessariamente à orientação intransigente que o aplicador da norma, bem como o legislador deve ter ao construir uma regra de direito, no sentido de que esta deverá ser dirigida necessariamente pelos preceitos oriundos dos princípios:

Quanto à função fundamentadora: os princípios desempenham a função de fundamentação da ordem jurídica, gozando de eficácia derogatória e diretiva. Derrogatória na medida em que as regras que se contraponham à sua orientação carecerão de vigência, e diretiva na medida em que havendo antinomia entre regras e princípios, aquelas perderão a sua validade. Ou seja, o direito encontra o seu esteio nos princípios gerais do direito (OLIVEIRA, 2006).

Os princípios de interpretação se referem exatamente ao direcionamento dos conflitos normativos conforme os valores previamente fixados pelos princípios de Direito. Na medida em que os princípios atuarem na solução de conflitos, eles estarão, automaticamente, construindo uma relação com o ordenamento jurídico, complementando o caráter legislativo perante a aplicação normativa indireta. O desempenho na solução de controvérsia constrói a própria existência normativa no sentido pós-positivista.

Quanto à função interpretativa: os princípios desempenham, no plano de solução dos problemas constitucionais, o papel de vetores para soluções ótimas e juridicamente adequadas, na medida em que as controvérsias serão solucionadas com fundamento nas normas que desempenham o papel de fundamentação do próprio ordenamento jurídico (OLIVEIRA, 2006).

Por fim, os princípios de supressão de lacunas referem-se ao processo de suplementação do Direito quando sua "cortina de regras" não esteja devidamente contínua. Já amparada pela perspectiva positivista, a supressão de lacunas, no pós-positivismo, estará vinculada exatamente com a reconstrução normativo-axiológica, ou seja, não é mais apenas a combinação de uma norma com outra, mas a aplicação dos princípios exatamente nas falhas percebidas na lei.

Quanto à função supletiva: neste caso, desempenham os princípios o mesmo papel que lhes reservou o positivismo jurídico, na medida em que servirão para a colmatação de lacunas no ordenamento jurídico, impedindo a adoção de decisões *non liquet* (OLIVEIRA, 2006).

Assim, devido ao seu caráter geral, os princípios complementarão com facilidade o processo normativo.

1.2 PRINCÍPIOS MATERIAIS

Enquanto os “princípios instrumentais” se referem exatamente àquelas ações jurídicas intimamente ligadas à prática processual e à construção prática jurídico-positiva, os princípios materiais se referem aos sustentáculos substanciais da relação jurídica pós-positivista. Três são os princípios materiais fundamentais do direito visto no âmbito pós-positivista: o princípio da noção e resguardo da pessoa humana, a defesa da dignidade e a extensão interpretativa do princípio da legalidade (BARROSO, 2003, p. 371-375).

O princípio material da valorização da pessoa humana é uma das grandes mudanças próprias do Direito Pós-Positivo, no sentido de que a Constituição Federal, ao preferir a denominação de “pessoa” no lugar de homem ou de cidadão, propôs duas coisas. Primeiro a valorização do homem como fonte de toda criação jurídica e que, ao mesmo tempo, é o fim para o qual toda norma tem que se dirigir e também a igualdade total entre homens e mulheres, independente de raça, credo ou ideologia. Segundo, sabe-se que a palavra “pessoa humana” é de natureza neutra, servindo para qualquer elemento do gênero humano e, no sentido semântico, é muito mais apropriada que o termo “homem”.

O primeiro aspecto pauta-se no resguardo da pessoa humana que fundamenta o direito no sentido da presença intransigente de propostas materiais cuja sentença depende de toda decisão da vontade do homem, necessariamente, negando a leitura positivista que valorizava de forma exagerada a “vontade da lei”.

As normas, antes atreladas apenas ao aspecto técnico, e por isso chamadas de “programáticas”, têm que ser revistas quando se coloca o ideal de pessoa humana como seu principal fim. Nessa acepção, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Constituições contemporâneas, acarretou o reconhecimento dos princípios como normas fundamentais de todo o sistema jurídico, afastando-se a concepção de programaticidade, que justificava a neutralização da eficácia dos valores e fins norteadores dos sistemas constitucionais (GRAU, 2002, p. 97).

Telles Júnior (2003, p. 145-154) mostrou que, no mundo contemporâneo, cada vez mais, o homem vem deixando sua posição estática cujo

conceito é previamente delineado por uma norma fixa e passa a influir axiologicamente, construindo o direito e, principalmente, a si mesmo.

O segundo princípio material se refere ao resguardo da dignidade humana, que é entendida exatamente como a capacidade do homem valorizar a si mesmo na figura do próximo. A noção de dignidade, na perspectiva positivista, era apenas fundada no respeito pela norma, sendo que o seguimento de uma regra positivamente válida, em teoria, já pressuporia a noção de dignidade pautada na consideração positiva do próximo. Sabe-se, contudo, que nem sempre o seguimento perfeito de uma regra gera um resultado positivo para o próximo.

Diferente disso, muitas vezes, é na ação *contra legem* que se dá o respeito pelo outro, já que a norma instituída pode não ter aplicação positiva direta por estar ultrapassada ou por estar apenas atendendo a interesses avessos à noção de justiça ou ao interesse público. Neste sentido, o Direito pós-positivo releu a perspectiva de “dignidade humana”, buscando uma interpretação além do que é instituído pelas regras normativas, passando a se relacionar de forma direta com relação à vontade e com os princípios:

A dignidade humana, apesar de ter sido um conceito que foi absorvido pela leitura dogmática dos positivistas que a comparava como resultado natural do seguimento positivo da lei, não está efetivamente restrita à lei ou aos preceitos normativos. No pós positivismo, percebe-se que uma tomada de consciência que tente relacionar os anseios e desejos humanos com o respeito pela capacidade de criação e de orientação do próximo passa a superar determinações que classifico como “fragmentárias”, pois se tentarmos entender a noção de justo apenas pela perspectiva legal, estamos claramente fazendo uma análise restritiva que, tal qual um fragmento, apenas dá uma resposta incompleta (TELLES JUNIOR, 2003, p. 145-154).

O último princípio é o da extensão interpretativa da legalidade, e pode ser entendido como sendo o unificador dos outros dois princípios acima determinados:

Quando o jurista percebe que uma lei não está de acordo com a valorização da pessoa humana ou conforme a dignidade no sentido pós-positivo desta palavra, ele deve empreender uma modificação desta lei. Deve modificar sua essência, suprimindo partes que considera indesejáveis e, até mesmo, estendendo sua aplicação para

esferas que não foram previamente determinadas pelo legislador. Esta “alteração” da lei não significa sua destruição, mas revela a união entre a norma e aquele que dela faz parte, mostrando que não existe separação entre o sujeito e a lei, mas uma necessária complementaridade: cada um dá sentido existencial para o outro. Não há lei sem pessoa humana e não há pessoa humana sem uma lei que “por ele foi criada e, nesse sentido, por ele seja respeitada (TELLES JUNIOR, 2003, p.145-154).

Isso porque, na verdade, o princípio de interpretação extensiva se refere à necessidade do jurista interpretar a lei para além de seus aparentes objetivos, buscando uma análise reflexiva da recepção que esta terá na sociedade.

Os princípios, ao apregoar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, espalham-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos de poder, inclusive a do Judiciário na determinação do sentido das normas (BARROSO, 2002, p.177). Uma lei não pode ser simplesmente aplicada porque sua estrutura formal esteja perfeitamente construída tal qual ocorria no período positivista, mas, ao contrário, os dois princípios fundamentais, acima determinados, exigem que o intérprete proponha uma leitura prévia dos “resultados sociais” e, principalmente, da recepção de tal norma na sociedade.

Nesse sentido, deve-se pensar exatamente que, após uma análise que busque tanto a valorização da pessoa humana (primeiro princípio material) quanto a busca pela dignidade (segundo princípio material), o jurista deve estender a aplicação legal, “forçando” uma interpretação da lei adequada. Por fim, vale ressaltar, em todas as relações públicas e privadas, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais (AVILA, 2005, p. 75).

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um momento de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É uma relação de respeito junto à criação, involuntariamente da crença que se confessa quanto à sua origem. A dignidade está relacionada tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido bucólico, entretanto, o empenho para consentir que o

princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais (AVILA, 2005, p.76).

A livre interpretação normativa não é “livre” no sentido de que o jurista possa fazer tudo que lhe aprazer, mas, ao contrário, este deve seguir um caminho bem claro no projeto de construção do Direito. Primeiro, deve buscar os fins da norma conforme os dois princípios materiais acima sustentados: a dignidade e a pessoa humana e, após este projeto, deve estender a atuação da lei, modificando-a, alterando seus institutos e, muitas vezes, criando uma relação de geral complementaridade entre fato, norma e pessoa.

1.3 NOVO PARADIGMA

A explanação constitucional tradicional está fundamentada em um arquétipo de regras, justapostas mediante subsunção, competindo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. As circunspeções que formula são de fato, e não de valor. Por conseguinte, não lhe viabiliza função criativa do Direito, porém apenas uma atividade de conhecimento técnico. Esta probabilidade convencional ainda permanece de grande valimento na solução de boa parte dos problemas jurídicos, contudo nem sempre é satisfatório para lidar com as questões constitucionais, notadamente a colisão de direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 fez uma inovação ao constituir a dignidade da pessoa humana como um valor basilar do Estado Democrático de Direito, dando-lhe potência máxima através do princípio da capacidade imediata das leis. Os direitos da personalidade, estabelecidos na dignidade da pessoa humana, representam um valor fundamental, unitário e ilimitado do atual ordenamento jurídico. Estes se caracterizam como intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*, nos termos nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002. Compreendida a personalidade humana como valor, atenta-se para a importância da elasticidade de sua tutela. Contudo, segundo Gomes (2008, p. 215-216):

Há de se verificar qual a pauta de valores com a qual o Direito se compromete. No Estado Democrático de Direito, tais valores estão explicitados no texto constitucional e todos eles - segundo a consciência ético-jurídica que os selecionou - são fundamentais ao pleno desenvolvimento e expressão democrática de todo ser humano.

Nessa esteira, o Direito pós-positivo pode ser entendido como o ato de gerir socialmente o direito que é baseado em ações dirigidas pelos fundamentais princípios constitucionais em um sentido amplo, resultando na construção de elementos normativos vinculados à colocação de princípios na prática jurídica.

Esse novo paradigma abrange o âmbito da arbitragem, posto que como meio de resolução de conflitos, estruturado por meio de legislação infraconstitucional no ordenamento pátrio, encontra-se sujeito à interpretação de suas normas e princípios em conformidade com os princípios constitucionais inseridos na Magna Carta.

2 ACESSO À JUSTIÇA – PORTA PARA A CIDADANIA E DIGNIDADE HUMANA

O acesso à justiça, como princípio constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, ao dispor que todos são iguais perante a lei e garantir aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, bem como que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direitos, foi erigido como direito fundamental do cidadão.

Watanabe (1988, p. 128) define acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa¹⁰, aqui compreendida como a obtenção de justiça substancial. Só obtém justiça substancial quem tem o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário bem como recebe soluções em tempo hábil e bem formuladas para suas pretensões, que melhorem efetivamente sua vida em relação ao bem pretendido. As garantias integrantes da tutela constitucional do processo, em sua totalidade, convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido.

Portanto, para o indivíduo ter acesso à ordem jurídica justa tem que receber justiça, o que significa ter um processo justo, composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados, valendo pelos resultados produzidos na vida da pessoa em relação a outras ou aos bens da vida.

Para Cappelletti e Garth (1988, p. 8) “o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos, e o sistema deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos”. No dizer de Dinamarco (2004, p. 114), “isso significa que não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo”.

¹⁰ Sustenta o autor que: “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti” (WATANABE, 1988, p. 128).

Foi justamente no intuito de aprimoramento interno da ordem processual brasileira que adveio a emenda constitucional nº 45, acrescentando ao artigo 5º o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

A condução das pessoas a uma ordem jurídica justa necessariamente exige que o acesso à justiça, garantida constitucionalmente, seja considerado não apenas como direito de ação ou da inafastabilidade da jurisdição, mas um direito fundamental do homem, conforme ensina Chichoki Neto (2001, p. 65):

[...], por outro lado, o acesso à justiça também assegura a efetividade dos demais direitos: o princípio permeia toda a atividade jurídica e jurisdicional do estado. Sua finalidade, portanto, refere-se aos indivíduos tanto quanto ao poder. Aos indivíduos no sentido de proporcionar-lhes um bem imanente à sua condição humana; ao poder, por estabelecer-lhes um método de pacificação social. Isso revela que o acesso à justiça possui uma dupla dimensão: constitui um direito fundamental do homem e, ao mesmo tempo, uma garantia à realização efetiva dos demais direitos. Como direito ou como garantia, o fim último será sempre o de realização da justiça e, por isso, ambos são informadores do princípio da igualdade.

Nas lições de Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 39):

A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz às partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias.

Nessa esteira de pensamento, Cappelletti (1994, p. 121-129) diagnosticou três obstáculos existentes para o acesso à justiça, denominando-as de ondas. Releva que a primeira onda, econômica, deve ser combatida pela assistência judiciária e pelos juizados especiais, a segunda é a organizacional, originada pela produção e consumo em alta escala, sendo necessária para transpô-la, entre outras, as ações populares e coletivas, a defesa do consumidor, e, por fim, a terceira é o obstáculo processual, indicando como antídoto o emprego de meios alternativos de

solução de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e arbitragem. Afirmam, nesse sentido, Cappelletti e Garth (1998, p. 21):

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (1998, p.12).

Figueira Junior (1999, p.133-141), ao enfatizar que o acesso à justiça seja amplo e irrestrito, inclui nessa expressão os “meios diversos de pacificação de conflitos”, também denominados meios diferenciados ou alternativos de solução de conflitos, destacando sua importância no “complexo contexto sociojurídico do acesso à Justiça”. Alinhava o autor:

Em síntese, prestigia-se o reconhecimento do acesso à justiça (ou acesso aos tribunais) através da ampliação de três vertentes autônomas, que determinam por desaguar no leito do mesmo rio: da legitimidade ativa *ad causam*; dos *instrumentos de tutela diferenciada* e dos *métodos alternativos de solução de conflitos* e, em particular, das técnicas de *arbitragem* (1999, p. 133-141).

É através do acesso à justiça que todos os demais direitos têm sua efetividade assegurada, representando suporte imprescindível ao exercício da cidadania e à própria dignidade dos homens. Pode-se alegar que o princípio do acesso à justiça é a condensação das garantias constitucionais do processo, subsistindo determinante a inclusão da tutela jurisdicional pela via da arbitragem como alternativa à via estatal de solução de conflitos.

Por meio desse entendimento a concretização do princípio do acesso à justiça “abre as portas para a efetivação da cidadania e da dignidade humana” e no cumprimento desse desiderato a arbitragem, como os demais meios alternativos de solução de conflitos, apresenta-se como instrumento democrático para fins da pacificação social. A ampliação dos meios que resultem na facilitação do acesso à justiça proporciona a formatação de uma sociedade detentora de uma ordem jurídica mais justa.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS INFORMADORES DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

1 DE GARANTIA PROCESSUAL

A arbitragem realiza-se através de processo arbitral, revelando grande aproximação com o processo jurisdicional estatal. Dessa maneira deve tal processo ser considerado à luz dos princípios e garantias constitucionais aplicáveis aos institutos processuais.

Dinamarco (2004, p. 197-198.) afirma que:

A Constituição impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista; jurisdicional ou não), a saber: ...*omissis*... A constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como garantia-síntese e é o acesso à justiça. Com esse conjunto de disposições, ela quer afeiçoar o processo à si mesma, e modo que ele reflita, em menor, o que em escala maior está à base do próprio Estado de Direito. Ela quer um processo pluralista, universal, participativo... *omissis* ... e assim é o modelo político da democracia.

O ordenamento jurídico pátrio, como sistema, abarca, ainda, as determinações do Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, do qual o Brasil é signatário, cujo propósito é de consolidar no Continente Americano, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais; em conformidade com os termos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem que estabelece, em seu artigo 8º, garantias judiciais.¹¹

Para Theodoro Júnior (1999), “o que fez a Lei 9.307 foi instituir terminantemente a jurisdicalização da arbitragem no Brasil, à medida que lhe

¹¹ Artigo 8º - 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

atribuiu natureza jurisdicional contratual decorrente de seu caráter volitivo privado”. Tal fato leva à inclusão do processo arbitral ao âmbito da teoria geral do processo, constituindo premissa metodológica necessária para a compreensão e solução adequadas das questões que lhe são pertinentes.

Nessa esteira de entendimento, Lemes (1999, p. 89) afirma que os princípios enunciados no Código de Processo Civil representam “uma parte simbólica de onde se originam os princípios que se aplicam a todas as ordens de jurisdição, dos quais grande parte ressoa na instância da arbitragem”, ao que Muniz (2006, p. 73) corrobora destacando que:

no processo arbitral, mais que a garantia de solução da lide, é essencial que a atuação do árbitro se dê com a observância das garantias processuais estabelecidas na constituição, com o reconhecimento e a estipulação do direito ao devido processo legal, assegurando-se a tutela efetiva.

Dessa maneira, o modelo institucional de processo na arbitragem surge a partir do modelo constitucional e das normas gerais de processo a ele atinentes, a seguir delineados. Dinamarco (2007, p. 40) destaca que no processo arbitral incidem os princípios e garantias constitucionais relativas ao processo legal, indispensável para a segurança interna do sistema processual, inferindo que:

Quando se pensa no acesso à justiça, que é a magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais. Quando se pensa no contraditório e na ampla defesa, deve-se pensar na participação dos sujeitos processuais no estatal e no arbitral também. Quando enfim se pensa no *due process of law* como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal arbitral, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado da pacificação social.

A Lei de Arbitragem, em seu artigo 21, § 2º, dispõe que “serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”. Tais preceitos originam-se dos princípios constitucionais de garantia processual e do devido processo legal e têm observância obrigatória no processo arbitral, sob pena de nulidade da sentença arbitral.

2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Historicamente com raízes na Magna Cartha de João Sem Terra (Inglaterra, 1215), o princípio do devido processo legal, embora não expressamente mencionado no ordenamento, referia-se à garantia processual consistente na necessidade de se aplicar a lei do país, *the law of the land*, cujo conteúdo foi posteriormente delineado na regra contida na Carta Magna de Eduardo III (Inglaterra, 1354).

Posteriormente consagrado na Constituição Americana de 1776, tal princípio já era expresso nas constituições estaduais de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, as quais reproduziam a regra contida na Carta Magna inglesa de 1354, que consignava em seu texto que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade, consubstanciado na expressão *due process of law*. No dizer de Couture (1946, p. 74), “já não se fala em julgamento pelos pares e em lei do país: fala-se de um “devido processo legal” como de uma garantia que abrange tanto o direito substantivo da lei preestabelecida, como o direito processual ao juiz competente”. A partir daí, o conceito de natureza processual transformou-se em garantia jurisdicional.

No ordenamento brasileiro essa garantia vem expressa no artigo 5º, LIV da CF, que declara: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e significa, conforme Wambier (2008, p. 82), que “o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas em lei e que estejam em sintonia com os valores constitucionais”, asseverando que:

Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado em conformidade com antecedente previsão legal e em consonância com o conjunto de garantias constitucionais fundamentais.

É nesse contexto que resta sintetizada a fórmula de garantia e exigências constitucionais que se referem ao processo. Dinamarco (2004, p. 245)

dispõe sobre a dificuldade encontrada pela doutrina quanto à conceituação desse princípio:

A doutrina tem muita dificuldade em conceituar o devido processo legal e precisar os contornos dessa garantia – justamente porque vaga e caracterizada por uma amplitude indeterminada e que não interessa determinar. A jurisprudência norte-americana, empenhada em expressar o que sente por *due process of law*, diz que é algo que está em torno de nós e não sabemos bem o que é, mas influi decisivamente em nossas vidas e em nossos direitos (juiz *Frankfurter*). À cláusula atribui-se hoje uma dimensão que vai além dos domínios do sistema processual, apresentando-se como um devido processo legal substancial, em essência, constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegalidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*).

A expressão “devido processo legal” tem sido empregada pela doutrina brasileira para designar as garantias oriundas desse princípio, os quais Melo Filho (1979, p. 298-299) menciona:

- a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação;
- b) direito a um rápido e público julgamento;
- c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante tribunais;
- d) direito ao procedimento contraditório;
- e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*,
- f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa;
- g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão;
- h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas;
- i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita;
- j) privilégio contra autoincriminação.

Esse raciocínio é melhor apreendido com a explanação de Grinover (1985, p.7). sobre a expressão maior do devido processo legal :

Garantia das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões

Delgado (2005, p. 319-338) ressalta que a doutrina firmou alguns postulados como consequência da vigência desse princípio, a saber:

- a) ninguém pode ser afetado no âmbito de seu círculo jurídico sem ser ouvido, pelo que, sem essa condição, não pode receber sentença condenatória mesmo prolatada por juiz natural;
- b) o contraditório processual, comportamento de natureza essencialmente democrática, por simbolizar a eficácia do direito fundamental da igualdade de todos perante a lei;
- c) além de o devido processo legal compreender a proteção judiciária (o denominado direito ao processo), que abrange o direito à completa proteção jurídica, ou melhor explicando, a uma proteção processual razoável e adequada à situação do jurisdicionado, todas as vezes que necessitar ser ouvido em juízo.

O que se observa é que para o balizamento do princípio do processo legal, no texto constitucional, torna-se necessária a sintetização do conteúdo de uma somatória de vários incisos do artigo 5º da Magna Carta. Entretanto bastaria que estivesse expresso no caput do referido artigo para que o desdobramento em vários incisos, no corpo do referido artigo, fosse desnecessário. De qualquer forma, ao tratar do *due process of Law*, como princípio de tutela processual, inclui-se aí o processo legal arbitral como forma de tutela jurisdicional justa e instituto instrumental para a pacificação social.

3 CONTRADITÓRIO E IGUALDADE DAS PARTES

O princípio do contraditório insculpido na Constituição Federal, art. 5º, LV, assegura aos litigantes meios para a participação no processo traduzindo, no dizer de Moraes (1999, p. 113) “a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente”. Assim, na decisão de uma pretensão, deve ser dada à outra parte a oportunidade de ser ouvida e apresentar uma contrariedade ao pedido formulado pelo autor.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 61), ao apontarem o princípio do contraditório como atuação de uma garantia fundamental de justiça inseparável da noção de processo, aduzem:

Como veremos, a bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo. Em todo processo contencioso há pelo menos duas partes: autor e réu. O autor (demandante) instaura a relação processual, invocando a tutela jurisdicional, mas a relação processual só se completa e põe-se em condições de preparar o provimento judicial com o chamamento do réu a juízo.

O mesmo ocorre no processo arbitral, de maneira que a cada pronunciamento ou prova produzida deve ser concedido à parte adversa oportunidade de defesa, ou seja, havendo informação cabe uma reação.

Importante ressaltar que, em caso de direitos disponíveis, como ocorre na arbitragem, deve haver o contraditório, mesmo que a contrariedade não se efetive. O importante é que se possibilite às partes a oportunidade de oferecimento de suas razões. Quanto ao tema, Nery (2002, p. 135) delinea seu pensamento conforme as doutrinas estrangeiras:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

Dinamarco (2004, p. 210), ao discorrer sobre o contraditório, apresenta diferenças relativas a outros princípios constitucionais:

O contraditório não é aspecto da isonomia nem constitui projeção desta. O que os relaciona intimamente é essa convergência funcional, somada ao fato de que ambos são importantíssimas premissas democráticas e, portanto, manifestações do zelo do estado contemporâneo pelas liberdades públicas. Isonomia e contraditório caminham politicamente juntos, embora cada qual tenha sua própria individualidade conceitual independente, contraditório equilibrado é contraditório com igualdade.

Corolário do princípio do contraditório é o da igualdade das partes, que determina tratamento paritário às partes litigantes no processo e exsurge do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput), representado pela fórmula “tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das desigualdades”, indicando ser necessária a neutralização das desigualdades, promovendo a igualdade substancial.

Para que haja igualdade entre as partes é necessário que além de merecerem tratamento igualitário também lhes sejam ofertadas as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões em juízo. Desse feito são encarregados o legislador e o juiz por não criar desigualdades bem como de anular as desigualdades existentes. Na seara do processo civil, segundo Cintra, Grinover e Araújo (2008, p. 60):

legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade em armas, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades.

Em arremate, a igualdade das partes consubstancia-se em igualdade de oportunidades de participação e de defesa adequada, pelo que, no processo arbitral, Muniz (2006, p. 77) preceitua que: “o árbitro, para decidir deve ouvir ambas as partes, averiguando suas pretensões e proporcionando as mesmas

possibilidades de manifestação em relação às provas e documentos apresentados”. Portanto, no processo arbitral deve também ser dispensado tratamento igualitário às partes e, quando necessário, deve o árbitro primar no desempenho de neutralização das desigualdades.

4 LIVRE CONVENCIMENTO E PERSUASÃO RACIONAL DO JULGADOR

O princípio do livre convencimento e persuasão racional do julgador é intimamente ligado à valoração das provas produzidas no processo, indicando que o juiz deve convencer-se racionalmente, construindo livremente sua convicção após apreciar os fatos e provas levados a seu conhecimento. No ordenamento pátrio, o sistema adotado, de livre convencimento do juiz, situa-se entre o sistema da prova legal e do julgamento *secundum conscientiam*, aos quais Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 73) apresentam como:

O primeiro (prova legal) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no pólo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra a prova.

Esse sistema consolidou-se com a Revolução Francesa, quando através de um decreto da assembléia constituinte de 1791 havia a determinação para que se julgasse seguindo sua consciência e sua íntima convicção. Para João Batista Lopes (1999, p. 22):

Sendo o juiz o destinatário da prova, de forma que toda atividade instrutória deve ser perante ele exercida, é com base no contingente probatório que se formará a sua convicção, levando em consideração todos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes.

Em relação à liberdade que é dada pela lei ao magistrado para apreciação das provas, Grecco Filho (1996, p. 214) leciona que:

limita a lei esse convencimento e a apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, segundo o princípio *id quod non est in actis non est in mundus* (o que não está nos autos não existe). Consagra-se, aí, o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real). Justifica-se essa limitação primeiro porque a verdade real, a certeza objetiva, é sempre sujeita à

interpretação individual e depois porque a verdade real, ainda que mereça ser perseguida como ideal, se não está nos autos, não foi submetida ao contraditório e conhecimento das partes, causando-lhes surpresa e podendo ser instrumento de arbítrio.

O pleno poder, na avaliação das provas pelo magistrado, implica que este, ao buscar subsídios e fundamentos de sua decisão, tenha como base a lei, a doutrina e a jurisprudência. Entretanto a formação desse convencimento tem certos limites que devem ser respeitados, entre eles o da motivação das decisões judiciais, regra insculpida no artigo 93, IX da Constituição Federal que determina a nulidade da decisão mediante a ausência de motivação.

Dessa maneira o princípio do livre convencimento do juiz e da persuasão racional do julgador são instrumentos imprescindíveis para a efetivação da justiça no caso concreto, garantindo o livre exercício da magistratura, aplicando-se também à atuação do árbitro na resolução das controvérsias pertinentes ao processo arbitral, posto que asseguram a justiça da decisão apresentada. Câmara (2002, p. 85) acrescenta:

É de se notar, ainda, que o sistema da persuasão racional deve ser empregado mesmo nas arbitragens de equidade. Nestas, embora o árbitro possa decidir sem se prender aos limites estritos da legalidade, não se pode admitir uma decisão que considere verdadeiros fatos não provados, ou vice-versa. A liberdade que se dá ao árbitro nesta modalidade de arbitragem diz respeito, exclusivamente, à matéria de fundo, ao mérito da causa (e, mais especificamente, aos critérios de julgamento do mérito), não sendo possível deixar de incidir este princípio norteador do procedimento (e do processo) arbitral.

Legítimo concluir, portanto, que, igualmente à decisão do processo estatal, a decisão em processo arbitral deve ser motivada sob pena de nulidade.

5 IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

A necessidade da imparcialidade do julgador é condição indissociável à garantia da efetivação da tutela jurisdicional comprometida com o valor “justiça”. Cabe ao julgador agir com impessoalidade, abstraindo-se de sua própria pessoa, posto que se coloca entre as partes e acima delas de maneira isenta quanto aos interesses ou partes envolvidas no conflito a ser decidido, sendo esta condição de validade da relação processual. Aspecto bifronte da imparcialidade do julgador é apontado por Grecco Filho (1996, p. 232-233):

A imparcialidade pode ser examinada sob um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo. No aspecto objetivo, a imparcialidade se traduz na equidistância prática do juiz no desenvolvimento do processo, dando às partes igualdade de tratamento. [...] Todavia para que se concretize a imparcialidade objetiva, é preciso que o juiz seja subjetivamente imparcial, isto é, que seja verdadeiramente um estranho à causa e às partes.

No intuito de assegurar a imparcialidade do julgador, a Constituição Federal apresenta conjunto de preceitos garantidores da atividade da magistratura, vedações aos juízes e proibição de instauração de tribunal de exceção (arts 5º, XXXVII e 95 CF).

O julgador imparcial desempenha sua função de maneira equilibrada, sem favorecer nenhuma das partes, o que se torna imprescindível para garantia de tratamento isonômico às partes. O juiz que se apresente vinculado à causa por razões de ordem subjetiva não deve atuar no processo posto que resultará comprometida sua imparcialidade. Afinam-se às razões desencadeadoras de imparcialidade aquelas elencadas no Código de Processo Civil, que se reputam aos impedimentos e suspeição dos juízes (arts 134 *usque* 138).

Nos casos de impedimento, o juiz restará impedido de exercer função jurisdicional, o que não ocorre nos casos de suspeição, quando não há vedação de atuação, suscitando-se apenas dúvida quanto à imparcialidade, sem o condão de impingir nulidade à sentença se já proferida pelo julgador. Na arbitragem

a regra se repete, aplicando-se às mesmas restrições contidas no Código Processo Civil¹².

Desta maneira os árbitros submetem-se ao regime de impedimento e de suspeição dos juízes, previsto no CPC. Câmara (2002, p. 55), com base na melhor doutrina, destaca que a suspeição, como vício não argüido, transforma-se em vício sanável, bem como o impedimento pode ser afastado por ato das partes, excetuando-se a hipótese do art. 134, I, do CPC, desde que as partes tenham conhecimento prévio da existência da causa geradora do vício de parcialidade.

Dessa maneira, a parte desejosa em argüir impedimento ou suspeição do árbitro deverá fazê-lo através de exceção, dirigida ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, apresentando suas razões e provas do alegado, na ocasião da primeira oportunidade em que tiver de se manifestar no processo, nos termos do art. 15 da Lei de Arbitragem¹³. Acolhida a exceção, ocorrerá a substituição do árbitro.

Há de se ressaltar que na possibilidade de rejeição pelo árbitro ou presidente do tribunal arbitral, da argüição de impedimento ou suspeição¹⁴, ou ainda que tal impedimento ou suspeição torne-se de conhecimento das partes após a tramitação do processo, a medida cabível é a ação de anulação de sentença arbitral, respeitado o prazo decadencial de noventa dias, conforme previsto na Lei de Arbitragem, sob pena de convalidação da decisão.

Toda a preocupação demandada com a imparcialidade do julgador objetiva garantir às partes conflitantes um tratamento isonômico.

¹² Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

¹³ O impedimento, por ferir princípio garantidor do devido processo legal é matéria de ordem pública, segundo princípios embaixadores do processo civil, passível de argüição a qualquer tempo.

¹⁴ Parte dos doutrinadores, entre eles Paulo César Pinheiro Carneiro (CASELLA, 1999, p. 313) e Fernando da Fonseca Gajardoni (Repro, n. 106, 2002, p.196) admitem a possibilidade da utilização pela parte interessada de mandado de segurança contra decisões interlocutórias de cunho teratológico que importem nas hipóteses previstas no art 32 da Lei de Arbitragem.

6 AUTONOMIA DA VONTADE E DA BOA-FÉ

Os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé são considerados estruturantes do instituto da arbitragem e determinam sua formulação teórica, instauração e instrumentalidade. De natureza essencialmente contratual, a arbitragem funda-se em obrigação assumida entre as partes mediante manifestação de livre vontade. Amaral (2003, p. 346) leciona que “a vontade tem especial importância porque é um dos elementos fundamentais do ato jurídico. Manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas”.

Como força criadora de direitos e obrigações a vontade está intrinsecamente ligada à liberdade, criando possibilidade do indivíduo atuar com eficácia jurídica. Nesse sentido, reitera o autor:

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E, quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada (AMARAL, 2003, p. 346).

Nessa esteira de entendimento, o indivíduo, no âmbito privado, torna-se legislador de seus próprios interesses. Pode-se afirmar que o campo de atuação da autonomia da vontade, por excelência, é o direito das obrigações, em que o contrato é a lei. Típica relação de Direito privado, o negócio jurídico, o contrato, em especial, reflete a norma individual por ele criada, através da participação das partes, tornando-as juridicamente vinculadas a uma conduta recíproca. Hironaka (2000, p. 110) quanto à liberdade de contratar, dispõe que:

a liberdade de contratar ainda é a mesma liberdade facultada a todos os indivíduos de realizarem, materialmente, suas avenças, sem a indagação a respeito do conteúdo ou mais ou menos restritivo, imposto pela ingerência estatal. Em outras palavras, revela a plena liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade.

Os efeitos decorrentes do exercício da autonomia da vontade são previamente determinados pela legislação em vigor, mas não se esgotam nessa órbita. No dizer de Strenger (1968, p. 45-46), com apoio na doutrina de Vicente Ráo:

a autonomia da vontade não se exerce, apenas, no campo delimitado pela lei, nem se aplica tão-só aos contratos nominados ou inominados, pois melhor se qualifica como expressão de um poder criador que atua de conformidade com o ordenamento jurídico, ou sob as sanções por este ordenamento estabelecidas padecendo maiores ou menores, segundo a relação de que se trate.

A liberdade contratual das partes em acordar pelo juiz privado e estipular as normas que regerão o conflito é limitada, segundo Carmona (2006, p. 75), “pela noção de ordem pública e, de outro lado, pelas leis imperativas”. A vontade é limitada aos limites que a lei determina¹⁵.

De Plácido e Silva (2003, p. 291) assim define ordem pública: “entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”.

Normas de ordem pública, tanto no campo do direito interno como no de direito internacional, são as que estabelecem os princípios indispensáveis para organização da vida social, segundo os preceitos do direito. É conjunto de regras e princípios, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de uma sociedade em determinada época, sendo, pois, um conceito localizado e temporal.

Dollinger (1996, p. 346) destaca que “o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda a legislação, que representa a

¹⁵ Nesse sentido artigo 2º, § 1º da Lei de Arbitragem dispõe que “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”.

moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado”. Quando se encontra plasmado em normas, é relativamente fácil de identificar, pois que codificado. Entretanto se tornam mais difíceis de identificação os princípios de ordem pública não positivados, os quais necessitam serem deduzidos pelo julgador ou pelo interessado.

Sintetiza Strenger (1996, p. 215) ao dispor que se trata de “conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto”.

O conceito de ordem pública, para Carmona (2006, p.80), pode ser analisado sob a perspectiva da ordem pública interna, que diz respeito às normas e princípios que não podem ser afastados pela vontade das partes, agindo como marco limitador à atividade individual de contratar. Sob a perspectiva da ordem pública internacional, está vinculado aos atos praticados no exterior que buscam repercussão em território nacional e funciona como filtro de leis, sentenças e atos em geral, barrando sua eficácia quando relevantes valores de justiça e moral são ameaçados. Para Hunter e Silva (2007, p. 163):

A ordem pública internacional tem diversas fontes. elas incluem os princípios fundamentais do direito natural, a justiça universal, o *jus cogens*, os princípios gerais de moralidade aceitos por nações civilizadas, o costume internacional, o precedente arbitral e o espírito dos tratados internacionais.

Nesse sentido, a eventual infração à ordem pública, pelas partes, na escolha da lei a ser aplicada na solução dos conflitos, deverá ter recusada sua validade pelo árbitro, no exercício de sua função, ou pelo juiz togado, se instado a intervir, tendo, ambos, competência concorrente para o ato.

Necessário é que o árbitro cuide de conferir se a lei escolhida pelas partes na convenção fere preceitos considerados inafastáveis no território onde a decisão arbitral será cumprida e executada, principalmente, no caso de decisão que deve ser eficaz em países diferentes.

Resta destacar que o juiz togado sempre se manifestará sobre questões de ordem pública quando da execução de sentença arbitral, ou ainda em momento anterior, se necessária sua intervenção na concretização de providências

instrutórias, executivas ou coativas. Uma vez consideradas as regras escolhidas pelas partes, violadoras da ordem pública, o árbitro considerará a escolha ineficaz, dando continuidade ao julgamento, aplicando a norma que considerar adequada. A validade do pacto arbitral não é alcançada pela ineficácia da escolha da lei.

Visto que a ordem pública é elemento limitador da liberdade das partes em contratar, é também questão delimitadora da atuação do árbitro, que deve atentar para os aspectos de ordem pública ao realizar os procedimentos arbitrais e proferir sua decisão, sob pena de sua atuação não se revestir de validade. Uma das condições essenciais para a validade da sentença arbitral é a necessidade, na sua prolação, de respeito aos bons costumes e à ordem pública.

Contudo a Lei 9.307/96 apresenta orientação de privilegiar a vontade da parte, realçando sua autonomia, ao que Santos (1999, p. 115) dispõe:

Nela se assenta, como negócio jurídico, a convenção de arbitragem, seja a cláusula compromissória, seja o compromisso, conferindo-se à arbitragem uma natureza privada e jurisdicional, ao mesmo tempo. Com efeito, como fruto da manifestação da vontade, a convenção de arbitragem expressa, em primeiro lugar, uma escolha, uma opção, pela qual as partes deixam de lado a jurisdição estatal, substituindo-as pela jurisdição arbitral, que vai dizer o direito para a solução da controvérsia.

No âmbito da arbitragem, a autonomia da vontade espelha-se tanto no direito substantivo - art. 2º da Lei 9037/96, como nas normas estipuladas para seu desenvolvimento ou procedimento, conforme aponta artigo 21 da mesma lei. Ao princípio da autonomia da vontade soma-se o da boa-fé, aqui entendido não só como correção, lealdade ou honestidade, mas também como sinônimo de equidade, conceito jurídico cuja essência é a escusabilidade de erro. Marques (2002, p. 181-182) define a boa-fé como:

[...] uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Nogueira (2000, p. 77), ao se referir ao princípio do *pacta sunt servanda* destaca que tal princípio, somado ao da “boa-fé”, “guarda, no direito arbitral, máxima importância, devendo ser observado ”dentro de seu maior rigor”, ao passo que “uma vez contratado pelas partes, adquire caráter ‘obrigatório’ e efeito vinculante”.

Os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé estão presentes na arbitragem desde a previsão de instalação de juízo arbitral para solução de conflitos futuros num contrato, no transcorrer do procedimento arbitral propriamente dito, até o cumprimento da decisão arbitral, posto que há de se considerar que ao fazer a opção pela arbitragem, nos limites de sua liberdade, pressupõe-se que o contratante o faz de boa-fé, se rendendo à jurisdição privada, com o propósito de cumprir a decisão emanada pelo árbitro, independentemente do poder coercitivo da jurisdição estatal.

CAPÍTULO IV – ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM

1 DO ÁRBITRO

A escolha do árbitro ou árbitros é de suma importância para o processo arbitral, por se tratar de exercício de função de natureza pública¹⁶. Em razão de ser meio de resolução de conflito que utiliza a heterocomposição, no qual existe a figura de um terceiro imparcial com autoridade para impor uma solução para as partes em conflitos, tal escolha, pelas partes, assume fundamental importância para o processo.

O árbitro é, segundo Fiúza (1995, p. 120), “toda pessoa natural que, sem estar investida da judicatura pública, é eleita por duas ou mais pessoas para solucionar conflito entre elas surgido, prolatando decisão de mérito”. Para tanto, é requisito legal de caráter subjetivo disposto no ordenamento aplicável à espécie, que o árbitro seja civilmente capaz e goze da confiança das partes (art 13)¹⁷.

A partir do texto legal abrem-se diversas questões quanto à escolha do(s) árbitros (s). De início há de se ressaltar que, embora o árbitro, pela via comum, seja eleito pelas partes, pode ser, subsidiariamente, indicado pelo juiz na sentença substitutiva do compromisso arbitral.

Ademais, vem à tona a questão suscitada pela doutrina de que não só à pessoa natural cabe o exercício da função de árbitro, mas também à pessoa jurídica, desde que devidamente representada. Essa postura, defendida entre outros doutrinadores por Scavone Junior (2008, p.102), é combatida veementemente pela maioria dos estudiosos que não admitem a possibilidade de exercício da função por uma pessoa jurídica.

Nesse sentido, Câmara (2002, p. 44) especifica que pode ser árbitro qualquer pessoa natural, em consonância com os ensinamentos de Fiúza, Carmona, Muniz e outros. Contudo podem as partes optar pela indicação de entidade arbitral, que nomeará árbitros a partir de seu quadro próprio de julgadores. Nesse caso “entende-se que optaram pelo procedimento que a instituição adota

¹⁶ No dizer de Câmara (2002, p.12) ‘pública, mas não estatal’.

¹⁷ A Lei de Arbitragem espanhola dispõe que necessariamente o árbitro deve ser advogado.

para a escolha dos árbitros, exceto se dispuserem diversamente”(CRETELLA NETO, 2004, p. 80).

Quanto ao número de árbitros a atuar na composição do conflito, determina a lei brasileira que deve-se observar sempre número ímpar e, em caso das partes nomearem árbitros em número par, caberá a estes nomearem mais um árbitro. Essa precaução legislativa se deve ao fato de se evitar empates de voto na decisão final.

Independentemente do número de árbitros designados para desempenhar a função, caberá a todos proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (art. 13, § 6º). Nesse diapasão deverão ser observados os princípios processuais do livre convencimento e da imparcialidade do julgador, aqui consideradas as causas de impedimento e suspeição.

No que diz respeito à competência e diligência, reforça-se o também discorrido quanto ao princípio do acesso à justiça, devendo o árbitro mostrar-se apto a desenvolver a função, norteando-se com habilidade, rapidez e presteza. A discrição, por sua vez, refere-se ao transcurso em segredo do processo arbitral, sob pena de responsabilização do árbitro.

Quanto aos reflexos de natureza processual, Cachapuz (2000, p. 117) ressalta que a Lei de Arbitragem contém dispositivo de ordem ética “ao impor ao árbitro o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade ou independência.” Esse dever, o de revelação (art 14, §1º) , deverá ser contínuo durante o transcorrer do processo arbitral.

Considerados juízes de fato e de direito¹⁸, os árbitros podem ser classificados, em razão dos poderes a eles conferidos em: a) árbitros, também considerados árbitros propriamente ditos, são as pessoas indicadas para solucionar o conflito cuja decisão deve ser fundamentada no direito positivo, tanto material quanto processual; b) árbitros compositores são aqueles a quem é permitido decidir por equidade através de procedimento a ser observado. Relativamente à maneira como atuam podem ser classificados em: a) primeiros árbitros, que atuam para por

¹⁸ Juiz de fato em razão da investidura, posto que exerce função de natureza pública, bem como decidirá livremente, fundado no princípio da persuasão racional, sobre todos os fatos da causa à ele apresentados. Juiz de direito em decorrência da autorização legal de que, uma vez investido na função, cabe-lhe formular o comando concreto da lei que se expressa na sentença arbitral.

fim à controvérsia; b) árbitro desempataador, convocado para este fim específico no caso de empate; c) árbitro assessor, que se une aos primeiros árbitros para formar nova instância.

Na designação do árbitro, o que ocorre em princípio através do acordo entre as partes no momento da formulação da cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, deve ser considerada, para o exercício da função, a confiança depositada pelas partes no julgador escolhido. Certo é que requisito para o desempenho a contento da função eletiva é que o árbitro tenha formação técnica ou científica, bem como afinidade com a matéria objeto do conflito. Nessa esteira de entendimento, Figueira (1999, p. 201) Junior preleciona que:

Para o bom desempenho de suas atividades os árbitros poderão ter profissionais habilitados como assessores, contratar técnicos para realização de perícias ou prestação de esclarecimentos etc. Para tanto, o tribunal ou árbitro poderão determinar às partes o adiantamento das verbas necessárias às despesas de diligências (art 13, §7º).

Uma vez designado para desempenhar a função, o dever de decidir surge para o árbitro a partir do momento em que o nomeado assente à tarefa proposta, quando se torna vinculado ao dever assumido¹⁹. As questões que possam gerar dúvidas quanto à sua imparcialidade ou independência devem ser suscitadas antes da aceitação. Pontes de Miranda (1984, p. 326) aponta a necessidade da existência do “negócio jurídico arbitral”, representativo da “relação jurídica entre os compromitentes e os árbitros ou árbitro”, *receptum*, que pode ser “anterior, simultâneo (unido ou não), ou posterior ao compromisso ou ao próprio pacto *de compromittend*”, este representativo do negócio jurídico entre as partes, que se comprometem à submissão ao juízo arbitral.

Aceito o encargo de proferir decisão estabelece-se entre as partes e o árbitro relação jurídica processual, conforme Pontes de Miranda (1984, p. 359), “à semelhança da que se cria entre as partes e o Estado. De ordinário, em ângulo: autor, juízes árbitros; juízes árbitros, réu”. É nessa relação de natureza processual que atuará o árbitro como juiz de fato e de direito, apreciando livremente os fatos da

¹⁹ Sistema diverso é adotado na Itália, onde considera-se instaurado o processo arbitral desde o momento do ato em que uma das partes promova a arbitragem, bastando, para tanto, a mera notificação à outra parte.

causa a ele submetida, com fundamento no princípio do livre convencimento do juiz, decidindo pela aplicação da lei ou afastando sua aplicação para buscar decisão mais justa nos casos em que decidir por equidade.

1.1 PADRÃO DE CONDUTA DO ÁRBITRO

A preocupação com a conduta do julgador e a postura moral a ser adotada pelo árbitro remonta, segundo Calixto (1992, v. 682/279), às escrituras sagradas. No Velho Testamento encontram-se, em Deuteronômio 16:19, orientações sobre os deveres dos juízes no julgamento do povo: “Não torcerá a justiça, não farás acepção de pessoas, nem tomarás suborno, porquanto o suborno cega os olhos dos sábios e subverte a causa dos justos” (BÍBLIA SAGRADA, 1993, p. 204). Em Êxodo 23:2, 23:3, 23:6 e 23:8, há instruções para não se “torcer” o direito, não ser parcial em favor do pobre nem perverter seu direito numa demanda, não aceitar suborno. Isaías 5:23 apresenta diretrizes para a não aceitação de subornos e, em Eclesiásticos 7:6, advertência para os que querem ser juiz.

Lemes (1999, p. 233) demonstra que na Antiguidade a figura do juiz venal era abominada e sua punição consistia na pena capital, segundo a Lei das XII Tábuas (D.Romano, 450 a.C). Mesmo em Roma, onde se utilizava o sistema de juiz eleito pelas partes para a resolução de suas contendas, os textos latinos enfatizavam a necessidade do julgador executar com escrúpulos seu dever de juiz, sendo obrigado a prestar juramento no ato de sua nomeação. Tal exigência foi estendida ao *arbiter ex compromisso* por Justiniano, em 530, que acreditava que o juiz deveria atuar conforme o que era justo e bom – *aequum bonumque*, pressupondo uma atuação com objetividade e imparcialidade.

Essa herança romana (julgamento) chegou à Idade Média, reforçada pelo direito canônico e hoje se encontra tal prática entre os americanos, onde a *American Arbitration Association Rules*²⁰ determina que deve o árbitro prestar juramento de bem cumprir seu ofício antes de iniciar seus trabalhos.

²⁰ Entidade sem fins lucrativos, fundada nos Estados Unidos da América em 1926, dedicando-se à resolução alternativa de litígios e conta, hoje, com cerca de 30 (trinta) escritórios em vários países no mundo.

Dessa maneira, o exercício da função de árbitro requer a observância das normas de conduta e dos deveres a que o julgador encontra-se sujeito. O comportamento ético do árbitro transpõe os limites legais por envolver critérios subjetivos de julgamento.

No Brasil, inexistente um Código de Ética destinado aos árbitros, entretanto os artigos 13, § 6º e 14, caput e § 1º da Lei 9.307/96²¹ disciplinam o tema. Em geral, quando se tratar de entidades arbitrais, nacionais e internacionais, as diretrizes atinentes aos árbitros, nomeados nos procedimentos por elas administrados, são estabelecidas pela própria instituição. No âmbito internacional existem normas de conduta dispostas no Código de Ética para Árbitros Internacionais, formulado pela *Internacional Bar Association* (Associação dos Advogados Internacionais) – IBA, datado de 1956 e atualizado em 2004, que, apesar de não serem obrigatórias, são verdadeiro guia para as arbitragens *ad hoc* e institucionais.

São três os momentos em que a conduta do árbitro deve ser estudada: a) na fase pré-arbitral, b) na fase arbitral, c) e na fase pós-arbitral. Na primeira fase apresentada incumbe à parte, na escolha dos árbitros, considerar critérios de confiança e qualidade técnica, sendo o primeiro de ordem subjetiva e o segundo de ordem objetiva.

O art. 13, § 6º da Lei de Arbitragem, ao impor ao árbitro que, no desempenho de sua função, deva proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, considera a imparcialidade princípio básico do procedimento judicial que se estende ao árbitro, e é diretriz para sua conduta durante todo o processo arbitral, devendo considerar os aspectos jurídicos da controvérsia em sua decisão. Diferentemente, a independência deve ser demonstrada na fase pré-arbitral, e pode ser avaliada objetivamente. Nesse sentido, as regras éticas do IBA apontam como comprometimento da independência do

²¹ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

[...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimentos ou suspeição de juízes, aplicando-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

árbitro o relacionamento contínuo profissional ou social entre o árbitro e a parte que pretende nomeá-lo.

As hipóteses de impedimento e suspeição de atuação do árbitro também podem ser detectadas na fase pré-arbitral, cujo art. 14 da Lei 9.307/96 remete aos arts 134 e 135 do Código de Processo Civil, impondo o afastamento do árbitro, sob pena de nulidade da decisão²². Entretanto apresenta a Lei de Arbitragem enfoque diferenciado em relação ao CPC nessa questão, posto que, podem as partes, cientes do impedimento, optar pela escolha do árbitro, daí não resultando em nulidade da decisão a ser prolatada, bem como pode o árbitro ser afastado do procedimento em razão de motivos diversos dos contidos no arts 134 e 135 do CPC. Assim também dispõem as leis argentinas e uruguaias.

É nessa fase que se impõe ao árbitro o dever de revelação, que se constitui num compromisso ético, assumido pelo candidato a árbitro antes da aceitação do cargo. As principais situações a serem reveladas pelo árbitro, como, por exemplo, qualquer interesse direto ou indireto, financeiro ou pessoal, a existência de relacionamento atual ou pretérito, de natureza financeira, comercial, profissional, são apontadas no Código de Ética do IBA sob pena de comprometimento da independência e imparcialidade necessária do árbitro em relação às partes. Contudo, o dever de revelação é contínuo, estendendo-se durante todo o procedimento, devendo o árbitro revelar qualquer relacionamento pessoal que tenha tido com as partes, seus advogados, demais co-árbitros ou testemunha.

No âmbito do MERCOSUL, apenas a lei paraguaia também estabelece o dever de revelação nos casos de suspeição dos árbitros; sendo considerado pelas demais legislações – argentina, uruguiaia - como uma faculdade do árbitro.

Buscando um aprimoramento, foram elaboradas pelo Código de Ética para Árbitros Internacionais – IBA - listas para efeitos de revelação, com graduações diferentes, contendo 49 hipóteses, classificadas por cores distintas, cujas hipóteses apresentadas sob a lista de coloração vermelha importa em dever de revelação obrigatório, implicando em denúncia do motivo da renúncia; a de cor

²² Em razão da competência quanto à decisão sobre o impedimento ou suspeição pertencer ao próprio árbitro investido na função de solução do conflito, possíveis impugnações à tais decisões podem ser suscitadas apenas após prolatada a sentença, através de demanda anulatória de decisão arbitral (art. 32,II c/c art. 33). Sistema semelhante é adotado no direito espanhol. No direito argentino caberá ao Judiciário a decisão quanto ao impedimento ou suspeição do árbitro e no italiano a questão será decidida pelo Presidente do Tribunal do foro da sede da arbitragem.

laranja requer análise particular das hipóteses e a de cor verde sinaliza fatores de aceitação sem problemas. Tal procedimento busca tornar transparente o processo de seleção dos árbitros.

Na fase pré-arbitral é recomendado ainda que, durante a escolha dos possíveis árbitros, devem as partes evitar relatar aos candidatos detalhes do caso a ser julgado, devendo ser informado apenas da natureza geral da controvérsia, qualificações das partes, disponibilidade e independência em relação às partes. A comunicação entre os árbitros também deve se dar de forma transparente, cabendo algumas recomendações como a não discussão do mérito do caso com uma das partes na ausência da outra e dos demais árbitros, bem como deve evitar receber provas e argumentos da mesma maneira. Deve-se, ainda, ocorrer a informação de qualquer comunicação por parte do árbitro aos demais árbitros e partes.

Ultrapassada essa fase e sendo instituída a arbitragem, deverá agir o árbitro com imparcialidade, competência, diligência e discrição (art. 13, §6º), devendo o árbitro se manter de forma equidistante das partes. A lei impõe ainda ao árbitro o dever de discrição, reportando-se ao sigilo a ser mantido quanto às questões sob sua responsabilidade, cuja violação implicará em responsabilização civil.

Após a prolação da sentença arbitral, de acordo com as regras do IBA, espera-se que, após um período razoável, o árbitro evite manter qualquer relacionamento com as partes, evitando criar aparência de ter sido influenciado durante a arbitragem.

A questão ética quanto à conduta do árbitro toma maior dimensão ainda quando tem o árbitro o poder de julgar por equidade, o que permite a flexibilização da lei na sua aplicação, propiciando entendimento mais apropriado ao caso apresentado à decisão. No dizer de Muniz (2006, p. 125):

O raciocínio do julgador estará baseado nos princípios morais e éticos, em seu conceito de justiça, influenciado por fatores como o meio social, a época, o Estado, a raça, dentre outros. Em decorrência disto, uma vez que repousa na ampla confiança depositada pelas partes em seus padrões e valores, sua utilização deve ser autorizada.

Enfim, a observância da ética na arbitragem impõe aos árbitros a adoção de conduta íntegra cuja inobservância deve decorrer em responsabilização, porém tais valores devem residir no próprio ser humano independentemente da imposição ao exercício profissional.

1.1.1 A Conduta do Árbitro sob a Perspectiva Habermasiana

Na modernidade desenvolveu-se o conceito de indivíduo como ser cuja existência independe da totalidade da comunidade na qual se insere. Em razão de não haver mais o centro irradiador de referencial absoluto e objetivo para a ação, como ocorria na antiguidade e idade média, torna-se necessário que cada indivíduo se transforme em centro subjetivo de orientação da ação ética e política. Passa a haver precedência do indivíduo sobre a sociedade.

A partir dessa evolução conceitual os indivíduos, em sociedade, não pensam da mesma maneira, não compartilham necessariamente os mesmos valores e ideais e não agem da mesma forma. É nessa órbita que Habermas (1990, p.15 e ss) afirma que “o sujeito individual se constrói exatamente por um processo de diferenciação, e não de espelhamento, de imitação: eis o que nos ensina a psicologia social e mesmo a psicanálise.” Galuppo (2004, p. 225) corrobora com esse posicionamento ao afirmar que “sem diferença não pode haver indivíduo, e nem modernidade”.

No âmbito da resolução de conflitos, é possível encontrar na arbitragem o ferramental favorável ao resgate das instâncias de deliberação intersubjetiva, bem como para o desenvolvimento de instituições e parâmetros normativos, pautados em procedimentos democráticos e legitimados a partir de tais procedimentos. O árbitro ou árbitros a quem for confiada a tarefa de resolução do conflito terá papel determinante para o sucesso da arbitragem e deverá pautar sua atuação orientada por princípios, como o sigilo, a discricção, a valorização e o incentivo à ampla manifestação das partes no processo arbitral. É no desempenho dessa função que as diretrizes da Ética do Discurso, proposta por Habermas, tornam-se indispensáveis. Para tanto, alguns parâmetros apontados pelo autor devem ser adotados, a saber:

a) Deverá haver o reconhecimento de todos os participantes do processo como linguisticamente competentes e capazes de apresentar suas razões e compreender as dos demais atores.

b) A contradição não pode ser admitida na conduta do árbitro ou dos demais atores no processo.

c) A linguagem a ser utilizada no processo deve ser clara e deve haver transparência nas ações e decisões, de modo a evitar equívocos oriundos da utilização de termos lingüísticos.

d) As intervenções dos atores do processo devem pautar-se pela sinceridade, e suas afirmações consoantes com o que ele próprio acredita, de modo que possam ser apropriadamente defendidas.

e) O árbitro deve impingir parcimônia e equilíbrio em suas decisões, evitando o uso de parâmetros diferenciados em situações idênticas e garantir a ampla manifestação dos argumentos das partes em relação ao processo.

f) É primordial a crença na força do diálogo e dos discursos como meios de resolução de conflitos.

A adoção dos princípios da ética discursiva de Habermas (2003, p.110 e ss) na arbitragem permitirá que sejam disponibilizadas ao árbitro todas as informações, dados e circunstâncias que integram a questão controversa, o que propiciará a definição clara da linha divisória entre a extensão do princípio do contraditório de modo a evitar o cerceamento de defesa, bem como as incidências de manifestações protelatórias, de maneira a garantir a celeridade e eficácia ao procedimento.

A arbitragem, como meio de solução de conflito, permite a flexibilização do procedimento para o fim a que se propõe. Para o cumprimento de seu dever o árbitro só deve decidir após ter formado sua convicção em relação à controvérsia e, para tanto, deve entender os fatos e lançar mão dos meios legais disponíveis na busca da verdade. No exercício dessa função, o julgador assume responsabilidades e deveres que deverão ser pautados por princípios éticos. Vale dizer que tais princípios deverão ser estendidos às condutas das partes integrantes do processo arbitral, posto que ao optarem por submeter as controvérsias à arbitragem também assumem responsabilidades e deveres específicos.

A adoção dos princípios da ética discursiva possibilita que a pacificação do conflito se dê de forma mais efetiva, posto que haverá a crença por

parte do destinatário da sentença de que sua sujeição se dará a uma norma também produzida por ele, em um processo adequado à realidade fática, gerando, conseqüentemente, credibilidade no resultado obtido da arbitragem.

1.2 COMPETÊNCIA E PODERES

Das lições de Liebman extrai-se que competência é a “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”. É clássico na doutrina o conceito de competência como medida de jurisdição, em que cada órgão exerce a jurisdição dentro da medida fixada pela competência. Enquanto na jurisdição estatal a competência é determinada através de regras legais que imputam a cada órgão o exercício da jurisdição com base em categorias de causas, chamadas de regra de competência, na jurisdição privada a competência é determinada através da cláusula arbitral, no momento em que as partes subtraem da esfera da jurisdição pública a função de resolução do conflito, delegando ao particular o exercício dessa função jurisdicional.

Uma vez estabelecida a competência para julgar o conflito pelas partes, através da cláusula arbitral, o exercício dessa medida de jurisdição terá como respaldo o disposto na Lei 9.307/96 e demais diplomas legais que regulem a matéria processual e constitucional. Do corpo legislativo brasileiro específico, referente à matéria, extrai-se que o árbitro tem competência para decidir sobre sua própria competência²³, podendo a questão ser reexaminada pelo Judiciário²⁴. Cachapuz (2000, p. 123) designa de “competência de competência”²⁵, quando o árbitro resolve:

²³ Art 8º [...]

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

*Esse princípio está presente na Convenção de Genebra, Convenção do ICSID, na Lei de Modelo da UNCITRAL e no Acordo de Arbitragem do MERCOSUL.

²⁴ Art 32. É nula a sentença arbitral se:

I -for nulo o compromisso;
II - emanou de quem não podia ser árbitro;

Art 33 A parte interessada poderá pleitear ao órgão do poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

²⁵ No direito Alemão, essa regra denominada *Kompetenz-Kompetenz*, tradicionalmente era regra pela

as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitralidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia à extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória quanto por meio de compromisso arbitral - vem sendo acolhida de forma clara e definitiva na Lei nº 9.307/96 (art. 8º, parágrafo único), daí a impossibilidade de se discutir, no procedimento do art. 7º, qualquer matéria relativa à validade ou nulidade de cláusula compromissória ou do próprio compromisso arbitral, a competência do árbitro ou do tribunal arbitral.

Segundo a Lei de Arbitragem, as questões relativas à competência, ou ainda as questões concernentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem deverão ser alegadas na primeira oportunidade em que for concedida à parte para manifestação.

Quanto aos poderes atribuídos ao árbitro no exercício de sua função são estabelecidos primeiramente pela lei que lhe atribui direitos e poderes com fins de exercício durante o processo arbitral para a efetivação da finalidade a que serve, impulsionando a arbitragem, direcionando-a e garantindo a sua finalização de maneira rápida, efetiva e segura.

Tais poderes jurisdicionais se desenvolvem no transcorrer do processo arbitral, abrangendo os que dizem respeito ao andamento processual, os que se destinam ao convencimento do árbitro e os poderes decisórios. Ademais, devido a sua natureza contratual, os poderes dos árbitros poderão ser ampliados conforme o estabelecido pela vontade das partes, respeitando-se os limites legais e a ordem pública. Ensina Muniz (2006, p. 111) que tais poderes são também deveres:

Confere-se-lhes tais poderes para que possam defender o interesse das partes, como instrumento para a prestação da função que lhes foi atribuída pelos litigantes e pelo próprio Estado que deu força e forma ao cargo. Assim o poder de decidir e o de conduzir o processo de acordo com o procedimento estabelecido, respeitando os princípios garantidores do procedimento arbitral, são mais do que poderes, configurando-se em deveres dos árbitros.

qual os árbitros detinham competência exclusiva para decidir sobre sua própria competência, afastando a apreciação dessa matéria pelo judiciário. Após julgado em 13 de janeiro de 2005, o Tribunal Federal Alemão decidiu ser da competência do Judiciário a decisão definitiva sobre a competência do árbitro com base na nova lei alemã de arbitragem. Esse já era o sistema adotado na França.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 135), ao incluírem entre os sujeitos do processo o juiz, discorrem sobre os poderes a serem exercidos no desempenho de sua função:

Com o objetivo de dar ao juiz as necessárias condições para o desempenho de suas funções, o direito lhe atribui determinados poderes a serem exercidos no processo, ou por ocasião dele. Tais poderes agrupam-se em duas categorias principais: a) poderes administrativos ou de polícia, que se exercem por ocasião do processo, a fim de evitar a sua perturbação e de assegurar a ordem e decoro que devem envolvê-lo; e b) poderes jurisdicionais, que se desenvolvem no próprio processo, subdividindo-se em poderes-meios (abrangendo os ordinatórios, que dizem respeito ao simples andamento processual, e os instrutórios, que se referem à formação do convencimento do juiz) e poderes-fins (que compreendem os decisórios e os de execução).

Considerando os termos contidos no artigo 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito, sendo extensivo ao exercício de sua função os poderes conferidos aos juízes, com a ressalva de que, por tratar-se de jurisdição privada, não se incluem nessa seara os poderes executórios que demandam de coercitividade, atributo inexistente na jurisdição privada²⁶. Nesse sentido Fiúza (1995, p. 131) aponta como poderes dos árbitros:

a) decidir sobre toda questão acessória do objeto do litígio; b) ordenar qualquer medida de instrução; c) conhecer de todas as exceções opostas pelas partes; d) julgar as questões incidentais; e) outros instituídos por lei ou pelo compromisso.

Dessa maneira, não tem o árbitro poderes para a efetivação de medidas coercitivas, as quais dependem do poder judiciário para sua execução, sendo esse limite existente também nas legislações dos países participantes do Mercosul, excepcionado o Paraguai.

²⁶ Saredo aponta como componentes da jurisdição a *vocatio* – faculdade de chamar a juízo -, a *notio* – faculdade de conhecer da causa -, a *coertio* –direito de se fazer respeitar -, o *iudicium* – direito de julgar -, e a *executio* – direito de tornar obrigatória e coativa a decisão (*apud* Carmona 2006, p. 264). A partir desta diretiva Carmona comenta que ‘o árbitro seria dotado de *notio*, *vocatio* e *iudicium* enquanto só as decisões do juiz togado estariam caracterizadas pela *coercio* e pela *executio*’.

Em todas as situações no exercício de seus poderes, para garantir a lisura do processo arbitral, devem os árbitros observar os princípios éticos, os que orientam o ordenamento jurídico *in casu* e principalmente não extrapolarem os poderes conferidos pelas partes na convenção arbitral.

1.3 RESPONSABILIDADE

A função a ser desenvolvida pelo árbitro é de natureza personalíssima e intransferível, o mesmo se aplicando aos organismos de arbitragem, que restarão vinculados mediante definição pelas partes. Tal caráter persiste mesmo no caso de designação de árbitro *intuitu officii*. Na composição dos conflitos que lhe são submetidos deverá decidir segundo sua consciência, com imparcialidade e independência.

A Lei de Arbitragem (art. 17) equipara o árbitro, no desempenho de suas funções ou em razão delas, aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal, ou seja, quanto aos crimes contra a administração pública no que for aplicável, imputando ao árbitro as responsabilidades que tangem ao juiz togado no desempenho de suas funções. Esse posicionamento, adotado pelo legislador, visa dar maiores garantias ao procedimento, protegendo as partes contra crimes de concussão, corrupção e prevaricação.

No âmbito civil, a responsabilidade é de natureza subjetiva, devendo ser apurada caso a caso mediante a imputação de culpa. Diferentemente da regra contida quanto à responsabilidade dos juízes, inserta no código de Processo Civil (art. 133), o ordenamento é silente quanto à responsabilidade civil dos árbitros²⁷. César Fiúza (1995, p. 135) diferencia a função exercida pelo árbitro da exercida pelo magistrado, indicando a origem dos poderes em que é constituído:

Seus poderes emanam de convenção entre as partes e sua função é fruto de contrato *sui generis* entre eles e as partes. Sendo assim, sua responsabilidade civil deve ser analisada por ângulo diverso da responsabilidade civil dos juízes. É pois, admissível que as partes tenham recurso na Justiça Comum contra todos os prejuízos que lhes causem os árbitros por ação ou omissão culpável.

²⁷ Diferentemente do direito italiano, espanhol e argentino, cujas normas expressas tratam da responsabilidade civil dos árbitros.

Nesse diapasão, o árbitro tem o dever jurídico de cuidado e de observância dos princípios e regras para o regular desenvolvimento do processo arbitral, realizando de maneira satisfatória o encargo aceito por ele. Aplica-se, nos casos de responsabilização, a regra contida no artigo 927 do Código Civil²⁸, seja nos casos de não apresentação de decisão dentro do prazo fixado sem justificável motivo pelo atraso, no caso de renúncia injustificada ao encargo assumido ou que cause prejuízo às partes mediante ação dolosa ou fraudulenta no ato de decisão.

Em todas as hipóteses apresentadas, mister se faz a demonstração da conduta omissiva ou comissiva do árbitro e o nexos causal ao dano sofrido para a imputação de sua responsabilidade civil.

²⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

2 CONVENÇÃO ARBITRAL

O instrumento corporificador da autonomia de vontade na arbitragem é a convenção arbitral, que reflete o acordo de vontades através do qual as partes contratantes optam por solucionar os litígios atuais ou futuros que possam decorrer da relação contratual, através do juízo arbitral. Como negócio jurídico a convenção arbitral é gênero que tem como espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, pelo que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal do Brasil (BRASIL, 2002).

A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior a autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum.

Inovadora do ordenamento jurídico, a Lei 9307/96 concedeu efeito vinculante à convenção de arbitragem, posto que a legislação anterior, revogada, concedia tal efeito apenas ao compromisso arbitral. A formalização da convenção de arbitragem afasta o acesso das partes à jurisdição estatal, instituindo uma obrigação de instalação do juízo arbitral. Nesse sentido assevera Muniz (2006, p. 86):

A convenção arbitral é formada pela junção do compromisso arbitral e da cláusula compromissória (art. 3º), e da soma do conteúdo destes instrumentos vamos encontrar as normas para instauração do juízo arbitral e julgamento do litígio (procedimento, árbitros, lei aplicável, objeto, partes, custas). Ou seja, cláusula e compromisso são partes do gênero convenção arbitral que tem o efeito de excluir a jurisdição estatal sendo motivo de extinção do feito sem julgamento de mérito (art. 267, VII, do CPC).

No entendimento de Carmona (2006, p. 89), a convenção de arbitragem apresenta duplo caráter. Como acordo de vontades “vincula as partes no que se refere a litígios atuais e 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”. É em razão dessa característica que sua existência é suficiente para afastar a competência do juiz estatal, não sendo necessária a instauração do juízo arbitral para caracterizar a competência do árbitro na resolução de questões definidas na convenção de arbitragem.

A validade da convenção de arbitragem está condicionada ao preenchimento dos requisitos essenciais dos contratos, a saber: capacidade das partes, manifestação de vontade válida (livre e de boa-fé), objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei. Consequentemente, a convenção arbitral, reflexo do acordo efetuado entre as partes, encontra seus limites na lei.

Aspecto importante a ser considerado pelas partes, após a escolha pela via arbitral para a resolução de conflitos através da convenção de arbitral, refere-se à modalidade de resolução da arbitragem, se será com base na equidade ou no direito²⁹. Havendo opção pela equidade³⁰, não seguirá o árbitro procedimento específico, devendo, entretanto, preservar as garantias de defesa para as partes, oferecendo-lhes as mesmas oportunidades para manifestação, provas e defesas. Lemes (2007, p. 225), ao se referir pela opção das partes pela solução por equidade, observa que:

As partes priorizam mais o equilíbrio da relação contratual e a análise de fato do que a avaliação puramente formal e legal do contrato. A autorização para julgar por equidade encontraria adequada aplicação nos contratos em que pretende preservar a relação contratual e naqueles de alta complexidade técnica.

Contudo, se optarem as partes que o conflito será resolvido com base no direito, deverá constar na convenção arbitral qual o procedimento a seguir. Esse aspecto integra o campo da autonomia da vontade, que conforme Almeida Santos (1999, p. 113), “na arbitragem, se reflete tanto no direito substantivo (art. 2º) como nas regras de seu desenvolvimento ou procedimento, como consta da lei (art. 21)”. Nessa esteira de pensamento, pontifica Ricardo Almeida (2003, p. 131):

²⁹ Na decisão por arbitragem, o árbitro procura a justiça prioritariamente à lei, na decisão pautada por regras de direito o árbitro se atém às normas vigentes.

³⁰ No sistema brasileiro, bem como no italiano, a opção pela arbitragem de equidade deverá ser determinada expressamente na convenção arbitral. Diversamente, no direito espanhol e no argentino, restando silente o instrumento será considerada a arbitragem de equidade.

A arbitragem, como se sabe, é o “campo da liberdade”, espaço aberto à autonomia privada em vários sentidos, dos quais alguns principais vêm imediatamente à lembrança: trata-se de jurisdição privada de origem contratual; os julgadores são de confiança e escolha das partes; as partes têm liberdade de dispor do direito aplicável à substância do litígio e até mesmo de optar por subtraí-lo de qualquer ordenamento jurídico estatal; o procedimento arbitral pode ser livremente convencionado; por fim, a forma de instituição do juízo arbitral está à escolha das partes, que podem recorrer a regulamentos específicos e instituições especializadas.

Feita a opção pela arbitragem, assume o procedimento arbitral importância de grande monta, posto que, em conformidade com o que estiver previsto, poderá haver facilidades ou dificuldades para as partes. Selma Ferreira Lemes (2006, p. 97), quanto ao tema, destaca que:

as diretrizes estabelecidas pelas partes na Convenção de Arbitragem são de caráter indeclinável e devem ser observadas pelos árbitros, sob pena de anulação da sentença arbitral, tal como previsto no artigo 32, IV (se for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem) e, tratando-se de sentença arbitral estrangeira, ocasionar seu não-reconhecimento, homologação e execução no país em que se solicita o *exequatur*, tal como estabelecido no artigo 38,IV da Lei de Arbitragem e no artigo V, 1, "c" da Convenção de Nova Iorque.

Sintetizando, refere-se a autora às principais características e aos efeitos da convenção de arbitragem, nas duas modalidades em que se apresenta, cláusula compromissória e compromisso arbitral, quais sejam: “instituir compulsoriamente a arbitragem (efeito positivo), afastar a propositura de demanda judicial (efeito negativo) e estabelecer a forma como o árbitro deverá solucionar a controvérsia, bem como os limites de sua investidura” (LEMES, 2006, p. 97).

Santos (2004, p. 77), ao destacar a importância da escolha das regras aplicáveis ao procedimento arbitral, detalha seu conteúdo:

determina, por exemplo, a organização do procedimento, os poderes de instrução do árbitro, a possibilidade de concessão de tutelas cautelares ou de tutelas preventivas e de urgência, os elementos de provas admitidos, o prazo para que se desenvolva e seja proferida a sentença arbitral, os requisitos formais dos atos, os incidentes processuais admitidos e a necessidade das partes estarem representadas por advogados.

Contudo não é plausível convenção arbitral que delimite a liberdade das partes em solicitar medidas cautelares, resultando em restrição da autonomia da vontade, instituto delimitado pelo ordenamento jurídico. Tal tipo de “lei entre as partes” restará inexistente, posto que contraria requisito formal do negócio jurídico. De acordo com Figueira Junior (1999, p. 224-225):

não há que se admitir a convenção das partes em excluir a possibilidade de pleitearem tutela acautelatória. Tal convenção será absolutamente nula por afrontar o direito constitucional de acesso à jurisdição estatal ou privada. Assim nos parece porque ao referir-se a Constituição Federal em seu art 5º, inc. XXXV, à tutela jurisdicional a ser concedida também em hipóteses de “lesão ou ameaça à direito”, constata-se que existe, em patamar constitucional, a previsão de que a tutela cautelar faz parte do direito de *acesso à justiça*, o que definiríamos como *direito subjetivo de cautela*.

Por fim, optando as partes validamente pela via arbitral, os contratantes não poderão recorrer ao Judiciário para instauração do litígio sem que haja consentimento mútuo, posto ser inadmissível a renúncia unilateral pela instância arbitral. No direito comparado, tanto na Espanha quanto na Itália, entende-se renunciado o juízo arbitral quando interposta demanda na via judicial por uma das partes, a outra não alegar na contestação *exceção de convenção de arbitragem*.

2.1 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A cláusula compromissória, como espécie do gênero convenção arbitral, é definida na Lei de Arbitragem, artigo 4º, como “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter a arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Da definição apresentada se depreende a natureza contratual, conforme preceitua Shiguematsu (1999, p. 439):

A cláusula compromissória é a cláusula contratual pela qual as partes convencionam, na eventualidade de um litígio sobre o objeto do contrato, levar o conflito a julgamento arbitral. Trata-se de um acordo sobre evento futuro e incerto, que, uma vez realizado, vincula as partes à realização do compromisso arbitral e consequentemente à arbitragem.

Koretz (1997, p. 130) reafirma a natureza de negócio jurídico ao definir:

cláusula compromissória é um negócio jurídico que determina a subtração da jurisdição estatal das controvérsias que possam originar entre os contratantes, estabelecendo a competência da solução de seus eventuais litígios para instância arbitral. A celebração desse contrato há de ser realizada em momento anterior ao surgimento da lide.

De caráter preventivo, é fundamental que a cláusula compromissória adote a forma escrita, devendo ser, portanto, expressa. Considerada de natureza de negócio jurídico que produz efeitos de natureza processual, para Carmona (2006, p. 103), produz “desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo estatal e (positivos) em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros)”. Tal posicionamento é corroborado por Venosa (2005, p. 610) quando dispõe que:

Ao estipular essa cláusula (cláusula compromissória), o compromitente transige sobre direitos em discussão e renuncia à jurisdição estatal. Acentuando o caráter contratual do instituto, nele é proeminente a autonomia da vontade. A arbitragem tem origem e fundamento na manifestação de vontade das partes. Qualquer lançamento interpretativo sobre o compromisso deve partir dessa premissa.

Importante observar que essa cláusula é autônoma em relação ao contrato em que está inserida e é revestida de autonomia em relação ao vínculo principal, de maneira que, sendo considerado nulo tal vínculo, não restará necessariamente nula a cláusula compromissória. Carmona (2006, p. 158), com maestria, preleciona:

É natural que assim seja, até porque a nulidade (ou anulabilidade) do contrato poderá ser submetida à decisão dos árbitros, tudo a pressupor a separação da cláusula do restante do contrato. Por consequência, se um contrato nulo (por não ter seguido a forma prevista em lei, ou porque seu objeto seja ilícito) afetasse a cláusula compromissória nele encaixada, os árbitros nunca teriam competência para decidir sobre questões ligadas exatamente à nulidade do contrato. Seria então muito fácil afastar a competência dos árbitros, pois bastaria que qualquer das partes alegasse matéria ligada à nulidade do contrato para que surgisse a necessidade de intervenção do juiz togado.

A cláusula compromissória pode se apresentar sob duas modalidades: a) de maneira a ser necessária a lavratura de compromisso arbitral, através da manifestação inequívoca da autonomia da vontade a determinar os requisitos necessários que permitam a instituição do procedimento arbitral, denominada pela doutrina cláusula compromissória vazia; b) de maneira a ser desnecessária a lavratura de compromisso arbitral por conter em seu bojo todas as especificações necessárias para instauração imediata de procedimento arbitral, essa também denominada cláusula compromissória cheia.

Na Lei 9.307/96, os contornos da cláusula cheia encontram-se determinados no disposto no artigo 5º³¹, sendo de extrema importância a definição da matéria ou matérias que serão abrangidas pela solução arbitral, o número de árbitros, as regras de direito aplicáveis à controvérsia ou se por equidade, princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio.

No âmbito do direito das obrigações, trata-se a cláusula compromissória de obrigação de fazer, assumida entre os contratantes, por ser modalidade de cláusula dependente de lavratura de compromisso arbitral. Na chamada cláusula vazia, caso não ocorra o cumprimento da obrigação, cabe à parte adversa recorrer ao judiciário, perante o juízo que seria competente para conhecer e solucionar o conflito com fins de obter a lavratura do compromisso arbitral. Tal ato se dará através do comparecimento da parte em juízo, em razão de interposição de ação de execução específica da cláusula compromissória ou ainda pela instituição da arbitragem pelo juiz.

2.2 COMPROMISSO ARBITRAL

Mantendo as mesmas características da cláusula compromissória, de acordo entre as partes para a renúncia da jurisdição estatal, lançando a controvérsia para a jurisdição privada, o compromisso arbitral tem como pressuposto

³¹ Art. 5º - Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

uma controvérsia já surgida entre as partes, diferentemente da cláusula compromissória. Nesse sentido, Locohama (2007, p. 304) aduz:

Logo, o compromisso arbitral surge após a existência de um litígio. Tem-se, a partir do conflito já instaurado, um consenso em escolher a arbitragem como instrumento para a solução do litígio, tirando-se daí o nome de compromisso arbitral.

Trata-se especificamente de um contrato capaz de produzir consequências no campo processual, criando uma relação jurídica entre as partes conflitantes e o árbitro, ou árbitros após a aceitação do encargo. Quanto à forma pode se apresentar sob duas modalidades: a) judicial, quando imposto por sentença judicial cuja eficácia é constitutiva; b) extrajudicial, quando acordado pelas partes através de instrumento público ou particular. Seu contorno é delineado pelo art. 10 da Lei 9.307/96, cujos elementos são considerados obrigatórios, sob pena de nulidade do compromisso³².

Quanto ao momento do surgimento do compromisso arbitral, Cachapuz (2000, p. 91) afirma que:

O compromisso arbitral pode ser estabelecido independentemente da existência anterior de cláusula compromissória, inclusive no curso do próprio processo judicial. Aqui, a instauração do Juízo Arbitral só ocorrerá por vontade das partes, vedada a obtenção do compromisso via Judiciário, diferente do que ocorre com a cláusula arbitral, que uma vez contida no contrato, mesmo se uma das partes resolver a não querer mais a arbitragem, o Juízo Estatal está afastado.

Outros elementos delineados na Lei 9.307/96 são admitidos na composição do compromisso, tidos como facultativos, cuja ausência não ensejam nulidade do instrumento, tais como: a) o local onde se desenvolverá a arbitragem; b) a autorização para que o árbitro ou árbitros julguem por equidade, se assim

³² Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

convencionado; c) o prazo para apresentação da sentença arbitral; d) a indicação da lei nacional ou regras corporativas aplicáveis à arbitragem; e) a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; f) a fixação dos honorários dos árbitros.

Em razão da possibilidade de estabelecimento pelas partes de julgamento por equidade, deverá o árbitro, na efetivação de seu desiderato, respeitar as normas de ordem pública e os bons costumes. A equidade, segundo Cachapuz (2000, p. 101), é “a integração, em uma gama de meios, de interpretação e decisão, colocados à disposição do árbitro, de critérios variados, dos quais pode livremente fazer uso da maneira como lhe pareça mais adequado a dirimir o litígio”.

Complementa a autora seus apontamentos no sentido de que “a equidade deverá aparecer sempre como contorno e abrandamento da norma de direito ao caso concreto, sem que venha a ser rejeitada” (2000, p. 101). Carmona (2006, p. 77) observa que “pode o árbitro, autorizado a julgar por equidade, decidir em sentido contrário àquele indicado pela lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo”.

Por derradeiro, deve-se tratar da extinção do compromisso arbitral, que, nos termos do art. 12 da lei de Arbitragem, tem reduzida incidência de hipóteses como no caso de renúncia do(s) árbitro(s) antes de aceitar a nomeação, havendo regra expressa de não aceitação de substituto; falecimento de árbitro(s) ou impossibilidade de declaração de voto, havendo vedação à substituição e expiração do prazo para a apresentação de sentença mediante notificação do árbitro.

3 SENTENÇA ARBITRAL

A Lei 9.307/96 estabelece que a decisão do árbitro consiste em sentença e deve, portanto, adotar a forma escrita, conquanto que tem a mesma eficácia do provimento judicial transitado em julgado (arts 18, 23, 24 e 31) ³³.

A sentença, analisada sob seu aspecto formal, pode ser conceituada como o ato do julgador proferido conforme arts 267 e 269 do CPC, qual seja, independentemente de apreciar-lhe o mérito ou não, nos termos do art. 162 § 1º do CPC. Por essa perspectiva, apresenta-se sob duas formas: a) quando apenas apresenta conteúdo meramente processual, em razão de invalidade de compromisso arbitral ou nos casos do art. 12, I e II da Lei de Arbitragem, por exemplo; b) quando reconhece o direito de uma das partes, podendo ser condenatória, constitutiva ou declaratória.

Vale lembrar que a doutrina, antes das alterações promovidas pela Lei 11.232/2005 que modificou o conteúdo do art. 162 do CPC, cujo dispositivo prestava-se, entre outras coisas, à definição de sentença, apresentava conceito de cunho finalístico desse provimento. Considerada ato que encerrava o processo, a sentença dispunha cunho terminativo: quando apenas finalizava o processo, sem discutir o mérito, ou definitiva, quando decidia o mérito.

Sob esse prisma, o conceito de sentença, trazido por Bellinetti (1994, p.145), apresenta dois aspectos: formal e material. No aspecto formal há perspectiva de sentença como “ato que encerra o processo, independente de julgar-lhe o mérito, ao lado daquele que entende sentença como o ato que julga o mérito do processo (resolve um litígio autônomo), funcionando subsidiariamente o conceito atinente a ato emitido sob determinada forma”. No aspecto material “implica uma reflexão não somente jurídica, mas também, psicológica, política e semiológica”. Nesse sentido aduz o autor:

No aspecto material há a perspectiva de sentença como ato que estabelece (declarando – declaração pura ou constituição ou criando) a norma que irá reger o caso concreto, ao lado de um conceito mais amplo, colocando-se a sentença como o ato que se manifesta sobre o estabelecimento dessa norma, estabelecendo-a ou negando-se a fazê-lo (BELLINETTI, 1994, p. 145).

³³ A Lei 9.307/96 considera estrangeira a sentença arbitral proferida fora do território nacional, aos moldes da Lei Espanhola de Arbitragem e da Convenção de Nova Iorque.

Para Carmona (2006, p.278) “a sentença arbitral, da mesma forma que a sentença proferida pelos órgãos jurisdicionais estatais, é o ato através do qual o julgador põe fim ao processo”. Porém, a partir da alteração ocorrida no CPC, em razão da reforma imposta pela Lei 11.232/2005, Carmona (2008, p. 15) alude que “ao contrário do que ocorre com a sentença proferida pelo juiz estatal, o árbitro, ao sentenciar, esgota sua função jurisdicional”, sinalizando que “a Lei de Arbitragem apostou, portanto (com sucesso) na definição finalística de sentença arbitral”.

A diferenciação entre as duas modalidades de sentença, apresentada por Nery Junior, (2002, p. 79), enfoca questão diversa:

Apenas se distanciam quanto ao aspecto confiança, que preside o negócio jurídico de compromisso arbitral, estando ausentes na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença é imposta coativamente aos litigantes. Enquanto no compromisso arbitral as partes convencionam acatar a decisão do árbitro, na jurisdição estatal o réu é compelido a responder o processo, ainda que contra sua vontade, sendo as partes obrigadas a obedecer ao comando emergente da sentença.

Entretanto, distinção fundamental entre a sentença proferida pelo árbitro e a proferida pelo magistrado reside no fato da primeira carecer de executividade, isto porque à jurisdição privada não se estende o poder de coerção, sendo este monopólio do estado. O cumprimento ao julgado integra, pois, a função jurisdicional estatal³⁴.

A grande inovação, trazida pela Lei de Arbitragem³⁵, refere-se quanto à desnecessidade de homologação da decisão arbitral pelo órgão jurisdicional estatal, conforme ocorria anteriormente à sua publicação³⁶. A natureza de título executivo judicial dado à sentença arbitral, anteriormente pelo art. 584, VI, do CPC e, após sua revogação pelo art. 475-N, IV da Lei 11.232/2005, só vem a reafirmar o caráter jurisdicional da arbitragem, caracterizando-a como manifestação dessa atividade jurisdicional e, conseqüentemente, revestindo-a da autoridade da

³⁴ Segundo lições de Zanzucchi (1964, p. 15), os poderes que compõem a jurisdição são: a) *notio* (conhecer), b) *imperium* (de coerção), c) *documentação*.

³⁵ O sistema legal brasileiro, anterior ao advento da Lei 9.037/96, utilizava a denominação de *laudo arbitral* para designar a decisão que finalizava a arbitragem, tal como ocorre até hoje no sistema espanhol.

³⁶ No direito comparado, alguns ordenamentos exigem a homologação da decisão arbitral por um juízo, entre eles o italiano.

coisa julgada, que tem como resultado a imutabilidade e oponibilidade de exceção de coisa julgada. Segundo Parizzato (1997, p. 100-101):

A eficácia da sentença arbitral como título executivo judicial, decorre da própria prolação, havendo condenação, não mais necessitando essa de qualquer homologação pelo próprio órgão do poder Judiciário, como anteriormente se exigia. Desapareceu com a Lei nº 9.307/96, a figura da homologação pelo Poder judiciário, pelo que a sentença proferida pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, terá eficácia de uma sentença proferida por tal órgão, independentemente de qualquer interferência deste.

O prazo para a prolação de sentença arbitral, nos moldes da legislação pátria vigente, é de seis meses, a contar da instauração do processo arbitral, se outro não for o prazo estipulado pelas partes. Ao se estipular tal prazo, pretendia-se a celeridade processual, vantagem esta apresentada pela arbitragem frente ao processo estatal.

Constata-se através da análise dos dispositivos que disciplinam a decisão arbitral na Lei 9.307/96 que o referido diploma legal trabalhou com a idéia de unicidade da sentença arbitral. Entretanto, com o advento da Lei 11.232/2005, alteradora do Código de Processo Civil brasileiro, que visou à adaptação do conceito de sentença ao procedimento adotado para o cumprimento das sentenças, foi possibilitado, no dizer de Carmona (2008, p. 11-18) “o fatiamento do julgamento da lide”, quer seja na jurisdição estatal quanto na arbitral. Desta forma afirma o autor que “alterou-se, portanto, o padrão do devido processo legal em que se espelhava a Lei de Arbitragem”. No mesmo sentido, Vargas (2007, p.154):

Todavia, pelo novo conceito de sentença, trazido pela Lei 11.232/2005, este ato processual não é mais definido pelo seu efeito, mas pelo seu conteúdo, ou seja, não é o ato pelo qual o juiz, necessariamente, põe termo ao processo, mas sim o ato do juiz que implica algumas situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC, o que significa dizer que num processo, agora, poderão existir várias sentenças.

Contudo, no âmbito arbitral, para a utilização de técnica de julgamentos parciais, destaca Carmona (2008, p.18) a necessidade de expressa referência em convenção arbitral, que enfatiza:

Doravante, o emprego da técnica do julgamento gradual e parcelado da lide servirá tanto para economizar tempo e dinheiro das partes, como também para evitar situações em que árbitros, por absoluta impossibilidade material, não conseguiriam proferir sentenças líquidas (como acontecia com as hipóteses lembradas das decisões sobre rescisão de contratos de franquia e respectivas indenizações).

No direito comparado, na Itália, desde os anos 50, após julgado da Corte de Cassação, foi reconhecido que não havia óbice para a admissão de sentenças arbitrais parciais. Igualmente na Espanha, que historicamente teve que superar barreiras culturais que antagonizavam com a adoção da arbitragem, em 2003, com a edição de nova *Ley de Arbitraje* restou disciplinada a sentença arbitral parcial. Conta ainda previsão expressa dessa modalidade de decisão as leis de arbitragem suíça e britânica.

Estendendo a questão de sentenças arbitrais parciais a outros sistemas, regras expressas de referências a laudos parciais estão presentes no art. 2º do Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, e no Regulamento da *American Arbitration Association*. A partir de 2005, tal referência também passou a ser expressa, excepcionalmente, no Regulamento do Centro de Arbitragem da Amcham (Câmara Americana de Comércio) de São Paulo, porém, com ressalvas de ratificação das decisões parciais em decisão final.

A adoção em sede arbitral de decisão parcial por parte do julgador, além de favorecer os interesses das partes, “facilitará (ou condicionará) o normal desenvolvimento de obrigações contratuais múltiplas” (CARMONA, 2008, p. 16). É também conveniente, em virtude de os “árbitros decidirem questão que demande liquidação em duas etapas distintas, uma objetivando o *an debeatur*, outra focando o *quantum debeatur*”.

Todavia, surgirão problemas que deverão ser resolvidos no sentido de redimensionar o sistema de impugnação das decisões arbitrais parciais, adequar

as previsões relativas às execuções de tais provimentos (e a disciplina de sua respectiva imutabilidade), bem como acomodar os prazos previstos na arbitragem (em especial, o prazo para proferir sentença) (CARMONA, 2008, p.19).

Quanto à impugnação da sentença parcial, em especial nos termos do art 32 da Lei 9.307/96, será necessário que a demanda de nulidade seja manejada para atacá-la na proporção em que seja proferida a decisão, sob pena de não o fazendo, ou só impugnando a sentença final, a sentença parcial sobreviverá, mesmo que se obtenha sucesso no combate.

Ao final, reconhecida a obrigação líquida em sentença arbitral, nova questão surge mediante o não cumprimento espontâneo pela parte contra quem foi proferida a decisão, posto que será necessária a execução da sentença arbitral. Cumpre observar que no âmbito dos contratos internacionais, em que a arbitragem é largamente utilizada, é comum o cumprimento espontâneo da sentença arbitral. É evidente que isso ocorre em razão de que mediante o descumprimento, ou a necessidade de se recorrer ao judiciário para a efetivação da decisão, tal atitude resulta em descrédito, o que se mostra conseqüência nociva à atividade empresarial.

Entretanto, se for necessário socorrer-se do judiciário para o cumprimento do *decisum*, de acordo com a atual sistemática adotada pelo CPC, incidirá a hipótese do art 475-J. O artigo em comento refere-se ao cumprimento de sentença, aplicando-se ao devedor condenado em sentença arbitral ao pagamento de quantia certa que não o faz no prazo de 15 dias, a partir da intimação da decisão (art 29 Lei 9.307/96), o acréscimo de multa no percentual de dez por cento ao *quantum* devido. Nessa esteira de pensamento, Scavone Junior (2008, p. 185) esclarece:

Ultrapassado *in albis* o prazo de quinze dias, o credor deverá instruir o pedido de execução da obrigação de pagar quantia certa constante do título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC) com cópia do processo arbitral bem como com planilha de cálculo (art. 614, II, do CPC), incluindo multa de 10% (dez por cento) e requerendo, além da citação, a expedição de mandado de penhora e avaliação.

Tem-se que em se tratando de sentença arbitral mandamental ou executiva *lato sensu*, que implique em entrega de bem ou obrigação de *fazer* ou *não*

fazer, o procedimento a ser adotado para o cumprimento do disposto na decisão é o determinado pelos arts 461 e 461-A do CPC, conforme determinam os arts 475-I e 644 do CPC. Nesse diapasão, Medina (2008, p.292) assevera que:

A circunstância de o dever de entregar coisa constar de título executivo não impede que o demandante opte pelo rito do art. 461-A do CPC, que, tendo em vista a maior quantidade de medidas executivas que podem ser manejadas pelo juiz, pode propiciar ao autor uma tutela jurisdicional tendente a obter, mais prontamente, o bem devido, tendo em vista que à ação a que se refere o art. 461-A aplicam-se as medidas executivas referidas nos parágrafos do art. 461 do CPC, a que se referiu acima.

Medina em suas considerações, após advento da Lei 11.232/2005 que acrescentou capítulo que trata do cumprimento de sentença no CPC, considera que com a redação dada ao artigo 475-N, I³⁷, da letra da nova norma jurídica extrai-se que não só as sentenças condenatórias, mas também “as sentenças declaratórias podem constituir título executivo”: Basta, para tanto, que a sentença reconheça a existência de obrigação, atribuindo ao efeito executivo da sentença declaratória secundariedade (MEDINA, 2006, p.76).

De ver que em data anterior à reforma do CPC, Zavascki (2003, p. 56) já atestava que “não procede a afirmação de que a sentença meramente declaratória jamais é título executivo; ela terá força executiva quando contiver certificação de todos os elementos de uma norma jurídica concreta, relativa à obrigação”. Esse também foi o posicionamento adotado por ele ao relatar julgado no STJ em 2002, antes, portanto, da alteração legislativa (BRASIL, STJ, 1ª T., REsp 588.202/PR, j. 10.02.2004, DJ 25.02.2004, p.123).

Para que a sentença declaratória seja considerada título executivo é imprescindível que contenha todos os elementos da relação jurídica obrigacional. Segundo Santos (2008, p.185), pela redação dada ao art 475 - N, que apresenta o rol dos títulos executivos judiciais, a sentença declaratória “não tem o mesmo significado de sentença condenatória” contido anteriormente no art 584 do CPC,

³⁷ Existem questionamentos quanto à inconstitucionalidade formal do dispositivo citado em razão do teor não constante do projeto original proposto na Câmara dos Deputados, surgido, apenas como emenda de redação no Senado Federal, não tendo ocorrido seu retorno à casa iniciadora conforme determinado pelo art 65, parágrafo único, da Constituição Federal.

encontrando-se “alterada toda a estrutura da sistemática processual até então seguida, rompendo-a e superando-a”.

A alteração trazida pela inclusão do art. 475 - N do CPC leva à reflexão quanto à interpretação sistemática do ordenamento jurídico, aí inserida a Lei 9.307/96, favorecendo novas interpretações quanto à natureza da sentença arbitral. De qualquer sorte resta a imposição da equivalência da sentença arbitral com a sentença judicial, possuindo, as duas, a mesma eficácia para fins de execução. Nesse ponto, CARMONA doutrina que a equiparação entre a sentença estatal e a arbitral faz com que a segunda produza os mesmos efeitos da primeira. Por consequência, além da extinção da relação jurídica processual e da decisão da causa (declaração, condenação ou constituição), a decisão de mérito faz coisa julgada às partes entre as quais é dada (e não beneficiará ou prejudicará terceiros) (CARMONA, 2004, p. 314).

3.1 DA OBRIGATORIEDADE DA SENTENÇA

Uma vez aceito o encargo pelo árbitro, este se vincula ao dever de decidir a controvérsia a ele apresentada por meio de sentença no prazo estipulado pelas partes. Havendo omissão quanto ao prazo na convenção, determina a lei que a sentença deve ser apresentada dentro do prazo de seis meses a contar da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, se houver, sob pena de nulidade nos termos do art. 32, VII e 33 da Lei de Arbitragem.

O dever do árbitro de julgar o conflito a ele apresentado persiste ainda que as partes se tornem inativas durante o processo, a exemplo do que ocorre no direito espanhol. O não cumprimento desse dever por parte do árbitro gera graves consequências para a arbitragem que, tendo decorrido o prazo estipulado no art. 12, III da Lei de Arbitragem³⁸, acarretará sua extinção de forma anômala e a

³⁸ Extingue-se o compromisso arbitral:

[...]

III – tendo expirado o prazo a que se refere o art 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

responsabilização civil do árbitro, que terá que arcar com os danos causados às partes pela demora por ele ensejada.

Além da exigência da apresentação da decisão em documento escrito, alguns requisitos apresentam-se obrigatórios na sentença arbitral, entre eles:

a) o relatório, que deve conter o nome das partes e um resumo da questão controvertida;

b) os fundamentos da decisão, com a apresentação das análises das questões de fato e de direito e a menção expressa de julgamento por equidade quando for o caso;

c) o dispositivo, em que será apresentada a decisão das questões que foram submetidas ao árbitro e o prazo para o cumprimento da decisão quando for o caso;

d) data e local onde foi proferida a decisão

e) a assinatura pelo árbitro ou árbitros ou a manifestação do presidente do tribunal certificando a ausência de assinatura de algum deles.

O relatório tem a finalidade de estabelecer os limites da questão submetida à arbitragem e, para Carmona (2006, p. 294), cumpre dupla função: “tecnicamente serve para identificar o litígio que está sendo dirimido, estabelecendo os parâmetros e as balizas da sentença; psicologicamente, mostra aos contendentes que suas razões foram levadas em conta e devidamente analisadas para chegar-se a uma decisão”.

A fundamentação destina-se à exposição das questões de fato e de direito que influenciaram na decisão tomada pelo árbitro, fundamentando-a. Ao descortinar as razões jurídicas do julgamento, abre-se espaço para o controle crítico do julgado, concretizando uma garantia constitucional – art. 93, IX CF. Tal controle permite não apenas a impugnação da decisão, mas refletirá também a capacidade técnica do árbitro, dela dependendo sua participação em novos julgamentos, que pode não mais ser convidado para desenvolver a função.

No dispositivo, preceituado por Aragão (1992, p.103) como a “alma da sentença”, se estabelecem os limites da sentença. É através do dispositivo que se pode detectar alguma patologia da sentença, como o julgamento *citra, ultra* ou *extra petita*, posto que aqui também vigora o princípio da congruência entre o pedido formulado pelas partes e a decisão do árbitro. Nesse sentido corrobora Carmona (2006, p. 296):

Como ocorre com as sentenças estatais, também o árbitro tem sua atividade limitada, não podendo decidir além dos parâmetros fixados na convenção de arbitragem. Equivale isto a dizer que também em sede arbitral vigora o princípio da congruência entre o que as partes pedem e o que o julgador decide, sendo certo que sobre os próprios pedidos sobrepara a limitação maior estabelecida pela convenção de arbitragem.

A designação de local e data presta-se à qualificação ou não da decisão como sentença arbitral estrangeira, dependente de homologação pelo STJ, nos termos do art. 35 da Lei 9.307/96, considerada a alteração dada pela EC 45/2004 ao art. 105, I, i da CF³⁹.

Após prolatar a sentença, deve o árbitro intimar as partes da decisão, resultando na extinção da jurisdição dos árbitros, não mais sendo possível a revisão da decisão. Apenas por requerimento das partes tal revisão será possível, mediante apresentação de embargos de declaração dentro do prazo de cinco (5) dias posteriores à comunicação às partes, cujo aditamento da decisão pelo árbitro se dará no prazo de dez (10) dias subseqüentes. A possibilidade de oposição de embargos surgirá mediante a ocorrência de hipóteses legais de admissibilidade do requerimento de esclarecimentos, quais sejam: erro material; dúvida fundada; omissão; contradição; obscuridade.

Uma vez prolatada a sentença, extingue-se a jurisdição dos árbitros e ocorre a produção dos efeitos da sentença em relação às partes, produzindo coisa julgada, restando a impossibilidade de nova discussão do mérito da controvérsia. No entendimento de Wambier (2006, p. 628),

[...] os efeitos da sentença podem ser classificados em principais, anexos e secundários. Os efeitos principais estão previstos na própria sentença. São decorrência da sentença considerada como ato jurídico. Mais especificamente, os efeitos principais advêm diretamente do próprio conteúdo do comando (dispositivo) da sentença. Derivam da definição do destino do processo contido no dispositivo da sentença. Daí que, quando da procedência, os efeitos principais refletem o pedido imediato do autor. Se o autor pediu a condenação, o efeito principal da sentença de procedência é condenatório. Se pediu uma ordem, a sentença tem efeito principal mandamental – e assim por diante.

³⁹ A EC 45 transferiu a competência para a homologação de sentenças estrangeiras do STF para o STJ.

Dessa forma, em relação aos efeitos principais, eles variam dependendo do tipo de sentença. Caso seja a sentença meramente declaratória, tais efeitos consistiriam no reconhecimento da existência de um direito à obtenção de uma modificação jurídica. Se na modalidade constitutiva, constituiriam numa nova situação jurídica criada por ela e, por fim, se for condenatória, seus efeitos seriam o de permitir a instauração de uma execução forçada, ou seja, teriam o condão de impor ao devedor uma prestação. Contudo, há de se observar a ampliação do rol dos títulos judiciais executivos após a inclusão do art. 475, N no CPC, que possibilita a execução de sentença declaratória, desde que contenha todos os elementos da obrigação, conforme comentado anteriormente.

A eficácia da sentença arbitral decorre da lei e da vontade das partes, sendo que o limite de seus efeitos e da autoridade da coisa julgada é determinado pelo art 31 da Lei de Arbitragem. Assim sendo, este artigo estabelece igualdade de efeitos quanto à sentença proferida pelos órgãos do poder Judiciário e são produzidos entre as partes e seus sucessores⁴⁰. Quanto ao limite da coisa julgada, comenta Furtado:

É correto afirmar que apenas as partes litigantes são alcançadas pela autoridade da coisa julgada, mas sua eficácia pode eventualmente alcançar terceiros, que não integram a relação processual. Pela teoria alemã dos efeitos reflexos da coisa julgada, são as partes atingidas 'diretamente' pela coisa julgada, mas terceiros podem sofrer 'indiretamente' tais efeitos. Os primeiros queridos e previstos pelos litigantes, os últimos, não queridos, nem previstos, mas inevitáveis (FURTADO, 1997, p. 112).

Ressalta Grinover (2007, p.286) que, em razão da equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, é necessário averiguar como opera em relação à decisão arbitral a “eficácia preclusiva relativamente às alegações deduzidas ou dedutíveis pelas partes no processo arbitral”.

Considerando as lições de Marques (1982, p. 238-239), tem-se que “a coisa julgada material tem como limites objetivos a lide e as questões pertinentes a esta, que foram decididas no processo”. O doutrinador complementa o raciocínio especificando que “o que individualiza a lide, objetivamente, são o pedido e a *causa*

⁴⁰ No direito comparado, diversas leis declaram expressamente que a decisão arbitral faz coisa julgada, entre elas o CPC francês e a Lei de Arbitragem portuguesa.

petendi, isto é, o pedido e o fato constitutivo que fundamenta a pretensão”. Nesse sentido, “a limitação objetiva da coisa julgada está subordinada aos princípios que regem a identificação dos elementos objetivos da lide”, concluindo que “a coisa julgada alcança a parte dispositiva da sentença ou acórdão, e ainda o fato constitutivo do pedido (*causa petendi*)”.

Partindo dessas premissas Grinover (2007, p. 291) conclui que, por sua vez, a *eficácia preclusiva da coisa julgada* cobre não só o que foi discutido, mas também o que poderia ser discutido na fase cognitiva, de modo que o impedimento à rediscussão cobre o que foi e o que poderia ter sido discutido.

As observações de Grinover (2007, p. 291) destinam-se justificar que em razão da equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, também quanto à decisão arbitral é vedado “reabrir debate sobre questões de mérito que foram ou que poderiam ter sido suscitadas pelas partes”, evitando dar margem ao seu reexame.

Do ordenamento vigente extrai-se, pois, que a sentença arbitral é dotada de executividade e está elencada no rol de títulos executivos judiciais. Entretanto, em razão da carência de *imperium* nos poderes atribuídos ao árbitro, que impossibilita a realização de fato do comando contido em sua decisão, necessária a atuação da jurisdição estatal para a execução da sentença, considerada a disciplina contida no Código de Processo Civil.

A Lei 9.307/96 excluiu qualquer possibilidade de recurso da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo possível, no entanto, as partes pactuarem, dentro do procedimento arbitral, a revisão da decisão por outro órgão arbitral. Ocorrendo dúvida, contradição ou obscuridade, aplica-se a previsão do contido no art 30, I e II e parágrafo único do diploma legal específico, cujo equivalente corresponde aos embargos de declaração, delineados no Código de Processo Civil.

Cabe dizer, entretanto, que a decisão arbitral não está imune de controle estatal, subtraídas do âmbito desse controle questões relativas ao conhecimento do mérito e respectivas questões de fato e de direito pertinentes ao conflito decidido em sede arbitral. Tal controle consubstancia-se na “ação anulatória” prevista no art. 33 da Lei de arbitragem e nos “embargos do devedor”, a serem opostos em caso de eventual execução de sentença arbitral mediante o não cumprimento espontâneo do *decisum*.

Na ação anulatória, segundo Figueira Junior (1999, p. 270):

O fundamento jurídico da demanda (causa de pedir próxima) repousará na demonstração de alguma das hipóteses elencadas no art 32 da Lei de Arbitragem e o objeto imediato (pedido) será a desconstituição da sentença arbitral através do comando declaratório a ser obtido da sentença judicial de procedência.

Em contrapartida, os embargos do devedor, enquanto via defensiva disponibilizada ao executado⁴¹, “são estruturados como um ‘processo incidente ao executivo’”, segundo as lições de Dinamarco (2004, p. 637-639). Para Fux (2001, p. 1182) “objetivam os embargos *desconstituir a causa hábil de execução*, revelando índole preponderantemente constitutiva, posto apagar os atos executivos em geral”.

Carmona (2006, p. 344) aventa que o legislador contempla “a possibilidade de cumulação de motivos de nulidade em sede de embargos, desde que o embargante oponha defesa dentro do prazo de 90 (noventa) dias a contar da notificação da sentença arbitral”, bem como formula hipótese referente “ao manejo dos embargos após o prazo decadencial de 90 dias previsto na Lei de Arbitragem”.

Na primeira hipótese, trata-se de cumulação de demandas – demanda anulatória da Lei de Arbitragem e embargos à execução nos termos do CPC - ao que Carmona (2006, p. 344-345) explica:

Permitiu-se expressamente – ainda que de forma elíptica- que o embargante utilizasse uma mesma via processual para alegar tantos motivos de impugnação do laudo previstos no art. 32 da Lei como os motivos de impugnação previstos no art. 741 do Código de Processo Civil, ainda que o acolhimento de um ou outro motivo de impugnação não tenha o mesmo efeito.

Mencione-se que ultrapassado o prazo decadencial para a propositura da ação anulatória, será possível ao embargante argüir apenas as matérias contidas no art. 475-L do CPC. Nesse contexto, há de ser ressaltado que após as alterações promovidas pela Lei 11.232/05 no CPC, a matéria passível de

⁴¹ Para Lucon (1996, p. 80-84) “embora exista uma limitação da cognição no que se refere à amplitude das matérias a serem conhecidas pelo juiz e debatidas pelas partes (cognição parcial no plano horizontal) a cognição será exauriente, isto é ela será completa relativamente à profundidade das matérias passíveis de serem conhecidas e debatidas”.

ser argüida, em sede de embargos de execução de sentença arbitral corresponde à matéria pertinente à impugnação ao cumprimento de sentença - art. 475 – L.

Anote-se que o disposto no art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem apresenta nomenclatura desatualizada, posto não mais haver previsão no CPC de execução de título judicial nem seus embargos e sim a fase de cumprimento de sentença e sua impugnação.

3.2 DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE

As hipóteses de nulidade de sentença são contempladas no artigo 32 da Lei de Arbitragem⁴². Ao considerar que a sentença arbitral produz efeitos análogos àqueles próprios da sentença judicial, Ricci (1999, p.49) pondera 'necessária a aplicação dos princípios e dos conceitos que dominam a disciplina da nulidade da sentença pronunciada pelo Poder Judiciário'.

Como se pode depreender, a disciplina da nulidade dos atos processuais é complexa, existindo vários tipos de nulidade: relativa, absoluta, sanável e insanável, sendo princípio do direito positivo de que os atos nulos produzem efeitos até que seja decretada a nulidade (art 288 do CPC). Obtempera Ricci (1999, p. 50):

Por esta razão, afirma-se que a nulidade dos atos processuais não tem relação com a nulidade dos atos de direito material (dominada pela regra da ineficácia do ato nulo), entendendo-se que se assemelha à anulabilidade de direito material, segundo a qual são produzidos os efeitos anuláveis, que podem, entretanto, ser eliminados.

⁴² Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

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

Ao tratar da questão dos vícios do ato processual, Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 366) asseveram que:

Mesmo quando eivado de vício que determina a sua nulidade, porém, o ato processual considera-se válido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento judicial decreta a nulidade: a ineficácia do ato decorre sempre do pronunciamento judicial que lhe reconhece a irregularidade. Assim sendo, o estado de ineficaz é subsequente ao pronunciamento judicial (após a aplicação da sanção de ineficácia – diz-se, portanto, não sem alguma impropriedade verbal, que o ato nulo é anulado pelo juiz). Não se compadeceria com a natureza e fins públicos do processo a precariedade de um sistema que permitisse a cada qual das partes a apreciação da validade dos atos, podendo cada uma delas negar-se a reconhecê-los, mediante a simples alegação de nulidade, diluindo-se sua sujeição à autoridade do juiz e pulverizando-se as garantias de todo o processo.

Nessa vertente, tem-se que a sentença possui aptidão para produzir efeitos ainda que com eventual presença de nulidade, podendo ser considerado que, mesmo a sentença qualificada como nula sob a égide das normas processuais, é na verdade anulável se impugnada. Dessa forma, a coisa julgada material⁴³ possui eficácia sanatória com relação às nulidades do processo e da sentença.

Preleciona Wambier (2003, p. 21-22), nesse sentido:

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa materialmente traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.

⁴³ Para Luiz Guilherme Marinoni (2008, p.56), "a coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito. Na verdade, se a discussão jurídica não tiver um termo a partir do qual a decisão não possa ser questionada, não haverá sentido em falar em discurso jurídico nem muito menos em realizá-lo. Ora, um discurso jurídico incapaz de se estabilizar é uma contradição em termos, já que o poder, fundamento do discurso jurídico, impescinde do recrudescimento. É por isto que um discurso aberto à eterna discussão jamais será um discurso jurídico ou um discurso do poder estatal, mas tão-somente um discurso prático-geral".

Nas sentenças judiciais, após o trânsito em julgado, as nulidades se transformam em rescindibilidades que, com o decurso do prazo decadencial para a ação rescisória, embora subsistam eventuais vícios, não estarão mais sujeitos a qualquer espécie de impugnação.

Entretanto, isso não ocorre nas sentenças arbitrais, posto que não há previsão, no diploma legal, de ação rescisória das decisões arbitrais. Uma vez escoado o prazo decadencial de propositura de ação para desconstituição da sentença proferida em sede de arbitragem, outro remédio não há para sanar a nulidade processual. Tal distinção é justificada, em parte, pela exigência de celeridade, típica da arbitragem.

Na doutrina, há crítica acentuada no sentido de que parte das hipóteses apontadas no dispositivo legal trata de anulabilidades e não de nulidades, sendo considerados, portanto, revestidos de nulidade absoluta apenas as hipóteses apontadas nos incisos I, II, VI, VII e VIII, do art. 32, enquanto os demais incisos apresentam hipóteses de nulidade relativa. Nesse sentido, Figueira Junior (1999, p. 270) afirma:

Dependendo da hipótese de violação ocorrida, decretará o juiz a nulidade da decisão (nulidade do compromisso arbitral, emanada de quem não poderia ser nomeado árbitro, proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, se fora do prazo estabelecido no compromisso arbitral, for desrespeitado o princípio do devido processo legal) (incs. I, II, VI, VII e VIII do art. 32) ou declarará a nulidade da sentença arbitral e determinará que o árbitro ou tribunal profira nova decisão (se não contiver os requisitos do art. 26, se for proferida *citra*, *ultra* ou *extra petita*) (incs. III, IV, V do art. 32 e art. 33, § 2º).

O método adotado pelo legislador pátrio para a solução das nulidades apontadas no art. 32, sob o comentário de Carmona (2006, p. 339), é de que:

anulado o laudo, não pode o juiz togado passar ao exame da causa. Se a nulidade afeta apenas o laudo, e não a convenção arbitral, devolve-se ao árbitro (ou aos árbitros) a causa para a nova decisão; se a nulidade afeta a convenção de arbitragem ou a estrutura do juízo arbitral (substancialmente, a confiabilidade dos árbitros, que se mostraram parciais ou negligentes), destrói-se a própria arbitragem, cabendo ao interessado, livremente, procurar a tutela judicial de seus direitos.

Por fim, a todas as hipóteses elencadas no artigo 32 a lei revestiu da qualidade de fundamento para propositura de ação anulatória de sentença com a finalidade de desconstituição dos efeitos da decisão arbitral.

Não obstante, cumpre comentar que embora parte da doutrina considere que as hipóteses apontadas no artigo em comento sejam *numerus clausus*, nota-se, através de uma análise mais apurada, que se trata de rol exemplificativo, posto que eventual ação de nulidade poderá ser proposta perante o poder judiciário competente, com base em outros fundamentos que não os apontados no referido artigo, mas fundamentada no direito positivo, aqui considerado todo o sistema de ordenamento jurídico vigente.

À decisão arbitral a lei outorga eficácia e autoridade, sendo necessário, conforme ensinamentos de Cachapuz (2000, p. 211), que “para oferecer equivalência à sentença judiciária, com seus sectários (tanto *exequatur* quanto as características da imutabilidade da coisa julgada), deve estar imune de nulidade”. É necessário, portanto, para a desconstituição da decisão, a propositura de ação declaratória de nulidade da sentença arbitral.

Para Wambier (2007, p. 140) “a nulidade é um estado de irregularidade que leva (ou tende a levar) à ineficácia. A ineficácia é, pois, neste sentido, uma conseqüência da decretação de nulidade, que é, direta ou indiretamente, uma infração à lei”. A doutrina ao relacionar a nulidade com a validade da sentença distinguindo-a da eficácia, que se refere à produção de efeitos da sentença, aponta situação em que mesmo nula, a sentença pode alcançar eficácia se não houver declaração judicial da nulidade.

A distinção, segundo Wambier (2007, p. 286), entre nulidades e anulabilidades processuais reside no fato de que “só aquelas sobrevivem à formação da coisa julgada, e, em relação a elas, no processo, não há preclusão”.

Partindo desse raciocínio, é possível a arguição de nulidades processuais após a formação da coisa julgada, no âmbito da arbitragem, quer seja em sede de ação autônoma de nulidade de sentença, de natureza desconstitutiva, ou de embargos do devedor, na hipótese de sentença arbitral de natureza condenatória mediante a não satisfação espontânea do julgado pela parte sucumbente. De conformidade com Muniz (2006, p. 144):

Porém é bom salientar que, se a sentença arbitral for meramente declaratória ou constitutiva, o interessado deverá, obrigatoriamente, intentar ação de nulidade, sob pena de, em não o fazendo, não mais poder discutir os vícios apresentados, posto que, não cabe ação rescisória de sentença arbitral. Se a decisão for condenatória, poderá o devedor optar por argüir a nulidade em embargos do devedor, conforme o art. 741 do Código de Processo Civil que trata da execução de título judicial.

A ação prevista pelo art. 33 da Lei 9.307/96 tem natureza constitutiva cujo escopo não é de declarar a ineficácia da sentença, mas fulminar os efeitos que ela tenha produzido. Sua pretensão é de eliminar a capacidade da sentença de produzir efeitos. Entretanto, Amorim Filho (1997, p. 726) preleciona de forma sintética:

[...] tem-se um critério dotado de bases científicas, extremamente simples e de fácil aplicação, que permite, com absoluta segurança, identificar, a priori, as ações sujeitas à prescrição ou a decadência, e as ações perpétuas (imprescritíveis)'. Deste modo: '1º: Estão sujeitas a prescrição: todas as ações condenatórias e somente elas (arts 177 e 178 do CC); 2º: Estão sujeitas a decadência (indiretamente), isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem: as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; 3º: São perpétuas (imprescritíveis): a) as ações constitutivas que não tem prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias'. Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. Assim: a) não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência; b) não há ações constitutivas sujeitas à prescrição, e o c) não há ações declaratórias sujeitas à prescrição ou a decadência.

Em essência, as ações declaratórias, segundo Chiovenda (1942, p.62), “não se destinam a fazer cessar um estado de fato contrário, em sentido próprio, mas a declarar qual é o estado de fato conforme ao direito, fazendo cessar a propósito o estado de incerteza”, e, ao buscar fundamentação nas lições de Liebman, citado em nota de sua obra, às folhas 293: “A ação não está sujeita à prescrição, como em geral todas as ações declaratórias, porque tende simplesmente a fazer resultar de modo certo um estado de coisas já existente e perfeitamente legítimo, que o decurso do tempo, só, não pode modificar”. Nessa linha, sustentou Pontes de Miranda (1955, p. 100):

Não há prescrição da ação declaratória negativa ou positiva. O titular da ação de nulidade não precisa propô-la, basta que alegue a nulidade ao ter-se querido emprestar ao ato jurídico algum efeito. Para evitar que se lhe atribua tal efeito, que o ato não tem, alega a nulidade, dando ensejo a que o juiz desconstitua o ato jurídico incidentalmente, como poderia desconstituir de ofício. Não se compreenderia que o tempo apagasse o que o juiz não pode suprir, nem os próprios interessados ratificar.

Daí dizer que a ação declaratória objetiva a eliminação da incerteza quanto à existência ou não de uma relação jurídica, ou da falsidade, ou autenticidade de um documento. Nas lições de Dinamarco (2004, p. 219) resta claro seu objetivo:

É de sua essência e natureza a afirmação ou negação da existência de uma relação jurídica, direito ou obrigação, ou a de seus elementos e quantificação do objeto. O resultado da sentença declaratória, seja positiva ou negativa, é invariavelmente a certeza – quanto à existência, inexistência ou valor de relações jurídicas, direitos e obrigações. Essa é sua utilidade social institucionalizada, sabido que a incerteza é fonte de insegurança e desacertos no giro dos negócios e em todos os aspectos da vida em sociedade.

No entanto, em sede de doutrina, algumas situações são consideradas de vício tão grave⁴⁴ que impedem a produção dos efeitos da sentença arbitral, entre eles a falta de dispositivo da sentença, a sentença proferida sem citação da parte adversa considerada revel no processo e a falta de pressupostos processuais⁴⁵, ensejando a inexistência jurídica da sentença⁴⁶.

Para Wambier (2007, p. 293) “sobre sentenças inexistentes não pesa autoridade de coisa julgada”. Em tais circunstâncias, a impugnação tem natureza declarativa, e o escopo de tal ação é de constatar que a sentença não produziu efeitos, nem coisa julgada material. Assim declara:

⁴⁴ Cite-se Arruda Alvim, Egas D Moniz de Aragão, Tereza Arruda Alvim Wambier, Enrico Tullio Liebman, Humberto Theodoro, Ovídio A. Baptista da Silva e Cândido Rangel Dinamarco.

⁴⁵ No âmbito da arbitragem, a estipulação de compromisso válido, que estabeleça a controvérsia a ser decidida pelos árbitros, pode ser qualificada como pressuposto processual.

⁴⁶ Cintra *et al* observa que “parte da doutrina nega que haja essa categoria de atos inexistentes, falando, antes, em *nulidade absoluta*. [...] A divergência como se vê, é porém mais terminológica que real. Mas como poderia chamar de nulidade relativa aquela que o juiz decreta de ofício e que muitas vezes sobrevive à própria coisa julgada?” (2008, p. 370-371).

Acertada é a opinião segundo a qual o meio adequado para retirar definitivamente do mundo jurídico as sentenças inexistentes é o da ação declaratória, que, no caso, é imprescritível. Diz-se, quase unanimemente na doutrina, que as ações declaratórias são imprescritíveis (WAMBIER, 2007, p. 475).

A questão que ora se apresenta é: No caso de ocorrência de inexistência de sentença arbitral, mediante os fundamentos acima demonstrados, como se resolveria a situação fática surgida?

A utilização de ação de natureza declaratória, a qualquer tempo, com fins de vulnerar a sentença arbitral inexistente, deve ser amplamente considerada, posto que, enquanto tutela jurídica cuja disponibilidade está inserida na ordem processual brasileira vigente, a exclusão de sua aplicabilidade às hipóteses, acima apontadas, representará ofensa à garantia constitucional da ação e do acesso à justiça.

CAPÍTULO V – MEDIDAS CAUTELARES E O PROCESSO ARBITRAL

1 MEDIDAS CAUTELARES – CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Medidas cautelares, conceituadas doutrinariamente, são providências urgentes determinadas pelo juiz, a pedido ou não da parte interessada, no interesse da eficiência da tutela jurídica realizada através do processo. Theodoro Junior (1998, p. 362-363) assim as define:

a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal. Isto é, durante todo o tempo necessário para a definição do direito de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução.

A concessão de medidas cautelares pretende evitar dano irreparável ou, ainda, evitar que a decisão a ser proferida se torne ineficaz com o decurso do tempo. Câmara (2008, p. 17) especifica que:

A definição de medida cautelar tem de se basear sempre na idéia, essencial para sua exata compreensão, de que este provimento jurisdicional não é capaz de realizar o direito substancial afirmado pelo demandante, mas tão somente se destina a assegurar que, no futuro, quando chegar o momento de se obter a satisfação de tal direito, estejam presentes as condições necessárias para tanto. A medida cautelar não satisfaz, e sim assegura a futura satisfação.

Para a concessão da medida cautelar pelo julgador é necessária prova de existência, conforme denomina Silva (2002, p. 341), de um “estado perigoso” com capacidade de atingir determinado direito da parte, que pode consubstanciar-se através de ato voluntário da outra parte, por ato de terceiro ou ainda através de fato natural. A tal estado de perigo, a doutrina denomina *periculum*

in mora, referindo-se à situação de perigo eminente necessária para a concessão da medida cautelar, com fins de garantir a efetividade do processo. Nessa esteira, ensina o processualista gaúcho:

O que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, senão suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente (SILVA, 2000, p. 55).

As situações existentes que possam vir a representar um risco à efetividade do processo enquadram-se na possibilidade do julgador conceder medidas de urgência, antecipatórias ou conservativas, que representam forma típica de tutelas de urgência. Ainda que a regra procedimental não contenha previsão de tutela de determinada situação material, é admissível a tutela de urgência, ante o disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de que o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar situação em que se afirme existir risco de lesão a direito.

Para a realização da aspiração contida no dispositivo constitucional citado, Medina (2009, p. 32) ressalta que “prevê o ordenamento jurídico formas de tutelas de urgência que tenham aptidão de evitar a ocorrência de lesão a direitos merecedores de proteção jurídica”. Nesse sentido, Bedaque (2001, p. 217) destaca que “quando evidenciado o perigo de dano irreparável ao direito, a cautelar representa garantia inerente ao modelo processual-constitucional”.

É a existência de situação de risco condição indispensável para a concessão da medida cautelar, cujo perigo de dano Theodoro Junior (1998, p. 373) alega referir-se “ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido”.

Para tanto, destaca o autor que o receio fundado de perigo seja demonstrável através de algum fato concreto, e tal perigo de dano seja próximo ou eminente. Deve ocorrer antes da solução definitiva ou de mérito e deve ser grave e de difícil reparação, aqui considerado sob o ponto de vista objetivo, quando se mostra irreparável ou dificilmente reparável por sua natureza, ou sob o ponto de vista subjetivo, quando o responsável pela reparação não tenha condições econômicas para efetua-la.

Por fim considera Theodoro Junior (1998, p. 373) que se deve “ter como grave todo dano que, uma vez ocorrido, irá importar supressão total, ou inutilização, senão total, pelo menos de grande monta, do interesse que se espera venha prevalecer na solução da lide pendente de julgamento ou composição no processo principal”.

A concessão de medidas cautelares também está intimamente ligada à probabilidade de existência do direito material, invocado pela parte que possa sofrer o dano pela demora na prestação jurisdicional. Essa aparência do bom direito (MARINONI, 1994, p. 62) é denominada pela doutrina *fumus boni iuris*, e os fatos que fundamentam o pedido da parte, de concessão da medida cautelar, serão analisados de maneira superficial, considerando-se que o autor do pedido tem direito ao processo de mérito com possível provimento favorável. Nesse sentido aduz Theodoro Junior (1998, p. 372):

Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas preventivas.

Portanto basta que o requerente da medida cautelar apresente ao julgador elementos que *prima facie* demonstrem a credibilidade da alegação para caracterizar a “aparência do bom direito”, para que o julgador defira ou não sua concessão com base em cognição sumária e superficial. A cognição deve aqui ser entendida nos moldes da lição de Watanabe (2000, p. 58-59) como:

prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

A cognição é de suma importância para o direito processual na exata medida em que, para Câmara (2008, p. 269):

é elemento essencial para a adequação do processo às necessidades do direito material. É a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, produzir juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las.

Para Watanabe (2000, p. 111-145) a cognição do juiz é dividida em, níveis, a saber: a) **nível horizontal**: tem como base a própria etimologia do processo, seu curso, sistema de encerramento e solidificação de fases por preclusão e mesmo analogia do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, dessa maneira, é medida em sua extensão, quanto ao momento em que o processo é remetido à apreciação; b) **nível vertical**: refere-se à profundidade, ou seja, quanto ao grau de exame, ao exaurimento da questão à luz do exposto nos autos ou grau de certeza aplicado na decisão.

No nível vertical, pode a cognição apresentar-se como: 1) **superficial** – funda-se em juízo de possibilidade; 2) **sumária** – funda-se em juízo de plausibilidade⁴⁷; 3) **exauriente** – fundada em juízo de certeza, realiza-se sob o crivo do livre convencimento motivado, da persuasão racional do juiz.

Marinoni (1994, p. 29) adverte que “por intermédio do procedimento se procura a combinação de diversas modalidades de cognição, para o surgimento de diferentes espécies de tutela”. Nessa esteira de entendimento, preleciona:

A cognição, inobstante, pode ter seu grau de intensidade (vertical) ou de amplitude (horizontal) diversificado, atendendo-se, diante da perspectiva da efetividade do processo, à peculiaridade da pretensão de direito material a ser tutelada. É que se levando em conta a pretensão de direito material, é possível concluir-se, através da adequação da cognição que lhe é própria, qual a forma de tutela que lhe é mais compatível (MARINONI, 1994, p. 21).

Arremata o doutrinador que tal combinação, na busca de procedimento adequado⁴⁸, visa “tornar mais eficaz o direito à adequada tutela

⁴⁷ Em juízo de plausibilidade é considerada a admissibilidade ou razoabilidade do direito alegado em grau maior do que a que se apresenta em juízo de possibilidade.

⁴⁸ Diferentes modalidades do nível vertical serão utilizadas conforme o procedimento adotado: 1) **superficial** – funda-se em juízo de possibilidade, utilizado na concessão de liminares do procedimento cautelar, com exame dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; 2) **sumária** – funda-se em juízo de plausibilidade, apresentando-se nas sentenças de processo

jurisdicional”. É nesse sentido que a tutela cautelar pressupõe cognição sumária, que possibilita ao julgador concluir pela plausibilidade do direito afirmado. Referindo-se a um direito provável, a providência se justifica na medida em que o tempo necessário para a entrega da tutela definitiva, que exige cognição plena, exponha a risco a utilidade desse resultado. Daí a constatação de que a tutela cautelar requer a sumariedade no sentido material para alcançar o fim a que se destina, a efetividade da prestação jurisdicional.

Quanto à classificação das medidas cautelares, são várias as apresentadas pela doutrina. Câmara (2008, p. 18) traz à lume classificação de Calamandrei de tais medidas em quatro tipos:

a) medidas de antecipação da instrução (como seria, e.g., a produção antecipada de prova), que têm por fim fixar certo resultado probatório destinado a produzir efeitos num futuro processo cognitivo; b) medidas de garantia da futura execução forçada (como por exemplo, o arresto), destinadas a assegurar a efetividade da futura execução, através de meios capazes de evitar a dispersão de bens daquele que será executado; c) medidas antecipatórias, capazes de estabelecer uma regulamentação provisória da situação substancial, a ser posteriormente substituída pela sentença definitiva (como seriam, por exemplo, as liminares de reintegração e manutenção de posse), e finalmente, d) medidas que consistem na imposição de uma caução, cuja prestação é exigida como requisito para que se possa obter um posterior provimento jurisdicional (como é, e.g. , a contracautela, prevista no art 804, *in fine* do Código de Processo Civil).

Na doutrina pátria, Lacerda (2006, p. 12-15) classifica as medidas cautelares sob tríplice perspectiva: quanto à finalidade, quanto à posição processual e o caráter da medida; e quanto à natureza da tutela cautelar ⁴⁹. Na primeira

cautelar e para as liminares em antecipação de tutela, com exame dos requisitos do art 273, 461 e 461 A do CPC, seja de urgência ou interinal, quais sejam: a) prova inequívoca da verossimilhança do direito invocado; b) receio de dano irreparável ou manifesto intento protelatório ou abuso de direito de defesa e, c) ausência de risco de irreversibilidade, este, bilateral; 3) **exauriente** – fundada em juízo de certeza, realiza-se sob o crivo do livre convencimento motivado, da persuasão racional do juiz, utilizado no momento da sentença do processo de conhecimento, nas sentenças ou interlocutórias de impugnação ao cumprimento de sentença.

⁴⁹ Dispõe Galeno Lacerda que: “A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória e necessária.

A segurança quanto à prova tem por objetivo antecipá-la quando houver risco que pereça ou se torne impossível, se a parte interessada em produzi-la tiver de aguardar o momento oportuno no processo principal. Visa a cautela, aqui, a propiciar ao juiz o necessário conhecimento dos fatos.

modalidade apresenta classificação das cautelas segundo a finalidade de: a) segurança quanto à prova (cognição) – produção antecipada de prova, exibição, justificação, etc.; b) segurança quanto aos bens (execução) – arresto, sequestro, caução e também medidas inominadas; c) segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional – alimentos, guarda de filhos, de incapazes, outras medidas do direito de família, e grande parte das cautelas inominadas.

Na segunda modalidade, quanto à posição processual e caráter da medida: a) antecedentes – preventivo; b) incidentes, subdivididos em: 1) preventivo, 2) repressivo – atentado, falsidade de documentos, prisão.

Quanto à terceira modalidade, segundo a natureza da tutela cautelar: a) jurisdição, subdividida em: 1) ação – lide - sentença (arresto, sequestro, caução, busca e apreensão, exibição, alimentos atentado, cautelas inominadas (em regra); b) administrativa, subdivide-se em: 1) voluntária: pedido – sem lide ou fora da lide – homologação (produção antecipada da prova, justificação, protestos, notificações e interpelações, homologação do penhor legal (em regra), posse em nome do nascituro, etc.; 2) decreto de ofício do juiz (reserva de bens em inventário - art. 1000, parágrafo único-; suspensão do processo ou da execução - arts. 266 e 793-, etc.).

Por outra variante, Theodoro Junior (1998, p. 366), com base na doutrina de Ramiro Podetti⁵⁰, aponta três espécies de providências cautelares a saber:

- a) medidas para assegurar bens: compreendendo as que visam a garantir uma futura execução forçada e as que apenas procuram manter um estado de coisa, b) medidas para assegurar pessoas, compreendendo providências relativas à guarda provisória de pessoas e as destinadas a satisfazer suas necessidades urgentes, c) medidas para assegurar provas, compreendendo antecipação de coleta de elementos de convicção a serem utilizadas na futura instrução do processo principal.

Como exemplos, citam-se, entre outros, a exibição de coisas, documentos ou de escrita comercial (arts 844 e 845); a produção antecipada de prova, consistente em interrogatório de parte, inquirição de testemunhas e exame pericial (arts 846 a 851), e a justificação, também para a inquirição de testemunhas e juntada de documentos “...

⁵⁰ Doutrinador argentino, autor da obra *Tratado de las Medidas Cautelares*, 1956 .

Theodoro Junior (1998, p. 367) revela, ainda, classificação de acordo com o direito positivo consistente em: medidas típicas e atípicas, preparatórias e incidentes. As primeiras, típicas, também chamadas de nominadas, apresentam-se sob a denominação de procedimentos cautelares específicos reguladas no Capítulo II, Livro III do Código de Processo Civil. Atípicas ou inominadas compreendem o poder geral de cautela a que se refere o art. 798 CPC. As preparatórias são as que antecedem à propositura da ação principal e, incidentes, as que emergem no curso do processo principal.

Câmara (2008, p. 20), especificamente, apresenta classificação em típicas e atípicas, antecedentes e incidentes e, por fim, quanto à finalidade admite a existência de três categorias de medidas cautelares, a saber:

a) medidas de garantia de cognição, que se destinam a assegurar a efetividade de um futuro módulo processual cognitivo, como a produção antecipada de prova (que permite a imediata produção de um material probatório que se destina a gerar efeitos num futuro processo de conhecimento), ou a sustação de protesto cambiário (que tem por fim assegurar a efetividade de uma futura declaração de inexistência da obrigação representada pelo título protestado, a qual não traria resultados úteis se o protesto produzisse seus regulares efeitos, mesmo não existindo a dívida); b) medidas de garantia da execução, que se destinam a assegurar a efetividade de um futuro módulo processual executivo, evitando a dissipação dos bens sobre os quais incidirão os meios executivos, como são o arresto e o seqüestro; e, finalmente, c) medidas que consistem em uma caução, como é a contracautela, prevista na parte final do art 804 do CPC.

As medidas cautelares possuem função auxiliar e subsidiária e buscam garantir o direito a um resultado eficaz que será alcançado em outro processo, dito principal, ou não. É em razão do desempenho dessa função que tais características são formuladas pela doutrina. Podem se apresentar sob forma específica, chamadas nominadas, e são disciplinadas pelo art. 813 e seguintes do Código de Processo Civil, ou, ainda, apresentar de forma derivativa do poder geral de cautela concedido ao juiz pelo art. 798 do CPC.

2 CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES

A doutrina aponta algumas características que distinguem as medidas cautelares dos demais provimentos jurisdicionais, a saber: instrumentalidade hipotética, temporariedade, revogabilidade, modificabilidade e fungibilidade.

A primeira característica citada, a instrumentalidade hipotética, refere-se à qualidade da medida cautelar, que se presta como instrumento de realização do direito substancial a ser pleiteado em outro processo, dito principal, e é deferida com base num juízo de probabilidade, considerada pelo juiz a existência do direito material, afirmado pelo demandante a ser reconhecido no processo principal. Nesse sentido, toda medida cautelar se refere a uma circunstância substancial, que se quer proteger, o que, no dizer de Marinoni (1994, p. 74), significa que “o direito a que se dá segurança constitui o direito referido ou acautelado”.

A temporariedade é caracterizada por sua duração limitada no tempo, posto que se destina a produzir efeitos enquanto for necessária para se alcançar determinado resultado. Com duração limitada no tempo, a medida cautelar concedida produz efeitos até que a situação acautelada se concretize ou que a tutela jurisdicional principal seja entregue. Há divergências na doutrina quanto à terminologia, posto que alguns doutrinadores designam-na provisoriedade, ao que obtempera Baptista (2002, p. 344):

tanto o que é provisório, quanto aquilo que é temporário, não são feitos para durar sempre, não têm caráter definitivo. Diz-se que uma coisa é temporária quando ela não se destine a durar sempre, enquanto as coisas provisórias são igualmente temporárias, com a diferença, porém, de serem feitas para substituírem-se por outras definitivas.

Quanto à revogabilidade, é característica decorrente da medida da cognição necessária para a formação do juízo, quanto à procedência ou improcedência da pretensão cautelar. Tal provimento é concedido com base na

cognição sumária⁵¹, fundada em juízo de probabilidade da existência de direito afirmado pela parte, consistente no *fumus boni iuris*. É possível, ainda, o desaparecimento da situação de perigo acautelada, do *periculum in mora*, justificando sua revogação.

A modificabilidade tem assento no art. 807 do CPC, que ao tratar da revogabilidade também afirma que a medida cautelar pode ser modificada a qualquer tempo. Ocorrendo mudança na situação de fato ou de direito, pode ser decretada a modificação da medida cautelar nos próprios autos do processo ou no processo principal, independentemente de requerimento das partes, desde que não tenham sido concedidas a pedido da parte e não se referiram à direito indisponível. Lacerda (2006, p. 282) especifica:

Para a modificação, cumpre considerar o objeto da segurança: se bem disponível, como as cauções, só caberá a alteração mediante pedido de parte, hipótese em que ambos, autor e réu, estão legitimados a propô-la, se bem indisponível, como os valores imateriais da família, da personalidade, cumpre atribuir igualmente, ao magistrado, atuação de ofício, admissível, ainda, para corrigir eventual tipificação errônea da cautela. Feito o pedido, em matéria disponível, a parte contrária deverá ser ouvida, antes da decisão.

A fungibilidade refere-se à possibilidade de substituição da medida cautelar, por caução ou outra forma de garantia que se mostre capaz de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional acautelada, quando se mostrar adequado e suficiente, nos termos do art. 805 do CPC. Trata-se de um poder-dever do juiz, que presentes os requisitos que ensejam a substituição da medida cautelar por caução, quais sejam, adequação e suficiência (JUNIOR, 2008, p. 159), tem o dever de deferir a substituição, ao que Câmara (2008, p.26) relaciona-a com o atendimento ao “princípio do menor gravame possível”. Fica, portanto, resguardado ao órgão judicial o poder de determinar qual a medida provisional que melhor desempenhará função assecuratória de eficiência e utilidade do processo principal.

⁵¹ Sobre a cognição sumária é de se referir as lições de Marinoni que afirma ser a cognição sumária ‘uma cognição menos aprofundada em sentido vertical. É a cognição própria das situações de aparência, ou melhor, dos juízos de probabilidade. Trata-se da cognição pertinente aos procedimentos que não permitem, em razão de uma determinada situação, a cognição aprofundada do objeto litigioso. A cognição sumária, pois, é aquela característica da tutela cautelar e da tutela sumária antecipatória’(1994, p.23).

Considerando que as providências cautelares são sempre temporárias, modificáveis e revogáveis, não é possível requerer demonstração da certeza do perigo, apenas a plausibilidade dele, de maneira que a verificação pelo julgador se realizará de maneira rápida e sumária. Tal plausibilidade será considerada segundo as regras do livre convencimento, não dispensando a fundamentação ou motivação de seu reconhecimento e deve atender aos fatos provados dos quais resulte a plausibilidade.

3 PODER GERAL DE CAUTELA E MEDIDAS CAUTELARES: ANTECEDENTE E INCIDENTAL

O poder geral de cautela é assim designado em razão da possibilidade do julgador determinar medidas temporárias genéricas, úteis para evitar o perigo de lesão grave ou de difícil reparação por uma das partes. A doutrina qualifica esse poder cautelar genérico, insculpido nos arts 798 e 799 do CPC, como inominado ou atípico em razão não estar inserido entre as cautelas previstas pelo legislador. Para Lacerda (2006, p. 99):

No exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar “as medidas provisórias *que julgar adequadas*” para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricão do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*.

Dessa maneira, ao lado das modalidades previstas e nominadas, estabelece o sistema legal pátrio o poder cautelar geral do julgador com fins de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional principal. Câmara (2008, p. 43) destaca a importância do instituto:

O poder geral de cautela é instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta, e decorre da óbvia impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais.

Como poder atribuído ao estado-Juiz com fins de autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, não descritas em lei, está relacionado à idéia de subsidiariedade, vez que seu exercício é legitimado toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar a satisfação do direito,

destinando-se a completar o sistema⁵². Consubstancia corolário da garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada insculpida no art. 5º XXXV da CF, contudo o poder geral de cautela não é ilimitado e está sujeito aos mesmos pressupostos e condições das cautelas jurisdicionais, devendo sua utilização ser necessária no caso concreto. Bedaque (2001, p. 223) assevera:

Embora existente o poder geral de cautela no sistema constitucional, está ele condicionado à necessidade de garantir o resultado do processo. Ou seja, somente diante de dano irreparável, capaz de comprometer a efetividade da tutela jurisdicional, se apresenta a garantia cautelar genérica, de natureza constitucional. O poder geral de cautela, assegurado pelo legislador ordinário, só ganha amparo em sede constitucional se a concessão da medida urgente mostrar-se absolutamente necessária para afastar dano irreparável e garantir a efetividade do processo.

Para Shimura (1993, p. 52) o poder geral de cautela confere duas espécies de prerrogativa:

Primeiro, permite ao juiz praticar atos de *polícia judiciária*, velando pela boa marcha do processo, preservando-lhe a função e utilidade final de seu resultado. Nesta primeira hipótese, têm-se simples medidas cautelares, incidentais, tomadas pelo magistrado no curso de processo de cognição ou de execução, ou medidas cautelares *ex officio*, como abaixo se verá. [...] A segunda prerrogativa consiste em permitir a propositura da ação cautelar *inominada*, ao prescrever '*além dos procedimentos específicos*'. [...] Assim, no Livro III, há três espécies fundamentais de provimentos cautelares: 1) medidas cautelares de ofício do art. 797; 2) medidas cautelares decretáveis à pedido das partes, do art. 798; 3) verdadeiras ações cautelares, nominadas (ou *típicas*) e *inominadas* (ou *atípicas*).

O poder geral de cautela não se confunde com a possibilidade de concessão de medida cautelar *ex officio*, prevista no art. 797 CPC, que são medidas práticas tomadas de ofício pelo juiz em caráter excepcional, sem pressuposto da ação e do processo cautelar, apresentando-se como acessórias do processo

⁵² Nesse sentido ensina Galeno Lacerda, Alexandre Câmara, Sydney Sanches, Marcos Vinícius de Abreu Sampaio. Em sentido diverso Ovídio Baptista para quem o poder cautelar geral estende-se pelas ações cautelares nominadas e *inominadas* e pelas medidas cautelares requeridas pelas partes (art. 798) e as de ofício (art. 797). Theodoro Júnior também entende que o poder geral de cautela se aplica às medidas cautelares típicas considerando a possibilidade de sua substituição ou acréscimo pelo juiz.

principal. As medidas de ofício se dão sem a provocação da parte, ao passo que para a atuação do poder geral de cautela é necessária formulação de pedido pela parte. Nas lições de Shimura (1993, p. 55), com base na doutrina de Theodoro Júnior, tais medidas:

Não devem sequer ensejar atuação apartada ou em apenso, mesmo porque faltaria a petição inicial para iniciar os novos autos.[...] Só excepcionalmente, nos casos em que a lei prevê expressamente a possibilidade de atividade cautelar *ex officio* é que o juiz poderá adotar medidas provisórias atípicas sem provocação da parte; quando está em jogo a garantia do próprio processo em andamento e do interesse estatal jurisdicional na efetiva aplicação da lei; quando o próprio exercício da atividade jurisdicional seja ameaçado pela desídia ou má-fé da parte.

A tutela cautelar *ex officio* permite ao juiz determinar medidas cautelares avulsas dentro de um processo já existente, em situações de expressa permissão legal, como o caso do arresto na execução onde o devedor não é encontrado. Essas medidas são anômalas e consideradas procedimentos incidentais acessórios ao processo principal. Lacerda (2006, p. 83) esclarece que “constitui providência de natureza administrativa, emanada de autêntico poder de polícia do juiz, no resguardo de bens e pessoas confiados por lei à sua autoridade”.

Quanto à conceituação das medidas cautelares nas modalidades incidental e antecedente, tal diferenciação se dá em razão do momento em que se apresentam relativamente ao processo principal. Dessa maneira, tem-se como medida cautelar antecedente a medida proposta de modo precedente ao processo principal de maneira a assegurar sua eficácia e utilidade, considerada, conforme a nomenclatura do art. 800 CPC, preparatória do processo principal, e tem como pressuposto a ação e o processo cautelar.

Na modalidade incidental é considerada a medida cautelar concedida no transcorrer do processo já em curso, portanto atual, assumindo a forma de procedimentos acessórios ao processo principal, sem que se tenha de propor alguma ação ou processo cautelar em apartado.

4 CABIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO ARBITRAL

As medidas cautelares, como providências concretas de urgência, determinadas pelo julgador, precedem a declaração e atuação definitiva do direito material e têm como fundamento a necessidade de assegurar o resultado útil e eficaz do processo principal. Moreira (1996, p. 200), ao tratar do tema especifica:

A medida cautelar, na sua feição clássica, não visa diretamente a tutelar o direito de qualquer das partes; visa apenas a criar condições para que outra providência, seja ela cognitiva, seja executiva, possa fazê-lo em segurança de produzir efeitos práticos eficazes.

Ao considerar que tais medidas cautelares pretendem evitar dano irreparável ou, ainda, evitar que a decisão a ser proferida se torne ineficaz com o decurso do tempo, sua aplicabilidade ao processo arbitral é perfeitamente cabível, desde que se configure a necessidade de sua concessão. Figueira Junior (1999, p. 212) assegura que:

A figura jurídica das tutelas emergenciais *lato sensu* assume manifesta relevância na órbita do processo civil moderno, de indiscutível natureza pública e de cunho constitucional, em qualquer de suas modalidades, indispensáveis à solução dos conflitos que exigem do órgão prestador da jurisdição (pública ou privada) maior efetividade no oferecimento da proteção perseguida pelo jurisdicionado.

Nessa esteira, seguem os ensinamentos de Cachapuz (2000, p. 173):

As mesmas necessidades das partes verificadas nas lides judiciais poderão também surgir durante a tramitação de um processo perante a justiça privada, ou juízo arbitral, dependendo apenas da relação fática ou jurídica violada ou ameaçada, a qual irá exigir pronta e eficaz atuação do julgador, seja para garantir a realização do direito, objeto da lide principal cognitiva ou executiva ou, ainda, para antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da decisão de mérito, através da satisfação da pretensão do autor diante da realização da tutela pleiteada em cognição exauriente.

Selma Ferreira Lemes (*apud* GUILHERME, p. 144) corrobora os ensinamentos apontados:

As medidas são providências de urgência adotadas para assegurar um direito, propostas antes ou no curso do processo arbitral ou judicial, quando presentes as condições legais, tais como, o perigo de dano com a demora e a probabilidade da existência do direito invocado.

Em geral as medidas cautelares, na qualidade de providências materiais, visam conservar e assegurar pessoas, provas e bens, eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse da parte integrante do processo principal. Entretanto, ao se considerar a utilização de medidas cautelares em processos arbitrais, é necessário subtrair as providências que envolvam questões atinentes a direitos patrimoniais indisponíveis, posto que tais direitos não podem ser objeto de arbitragem, nos termos do art. 1º da Lei 9.307/96. Conseqüentemente, entre as medidas cautelares típicas, especificadas no Código de Processo Civil, serão inaplicáveis ao processo arbitral as referentes a alimentos provisionais, da posse em nome do nascituro e as elencadas no art 888, excetuada a do inciso I⁵³.

Necessário destacar que, além das medidas cautelares requeridas pelas partes no curso da arbitragem, é cabível a existência de medidas cautelares *ex officio*, afetas ao poder geral de cautela do julgador, sob o crivo já apresentado anteriormente de seu exercício pelo juiz. Tais medidas serão sempre na modalidade incidental, considerado o processo arbitral já em curso. Porém pode se mostrar necessário o requerimento de medida cautelar antecedente, proposta de modo precedente ao processo principal de maneira a assegurar sua eficácia e utilidade,

⁵³ Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

- I - obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida;
- II - a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos;
- III - a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento;
- IV - o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais;
- V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral;
- VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;
- VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita;
- VIII - a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

para o qual será imprescindível a propositura de processo cautelar, cujo procedimento será exposto a seguir.

No ordenamento jurídico vigente as medidas cautelares em arbitragem estão genericamente previstas no § 4º do art. 22 da Lei 9.307/96⁵⁴, que confere poderes instrutórios amplos aos árbitros no exercício de sua atividade, assegurando a possibilidade de determinar *ex officio* provas (inspeção, vistorias, comparecimento pessoal das partes e outras necessárias), conforme seu prudente arbítrio, para seu livre convencimento. Entretanto, do § 4º emerge o questionamento quanto à extensão dos poderes do julgador no que tange à concessão de medidas cautelares incidentais.

Na doutrina brasileira muito se discutiu sobre a competência do árbitro para a concessão das medidas cautelares após a edição da Lei de Arbitragem. Embora parte dos doutrinadores negue a competência do árbitro para a concessão de tais medidas⁵⁵, há os que adotam posicionamento contrário, admitindo que a concessão das medidas cautelares necessárias se dá através do árbitro nos processos arbitrais já instaurados, a quem cabe, como juiz de fato e de direito, decidir quanto à segurança da efetividade de sua decisão⁵⁶.

No direito comparado, encontra-se óbice à concessão das medidas cautelares pelo árbitro no Direito italiano, australiano e alemão. Em contrapartida, o sistema Belga, Francês, Inglês admitem a competência tanto do árbitro, quanto do juiz para decretar tais medidas. Também em casos do Direito internacional, a legislação Suíça de arbitragem internacional e o Protocolo de Brasília, em seu art. 18, conferem ao juízo arbitral a possibilidade de decretação de medida cautelar,

⁵⁴ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

[...] § 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

⁵⁵ Entre eles : Pontes de Miranda, Hamilton Moraes de Barros, Paulo Furtado, Irineu Strenger, Cláudio Vianna de Lima e Uadi Lammêgo Bulos.

⁵⁶ Nesse sentido Clovis do Couto e Silva, Carlos Alberto Carmona, Alexandre Câmara, Carreira Alvim, Scavone Junior, Pedro Antônio Batista Martins, Figueira Junior, Selma Ferreira Lemes, Rozane Cachapuz.

ambos remetendo ao juízo estatal competente seu cumprimento forçado em caso de necessidade⁵⁷.

Dessa maneira, há de ser consignado que a Lei 9.307/96, diferentemente do dispositivo legal que regulava a matéria anteriormente, o art. 1.086, II do Código de Processo Civil, conseqüentemente revogado, não possui disposição que vede o árbitro de decretar medidas cautelares. Restando, de forma evasiva, o conteúdo do artigo em comento ao dispor que pode o árbitro solicitar as medidas coercitivas ou cautelares necessárias ao Órgão do Poder Judiciário que seria originariamente competente para decidir a causa.

Em comum, a parte da doutrina que admite possuir o árbitro juízo acautelatório, baseia-se na *ratio* da Lei de Arbitragem em vigor. Partem da consideração que o árbitro foi autorizado pelas partes, através da convenção de arbitragem, a decidir, toda a matéria controversa, relativa ao mérito do litígio, incluindo, nesse contexto, a concessão de medidas de urgência incidentais, *ex officio* ou a pedido da parte.

Vinculando o poder cautelar aos efeitos da cláusula compromissória, Gonçalves (2003, p. 127) atribui negatividade a tais efeitos, posto que se “retira do juiz estatal a competência para discutir questões relativas ao objeto daquele litígio, inclusive as questões de natureza cautelar”. Dessa maneira, instaurado o juízo arbitral, resta afastada a atuação do juiz togado na solução do conflito. É na jurisdição privada que será solucionada a questão, inclusive as lides acautelatórias e outras medidas urgentes relacionadas ao objeto do conflito. Nessa esteira de entendimento, Figueira Junior (1999, p. 220-221) traz a seguinte defesa:

Instaurado o juízo arbitral, desde que caracterizada e demonstrada em cognição sumária não exauriente a situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, assim como a probabilidade ou a verossimilhança do direito alegado, qualquer dos litigantes poderão pleitear ao árbitro ou tribunal arbitral a concessão de *tutela antecipatória*, *acautelatória* (típica ou atípica, voluntária ou contenciosa, nominada ou inominada) ou *inibitória*; poderão ainda pleitear alguma medida de coerção necessária à garantia ou realização do direito material ou produção de provas

⁵⁷ Destaca-se, nesse item, que divergências são suscitadas entre os doutrinadores quanto à colaboração de juízes estrangeiros, quando competentes, em razão do campo de soberania nacional, matéria não afeta a presente exposição.

Na mesma vertente de raciocínio, afirma Pedro Batista Martins (2000, p. 323):

O amplo poder de cautela é da essência jurisdicional aplicando-se ao árbitro os avanços e inovações que lhe são resultantes, seja de natureza cautelar – afastando o *periculum in mora*, dada a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) – seja satisfativa ou antecipatória (dado o alto grau probalístico), tornando imediato o provimento final futuro. Seus efeitos propagam-se, tanto no campo do direito adjetivo, puramente instrumental, quanto na seara do direito material, como ocorre quando do deferimento de tutela antecipada.

Garcez (2004, p. 191) adota entendimento de que cabe ao árbitro, em princípio, a decretação de medidas cautelares em decorrência do princípio contido no art 800 do CPC, que dispõe que a competência para a concessão de tais medidas deve ser atribuída ao juízo competente para o processo principal:

Sendo o processo principal de natureza arbitral, apenas ao árbitro (ou tribunal arbitral) se poderia atribuir competência para a concessão da tutela cautelar. Registre-se, ainda, que nenhum órgão do Poder Judiciário poderia ser considerado competente para a apreciação da demanda cautelar, na medida em que nenhum órgão daquele Poder estatal é competente para a causa principal (o que decorre da convenção de arbitragem)

Por fim, sopesando os princípios adotados pela Lei 9.307/96 e a meta jurisdicional nela exposta, é de se concluir pelo poder do árbitro em decretar provimentos cautelares dispostos no direito processual pátrio.

Buscam as partes, com base no direito positivo, através da convenção de arbitragem, por manifestação de vontade livre e derrogação da justiça estatal em favor da justiça privada, baseadas em pressupostos de celeridade, especialidade e confidencialidade a solução do conflito. Ademais, o princípio da economia processual e a coerência com os princípios que norteiam o diploma legal em questão resultam na constatação de que cabe somente ao árbitro a avaliação da necessidade da cautela requerida mediante justificação e seu posterior deferimento. Nessa seara, o juízo arbitral é soberano!

Soberano, porém não ilimitado. A atuação do árbitro não poderá extrapolar os poderes conferidos pelas partes, nem invadir matéria de competência exclusiva do juízo estatal, bem como não pode a medida cautelar concedida surtir efeitos sobre bens de terceiros, sob pena de ultrapassar os limites subjetivos da arbitragem. Cristiane Coutinho (1999, p. 92) nesse sentido afirma:

Dentro da esfera do compromisso, a decisão do árbitro faz coisa julgada entre as partes, e em razão dos princípios que regem a arbitragem, não se comporta intervenção de terceiros, dada a impossibilidade de ocorrer a extensão da coisa julgada. Extrapolaria os limites subjetivos da arbitragem. A decisão arbitral não pode atingir a esfera jurídica do terceiro que não está inserido no contexto arbitral, portanto, as medidas coercitivas e cautelares, que os afetem, devem ser praticadas pelo órgão do poder Judiciário, mediante solicitação do juízo Arbitral.

Mesmo nos casos de denegação de concessão de medida cautelar pelo árbitro, não podem as partes se socorrerem na justiça comum, posto que incompetente para a prática do ato, considerada a existência da convenção arbitral. Porém, verificado que a não concessão se deu por dolo, fraude ou culpa grave, ou ainda que tal fato acarretou prejuízo à parte, ensejará a responsabilização do árbitro, sujeito à penalidades civis e criminais por força do art. 17 da Lei de Arbitragem.

Situação diversa se esboça mediante o não cumprimento voluntário pelas partes da medida cautelar deferida pelo árbitro. Embora o instituto da arbitragem tenha sido elaborado nos moldes de “jurisdição substitutiva”⁵⁸, com fins de solução efetiva de conflitos, o juízo arbitral não detém todos os poderes componentes da jurisdição, não possui, dessa maneira, o poder de fazer valer a sua decisão de maneira coercitiva. Segundo o magistério de Figueira Junior (1999, p. 156):

O que o árbitro ou tribunal não detém é o poder de *imperium* ou a força para ordenar esta ou aquela medida, seja provisória, seja definitiva. Nesse particular, seus poderes são limitados e não se comparam aos dos juízes togados. Tanto é que as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias serão solicitadas pelo órgão julgador privado ao Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa (art. 22, §§ 2º e 4º), assim como a execução forçada da sentença arbitral constitui título executivo judicial (art 41, que confere nova redação ao art. 584, III, do CPC).

⁵⁸ Expressão usada por Athos Gusmão Carneiro na obra: *Jurisdição e competência: exposição didática: área do direito processual civil*, p. 56.

Dessa maneira, falta ao árbitro o poder de efetuar modificações no plano dos fatos, ou seja, não pode fazer exercer compulsoriamente o direito afirmado, posto ser atividade adstrita ao juiz estatal.

Mediante a necessidade de se obter o cumprimento compulsório de medida cautelar determinada pelo árbitro, deverá ser encaminhada solicitação de execução ao juiz togado, estabelecendo-se ao que Carmona (2006, p.264) denomina de “relação de coordenação (e não de subordinação) entre árbitro e juiz, para efeito de tornar o último, eficazes as determinações do primeiro”. Surge, assim, uma relação de complementação e colaboração, em que não é dado ao juiz togado invadir a competência do árbitro, sendo, portanto, vedado ao Estado-juiz rever ou modificar a decisão concessiva da tutela emergencial proferida pelo juízo arbitral. Figueira Junior (1999, p. 223-224) sintetiza:

Não há que se falar em poder discricionário do juiz ou em juízo de admissibilidade da tutela de urgência já concedida em jurisdição provada. Limitar-se-á o magistrado a executar coercitivamente, através da utilização do seu poder de império, a medida deferida pelo árbitro, salvo para obstar violação da ordem pública ou dos bons costumes. Da sua inércia ou oposição em efetivá-la, o meio de impugnação cabível é o remédio constitucional de mandado de segurança, a ser interposto perante o tribunal de instância imediatamente superior à do juiz que proferiu a decisão negativa ou simplesmente deixou de atender a solicitação formulada.

Posicionamento diferente do acima mencionado é o de Carmona (2006, p. 266-267) para quem, “se o juiz togado negar-se a atender, sem motivo, a solicitação do árbitro, este poderá requerer as providências correicionais cabíveis”.

Em contrapartida, o autor especifica que, na falta de segurança por parte do juiz, no que tange à instituição da arbitragem, quanto à nomeação dos árbitros e a conseqüente aceitação para o exercício da função, ou ainda quanto ao limite dos poderes a ele atribuídos, que “não é preciso esforço para perceber que o juiz tomará, ao atender qualquer solicitação do árbitro, as mesmas cautelas que lhe são exigidas pelo art 209 do Código de Processo Civil para o cumprimento de carta precatória expedida por outro juiz”.

Ao referir-se ao procedimento a ser adotado pelo árbitro para solicitação ao juiz do cumprimento das medidas cautelares por ele concedida, esclarece Carmona (2006, p. 267):

O árbitro dirigir-se-á ao juiz através de mero ofício, instruído com cópia da convenção de arbitragem e do adendo de que trata o art 19, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, se existir. Enquanto não houver regulamentação para os trâmites necessários ao cumprimento da solicitação do concurso do juiz togado, o melhor método será o da distribuição do ofício a um dos juízes cíveis competentes para o ato. Recebido o ofício e os documentos, o juiz verificará se a convenção arbitral é regular e se os dados recebidos permitem-lhe avaliar (sempre formalmente) se a solicitação preenche os requisitos que levarão ao seu cumprimento. Em caso positivo, determina as providências **deprecadas** (solicitadas, pedidas, rogadas) pelo árbitro; em caso negativo, informará ao árbitro o motivo da recusa de cumprimento, devolvendo o ofício recebido.

Distinta, contudo, a hipótese da necessidade de adoção de medida cautelar de urgência em fase prévia da arbitragem, antes da constituição do tribunal arbitral ou, ainda, da instauração do processo. Caberá à parte recorrer diretamente ao Poder Judiciário, sem que se configure quebra da convenção arbitral. O pedido se dará, através de ação cautelar antecedente, ao juiz que seria originariamente competente para apreciação da causa e sendo deferida a medida, deverá a parte propor demanda arbitral no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 806 do CPC, sob pena de cessação da eficácia da medida cautelar.

Mediante tal contingência, deve a parte necessitada buscar a via judicial sem prejuízo da via arbitral. Entretanto, surgindo negativa da parte adversa na instituição da arbitragem, deverão ser ajuizadas perante o Estado-juiz, no trintídio legal, as ações determinadas nos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem (Anexo 1), conforme o caso que se apresenta.

Beneti (2006, p. 100-108) classifica as modalidades de medidas cautelares acima descritas em: medidas cautelares endo-arbitrais (preparatórias e incidentais) e extra-arbitrais preparatórias (antecedentes), admitindo, nessa modalidade, a possibilidade de cautelar extra-arbitral incidental “em certas situações de extrema necessidade”, em que se mostre inviável a “medida extra-arbitral preparatória”.

Questão pertinente ao tema se apresenta quanto à possibilidade de do árbitro revogar medida cautelar concedida pelo juiz togado. Figueira Junior (1999, p. 224) apregoa ser defeso ao árbitro revogar ou modificar a providência acautelatória concedida ou denegada, fundamentando que:

assim deve ser porque a soberania das decisões do poder Judiciário se sobrepõe à instauração posterior de jurisdição paraestatal ou, ainda, porque os litigantes não firmaram compromisso arbitral que viabilizasse a propositura de ação cautelar perante o árbitro ou tribunal arbitral. Em outros termos, não há como se questionar a tutela acautelatória concedida ou rejeitada pelo Estado-Juiz por força da coisa julgada decorrente da decisão proferida em ação acessória preparatória.

Considerando tal assertiva, há de ser destacada lição de Lacerda (2006, p. 402) de que “não há coisa julgada material na concessão, ou não, de medida cautelar, porque o juízo sobre a necessidade de segurança prévia não se estende à totalidade da lide, à existência ou não da relação jurídica material e do direito subjetivo material alegado”. Configura-se, dessa maneira, equivocado o posicionamento contrário à revogação de medidas cautelares decretadas pelo juiz togado em sede de arbitragem.

Lobo e Ney (2003, p. 256), ancorados em doutrina estrangeira (FOUCHARD, GAILLARD; GOLDMAN, 1999, p. 723), atestam que “a natureza precária das medidas acautelatórias permite aos árbitros rever decisões judiciais” e ao surgir conflito entre as medidas decretadas pela via judicial e as determinadas pela via arbitral, “prevalecerá o entendimento dos árbitros, pois somente eles detêm jurisdição para deliberar sobre o mérito da causa”. De maneira semelhante se posiciona Carmona (2006, p. 268), para quem:

haverá um momento em que se entrecruzará a competência do árbitro e a do juiz: deferida a medida cautelar pelo juiz togado (seja em caráter liminar, por decisão interlocutória, seja em caráter final, por sentença cautelar), tocará ao árbitro, ao proferir sua decisão, manter ou cassar a medida cautelar: se julgada a causa em desfavor da parte que obteve a medida cautelar (que objetiva proteger o resultado útil do processo), é evidente a necessidade de sua cassação. Considerando-se que a sentença arbitral é irrecorrível, caberá ao árbitro fazer cessar os efeitos da medida cautelar que, depois da sentença, tornar-se desnecessária ou mesmo incongruente em relação ao que for decidido pelo árbitro.

A possibilidade de revogação das medidas cautelares, concedidas pelo juiz estatal em sede de juízo arbitral, decorre das próprias características de

temporariedade e instrumentalidade de tais medidas, devendo perdurar enquanto necessária para cumprir sua finalidade. Para Lobo e Ney (2004, p. 220):

nada impede a prolação da sentença judicial na ação cautelar após a instituição da arbitragem, desde que se entenda que a liminar, sendo assim confirmada, tenha seu termo final com a manifestação do tribunal arbitral, este sim o único competente para decidir sobre a matéria, uma vez constituído. A sentença judicial não invadirá o âmbito da arbitragem, pois ela mesma restringe seus efeitos até o momento em que o tribunal arbitral se manifestar sobre a matéria.

Adotar posição diversa quanto a não possibilidade de revogação pelo tribunal arbitral de medidas cautelares decretadas pelo Poder Judiciário é albergar postura de hierarquia da jurisdição estatal frente à jurisdição privada⁵⁹.

Instaurado o juízo arbitral, compete à jurisdição privada a decisão das controvérsias pertinentes ao contrato *in casu*, estabelecendo-se competência única do tribunal arbitral quanto à decisão sobre a necessidade de concessão ou não de medida cautelar. Dessa decisão não há previsão de recurso na Lei 9.307/96, portanto não caberá nenhuma forma de impugnação ao Estado-juiz.

Considerando que à justiça estatal não é conferido poder para rever ou modificar a decisão concessiva ou denegatória da tutela cautelar pelo juízo arbitral, Figueira Junior (1999, p. 226) explicita, em suas lições, o posicionamento a seguir:

Registramos que a decisão interlocutória concessiva da tutela cautelar ou inibitória proferida em sede privada é irrecorrível, salvo estipulação em contrário na convenção de arbitragem ou se estiver eivada de nulidade, por alguns dos motivos assinalados no art. 32 da Lei 9.307/96, procedendo-se da mesma forma que as hipóteses de anulação de sentença arbitral.

É nessa esteira de entendimento que tem se manifestado a doutrina pátria. Apontam no sentido de que as decisões proferidas pelo árbitro sobre

⁵⁹ O art. 10, item 10.12, do Regulamento de Mediação e Arbitragem da Câmara de Arbitragem das Indústrias do Paraná – CAIEP dispõe:

“As partes poderão, antes da constituição do tribunal Arbitral, requerer a qualquer autoridade judicial competente a adoção de medidas cautelares ou provisórias pertinentes. Após a constituição do tribunal Arbitral, os autos em que tiverem sido adotadas essas medidas provisórias serão encaminhados ao tribunal Arbitral, que poderá, se for o caso, reexaminá-las ou revogá-las, tendo em vista as circunstâncias concretas que lhe forem expostas pelas partes”.

medidas cautelares podem se sujeitar à propositura de ação anulatória na justiça comum pelas mesmas razões a que a sentença arbitral se sujeita, nos termos do art. 33 da Lei de Arbitragem, ou, ainda, excepcionalmente, em casos de decisões teratológicas, cabível mandado de segurança.

5 CONCLUSÃO

O advento da Lei 9.307/96 consagra a arbitragem como meio alternativo de conflitos, regulamentando-a tanto no aspecto material quanto formal. Considerada toda a matéria aqui exposta, podem ser elencadas as seguintes conclusões:

- 1) A Lei de Arbitragem, como legislação infraconstitucional no ordenamento pátrio, sujeita-se à interpretação de suas normas e princípios em conformidade com os princípios constitucionais.
- 2) A arbitragem se apresenta como instrumento democrático para fins de pacificação social, proporcionando a concretização do princípio do acesso à justiça.
- 3) A adoção por parte do árbitro dos princípios da ética discursiva de Habermas permite clara distinção entre o princípio do contraditório, a evitar o cerceamento de defesa e as manifestações meramente protelatórias, de forma a garantir a celeridade e eficácia ao procedimento.
- 4) As alterações promovidas pela Lei 11.232/2005, que modificou o Código de Processo Civil, possibilita a utilização de técnica de julgamento gradual e parcelado na arbitragem.
- 5) A atual sistemática adotada pelo CPC para o cumprimento de sentença permite a incidência do art. 475-J ao devedor condenado em sentença arbitral, que não efetue o pagamento espontâneo, acrescentando multa de dez por cento ao *quantum* devido.
- 6) Tratando-se de sentença arbitral mandamental ou executiva *lato sensu* que implique em entrega de bem ou obrigação de *fazer* ou *não fazer*, o procedimento a ser adotado para o cumprimento do disposto na decisão é o determinado pelos arts 461 e 461-A do CPC, conforme determinam os arts 475-I e 644 do CPC.

7) A redação dada ao artigo 475-N, I do CPC, permite concluir que as sentenças declaratórias podem constituir título executivo: sendo suficiente que a sentença reconheça a existência de obrigação, favorecendo novas interpretações quanto à natureza da sentença arbitral.

8) As matérias passíveis de serem argüidas em sede de embargos do devedor são as constantes no art. 475-L do CPC, restando a disposição contida no art. 33, § 3º da Lei 9.307/96 desatualizada.

9) Ocorrendo situação que desencadeie vício de alta gravidade, que impeça a produção dos efeitos da sentença arbitral, ensejando a inexistência jurídica da decisão, passível a utilização de ação de natureza declaratória, a qualquer tempo, com fins de vulnerar a sentença arbitral inexistente, posto tratar-se de tutela jurídica inserida na ordem processual brasileira, cuja exclusão de aplicabilidade representará ofensa à garantia constitucional da ação e do acesso à justiça.

10) É de competência do árbitro o conhecimento e concessão de medidas cautelares no transcorrer do processo arbitral. Ocorrendo o não cumprimento das medidas determinadas pelo árbitro, caberá ao mesmo solicitar ao Poder Judiciário seu cumprimento compulsório.

11) Impossível pensar na implementação da arbitragem sem a adequada colaboração do Poder Judiciário brasileiro. O fato do árbitro não possuir força executiva para impor a efetivação de suas decisões, conduz à situação de ponto de contato entre as duas jurisdições, o que pode ocasionar atrasos na solução da controvérsia.

12) Conveniente que a organização judiciária estabelecesse, junto às comarcas, unidade jurisdicional com competência exclusiva para receber solicitação dos árbitros, harmonizando o ponto de integração das jurisdições arbitral e estatal.

Por fim, são essas as considerações que se apresentam mais adequadas à Lei 9.307/96, consideradas as alterações na estrutura da sistemática processual pátria, ocorridas em razão das reformas do CPC.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5 ed. rev, atual e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. Ano 86, v. 744 – out. 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA DE MELO apud PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA, Rui. *Elogios Acadêmicos e Orações de Paraninfo*. Rio de Janeiro. Edição da Revista de Língua Portuguesa, 1924.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto (Org) *et al.* Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *A Nova Interpretação Constitucional-Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*, tomo, I, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2001.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil: Perspectivas Conceituais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BENETI, Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. *Revista do Advogado*. Ano XXVI, set. 2006, nº 87, AASP.

BÍBLIA SAGRADA, Trad. João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada no Brasil, 2 ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 18 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7 Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 13 de junho de 2002. Diário de Justiça, Brasília, DF, Ementário nº 2085-2, 04 out. 2002.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº 9.307/96*. Leme: Editora de Direito, 2000.

CALIXTO, Negi. *A Bíblia e o Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev., amp e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1 e 3. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. *Revista Forense*, v. 326, Rio de Janeiro, 1994.

_____; GARH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9307/96*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. *Revista de Processo*. Ano 33. n. 165, nov/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Aspectos processuais da no Lei de Arbitragem. In: *Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional*. Casella, Paulo Borba (Coord.). São Paulo: LTr, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, ANTONIO Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24 ed. rev e atual São Paulo: Malheiros, 2008.

CHICHOCKI NETO, Jose. *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá, 2001.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito Processual Civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA JR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, nº 98, abr./jun, 1998.

CRETELLA NETTO, José. *Curso de arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional. Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRISAFULLI, Vezio *apud*. OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada*. Disponível em: <[http:// jus2. uol. com.br/doutrina/ texto.asp?id=3871](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3871)>. Acesso em: 06/2006.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coord.). *Estado de Direito e Direito Fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual Civil*. v. 1, 3 e 4. 4 ed. rev., atual . São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Nova Era do Processo Civil*, 2 ed, rev, atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

DOLLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: Jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIÚZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. On Internacional Arbitration. *The Hague Law Internacional*, 1999. p. 723, n. 1330.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAGARIN, Michael. *Early greek law*. Berkeley: University of Califórnia, 1989.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos Fundamentais de Processo Arbitral e Pontos de Contato com a Jurisdição Estatal. *Revista de Processo*. Ano 27, n. 106, abr./jun. 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GALUPPO, M. C. Tolerância e exclusão: um impasse para a democracia contemporânea In: *Temas de Filosofia de Direito: novos cenários, velhas questões*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADrs. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

GONÇALVES, Eduardo Damião. Medidas cautelares em processo arbitral: A solução da Lei brasileira e as experiências estrangeiras (debatedor). In: *Seminário Internacional sobre Direito Arbitral*. 1. 2003. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. O uso da Medida cautelar no procedimento Arbitral. In: *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof Guido Fernando Silva Soares / Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins*, (Coord). 1 ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. *Princípios Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=87>. Acesso em: 06/2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECCO F^o, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. São Paulo: Saraiva: 1996

GRINOVER, Ada Pelegrine. *O Processo Constitucional em Marcha - Contraditório e Ampla Defesa em Cem Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. Arbitragem. Execução. Ação para reconhecer a invalidade da arbitragem. Embargos à execução. Identidade. *Revista de Processo*. Ano 32. n. 146. abr/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HABERMAS, J. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2005.

HINORAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Direito civil. Estudos*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HUNTER, Martin; SILVA, Gui Conde. *A Ordem Pública Transnacional e a sua Operação nas Arbitragens Relativas a Investimentos*. In: LEMES, Selma Ferreira; Carmona, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista. (Coord.). 1 ed. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. A convenção de arbitragem e o processo judicial: o controle jurisdicional. *Revista Autônoma de Processo*. Curitiba: Juruá, n.4, jul/set. 2007.

JUNIOR, Humberto Theodoro. A Arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Sínteses de Direito Civil e Processual Civil*, n.02, v. nov/dez 99.

_____. *Curso de direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Processo Cautelar*, 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem- conceito e pressupostos de validade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*. v. 8, tomo I (arts 796 a 812). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEMES, Selma Ferreira. Dos árbitros In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____. Árbitro: o padrão de conduta ideal In: *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr 1997.

_____. Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem. Características, efeitos e funções. *Revista do Advogado*. Ano XXVI, nº 87. Setembro de 2006. AASP. São Paulo. 2006.

_____. A arbitragem e a Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado. In: *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Soares*; (Coord.). Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona; Pedro Batista Martins. 1 ed. 2ª reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira, NEY, Rafael de Moura Rangel. Revogação de Medida Liminar Judicial pelo Juízo Arbitral. In: *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e prática*. Ricardo Ramalho Almeida. (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Medida cautelar inominada. Comentários à jurisprudência (AgIn 280.034-4/0-00 : 6ª Câmara de Direito Privado – TJSP). *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 1, n. 1, jan./abr 2004; (Coord.). Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1 ed. 2ª t. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Curso de processo civil*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Ano 3.n.9. jul./set. 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. A sentença declaratória como título executivo-considerações sobre o art 475-N,I, do CPC. *Revista de Processo*. Ano 31. n. 136. jun./2006 . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Cardas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELO FILHO, José Celso de. *A Tutela judicial da liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5 ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Tomo XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Ano 21. n 81. jan./mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2006.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NOBRE, JÚNIOR. A proteção contratual no código do consumidor e o âmbito de sua aplicação. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 27, julho-setembro, 1998.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. Considerações sobre o limite da vinculação da arbitragem. *Revista dos Tribunais*, v. 780, São Paulo, ano 89, out. 2000.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada*. Disponível em: <[http:// jus2. uol . com.br/doutrina/ texto.asp?id=3871](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3871)>. Acesso em: 06/2006.

PARÍCIO, Javier. *Sobre la Administracion de la Justicia em Roma – los Juramentos de los Jueces Privados*. 1 ed. Madri: Civitas, 1987.

PARIZZATO, João Roberto. *Arbitragem, comentários à Lei 9.307, de 23.09.96*. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

PODETTI, Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1956.

RICCI, Edoardo F. Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem. *Revista de Processo*. Ano 24, n. 93. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Juliana Cavalcante dos Santos. O efeito executivo das sentenças declaratórias: uma visão atual das recentes alterações dos efeitos das sentenças

declaratórias e seu caráter executivo numa preocupação clara do processo civil em dar-lhe efetividade e melhor oferecer a prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. Ano 33. n. 157. mar./2008 . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções Gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SAREDO, Giuseppe. *Instituzioni di procedura civile*. v. 1, G.Pellas, 1987.

SCHIZZEROTO, Gianni. *Dell'Arbitrato*. Milão: Giuffrè Editore, 1982.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999.

SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes. A problemática da cláusula compromissória nos contratos de adesão In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1999.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 3 – *Processo cautelar (tutela de urgência)*. 3 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

SOUZA, Raquel de. O Direito Grego Antigo In: WOLKMER, ANTÔNIO Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). 4 ed. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*, LTr, 1996.

_____. *Direito Internacional Privado*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VARGAS, Jorge de Oliveira. Conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento? *In: Revista de Processo*. Ano 32, n. 148, jun. 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: liquidação e cumprimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Curso avançado de processo civil: teoria geral e processo de conhecimento*. v. 1, 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da Sentença*. 6 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In: Participação e Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*. Ano 28. n. 109. jan./mar 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. v. 1 Giuffrè, 1964.

ANEXO

ANEXO 1 –**LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.**

Publicada no DOU de 24/09/1996

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

Disposições Gerais

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

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de 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.

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

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.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

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

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer

na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

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

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

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

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

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

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III

Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

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

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

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.

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

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.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

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

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

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

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças

Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual,

conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu 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 arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

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

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

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

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

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

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

<mailto:juris@trt02.gov.br>