



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

**CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NEGOCIAL
NÍVEL DE MESTRADO**

ANA CAROLINA MILLER REICHE

**DO ACESSO À JUSTIÇA: A ARBITRAGEM COMO
EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA**

Londrina
2007

ANA CAROLINA MIILLER REICHE

**DO ACESSO À JUSTIÇA: A ARBITRAGEM COMO
EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA**

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

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rozane da Rosa Cachapuz

Londrina
2007

ANA CAROLINA MIILLER REICHE

**DO ACESSO À JUSTIÇA: A ARBITRAGEM COMO
EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA**

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

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Rozane da Rosa Cachapuz

Prof^a. PhD. Martha Asunción Enriquez Prado

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira

Londrina, 06 de Dezembro de 2007.

***Ao Fernando,
À minha família,
Aos amigos e familiares.***

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida e pelos bons frutos colhidos durante o mestrado.

À Professora Rozane da Rosa Cachapuz, mestra exemplar, pela orientação, incentivo, carinho e amizade durante toda essa trajetória.

À Professora Martha Asunción Enriquez Prado, por quem tenho excepcional admiração.

Ao Dr. Flávio Luís de Oliveira, pela gentileza em aceitar o convite e participar deste importante momento.

A todos os professores do Mestrado, pelos ensinamentos, experiências transmitidas, por sua dedicação ao curso e aos alunos.

Aos meus colegas de sala de aulas (e que aulas!), pelo companheirismo e aprendizado.

Ao amigo Tiago Torres, cujo apoio e amizade fizeram toda diferença para a realização do mestrado.

Ao Francisco “Chico”, pelo carinho, presteza e dedicação na secretaria do mestrado, sempre pronto a ajudar.

Aos meus pais, que nunca mediram esforços em nome dos filhos e da família e que possibilitaram minha chegada até aqui.

Aos meus irmãos, pelo amor, pela ajuda, por compartilharem de todos os momentos.

Ao Fernando, pelo que representa em minha vida, pelo amor, companheirismo, cumplicidade e força nas horas atribuladas deste trabalho.

A todos os amigos que pouco me viram durante estes dois últimos anos, e que permanecem fielmente amigos.

“A arbitragem só não é mais usada por desconhecimento...”
Selma Maria Ferreira Lemes

REICHE, Ana Carolina Miiller. **Do Acesso à Justiça: A Arbitragem como exercício da Autonomia Privada**. 2007. 165 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial). Universidade Estadual de Londrina.

RESUMO

O presente estudo apresenta a arbitragem como alternativa de acesso à justiça no Brasil, de forma a proporcionar soluções mais rápidas e eficazes em comparação ao Poder Judiciário. Apresenta sua natureza jurídica, seu processamento e as formas de convenções de arbitragem com sua característica privatista contratual. Tendo em vista que a arbitragem é uma convenção de vontade das partes, necessário se faz que sua instituição seja realizada em conformidade com os princípios contratuais da atualidade, vigentes a partir do Código Civil de 2002, de acordo com a autonomia privada, a boa-fé contratual e a função social do contrato. Este estudo traz ainda considerações acerca da utilização da arbitragem, e uma necessária mudança cultural para que o instituto seja amplamente assimilado pela sociedade como forma de solução de conflitos.

Palavras-chave: Justiça, Arbitragem, Autonomia Privada, Boa-fé Objetiva, Função Social do Contrato, Cultura do Litígio.

REICHE, Ana Carolina Miiller. **The Access to Justice: The Arbitration as Exercise of the Private Autonomy**. 2007. 165 p. Dissertation (Master Degree of Negocial Law) – State University of Londrina.

ABSTRACT

This study presents the arbitration as an alternative of access to justice in Brazil, as form to provide faster and efficient solutions in comparison to the Judiciary Court. It presents its legal nature, its processing and the forms of conventions of arbitration with its private contractual characteristic. As the arbitration is a convention of will of the parties, its institution have been made in compliance with the contractual principles allowed, effective from the Civil Code of 2002, in accordance with the private autonomy, the good-faith principle and the social function of the contract. This study still brings some considerations concerning the use of the arbitration, and a necessary change of the culture, so the institute can be widely assimilated by the society as form of solution of conflicts.

Key-words: Justice, Arbitration, Private Autonomy, Good-faith, Social Function of the Contract, Litigation Culture.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DO ACESSO À JUSTIÇA.....	14
2.1 A JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	14
2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA	16
2.3 ALGUNS DOS OBSTÁCULOS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	18
2.4 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA	22
3 TEORIA GERAL DA ARBITRAGEM	27
3.1 HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL.....	27
3.2 CONCEITO	32
3.3 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.307/96	39
3.4 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	46
4 DO JULGAMENTO PELA ARBITRAGEM.....	53
4.1 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL	53
4.2 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO NA ARBITRAGEM	58
4.3 CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM.....	62
4.3.1 Cláusula Compromissória	64
4.3.2 Compromisso Arbitral.....	66
4.4 PROCEDIMENTO ARBITRAL	68
5 A NOVA TEORIA CONTRATUAL E A ARBITRAGEM.....	73
5.1 AUTONOMIA PRIVADA: O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE X DIRIGISMO CONTRATUAL	73
5.2 CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM E A AUTONOMIA PRIVADA	82
5.3 CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	84
5.4 BOA-FÉ OBJETIVA	87
5.5 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	92
6 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM	96
6.1 EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	96
6.2 A CULTURA DO LITÍGIO.....	113
6.3 EXIGÊNCIA EMPRESARIAL ATUAL	123
6.4 O PAPEL DO ADVOGADO	128

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
REFERÊNCIAS.....	136
BIBLIOGRAFIA	145
ANEXO.....	155
ANEXO I - Lei de Arbitragem	156

1 INTRODUÇÃO

Uma nova alternativa de acesso à justiça se faz necessária no Brasil, tendo em vista o enorme desgaste que a demora traz aos jurisdicionados no enfrentamento de questões para a resolução dos seus litígios.

A arbitragem não é uma alternativa nova, já que a Lei que a instituiu definitivamente no Brasil completou dez anos de vigência. Ocorre, entretanto, que diante de uma cultura voltada para o litígio judicial e alguns percalços que a arbitragem enfrentou para se firmar no ordenamento jurídico brasileiro, este nobre instituto começou somente a partir de 2001, com a declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a ganhar destaque e utilização pela sociedade jurídica brasileira.

Até então, aqueles que quisessem buscar por justiça e paz social, dependiam exclusivamente do Poder Judiciário para verem sanadas suas demandas, já que somente a partir da declaração de constitucionalidade da lei de arbitragem é que se teve a necessária segurança jurídica do instituto.

A presente dissertação trata do instituto da arbitragem como instrumento de acesso à justiça e paz social, de forma a transformar os processos e disputas infundáveis, com desgastes emocionais, econômicos e sociais, em processos menos onerosos às partes sob o ponto de vista pessoal, social e inclusive econômico. Ressalte-se também sua importância na sociedade empresária brasileira, que não pode esperar anos para solução de determinados tipos de problemas enquanto perde sua competitividade no mercado.

Intenta-se estabelecer os benefícios da arbitragem em detrimento do Poder Judiciário convencional, para restabelecer uma ordem jurídica justa, com a devida valorização da dignidade da pessoa humana que necessita de resposta rápida e eficaz aos seus problemas, já que a justiça tardia é falha.

O primeiro capítulo do presente estudo trata da missão do Estado em prover e garantir acesso à justiça a todos, bem como retrata alguns dos principais problemas enfrentados hoje para o acesso à justiça comum judiciária no Brasil. Os percalços são de ordem econômica, social, cultural, jurídica, processual, extra-

processual, política, dentre outras. Ainda neste capítulo são apresentadas algumas formas alternativas de acesso à justiça, dentre elas a arbitragem, objeto desse estudo.

Na seqüência, o segundo capítulo observa algumas questões sobre a teoria geral da arbitragem, seu histórico e regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Traz os conceitos doutrinários do instituto e apresenta as questões da discussão de sua constitucionalidade, momento ímpar em que se consolidou definitivamente como forma segura de resolução de conflitos no Brasil. Ao final deste capítulo há uma exposição acerca de sua natureza jurídica híbrida, ou seja, privatista e publicista simultaneamente, já que nasce de um acordo de vontade das partes e processa-se mediante outorga de poder pelo Estado.

O terceiro capítulo da presente dissertação dispõe das questões do julgamento através da arbitragem, como é composto o tribunal arbitral e seus requisitos legais, quais os critérios de julgamento que podem ser utilizados na arbitragem, e as formas de convenções arbitrais, seja através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

Tendo em vista que a arbitragem nasce através de uma convenção privada, necessário se faz estudar algumas questões do direito contratual brasileiro, suas inovações a partir do Código Civil de 2002 e quais os critérios de validade de uma cláusula compromissória, ou compromisso arbitral (contrato), que atenda aos princípios contratuais vigentes.

Portanto, no quarto capítulo são estudadas as questões da autonomia privada como máxima contratual, e o dirigismo contratual como regra que se impõe para incorporar um estado social de direito, no qual os clássicos princípios contratuais, da autonomia da vontade, da liberdade contratual e da obrigatoriedade do contrato dão lugar a princípios como o da autonomia privada, da solidariedade social, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, e do equilíbrio das prestações contratadas.

O quinto e último capítulo, de cunho pragmático, contém questões atuais acerca da utilização da arbitragem, tal como a forma de efetivação da convenção de arbitragem para que não haja frustração da arbitragem e necessidade de recorrer-se ao Poder Judiciário em determinados casos. Traz questões sobre a cultura do litígio

e a necessidade de uma mudança cultural profunda na sociedade jurídica brasileira, iniciando-se nos bancos universitários, que raramente contém a disciplina de arbitragem em suas grades curriculares. Defronta-se com os prós e contras do dever de sigilo e confidencialidade dos processos e procedimentos arbitrais.

Analisa ainda a necessidade do empresário atual de se obter justiça rápida, efetiva, segura e que não pode esperar por aquele rigoroso formalismo processual que emperra suas relações comerciais com clientes e fornecedores. Demonstra-se aqui que a arbitragem ainda é capaz de permitir a manutenção do relacionamento comercial entre os convenientes.

Por fim, analisa-se o papel do advogado como aconselhador das melhores alternativas de solução de conflitos a serem escolhidas quando da celebração do contrato, e especialmente na conclusão de uma cláusula compromissória cheia, ou no momento da celebração do compromisso arbitral, para que todos os requisitos legais sejam preenchidos, bem como eliminados os riscos de uma convenção arbitral se tornar inócua por falta de previsão contratual.

Espera-se que o presente estudo possa contribuir de maneira efetiva na disseminação da arbitragem como forma rápida, válida, segura e eficaz de solução de conflitos, seja no meio acadêmico ou entre os advogados militantes, os quais muitas vezes possuem dúvidas acerca de sua aplicação. Objetiva-se difundir o seu uso como forma alternativa de resolução de conflitos que seja cada vez mais empregada pela sociedade brasileira, sem receios, e para suprir uma demanda social por formas rápidas e alternativas de solução de conflitos que auxiliem o Estado em sua missão de garantir e distribuir justiça a todos.

2 DO ACESSO À JUSTIÇA

2.1 A JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Estado têm como função precípua garantir o acesso à justiça para todos aqueles que tiverem lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme estatui o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.¹

Pode-se dizer que o acesso à justiça como garantia constitucional, está enquadrado junto aos direitos fundamentais, eis que ao homem o acesso à justiça é tão importante quanto todos os demais direitos fundamentais, já que é instrumento para a efetivação de seus demais direitos.

O acesso à justiça está inserido no referido artigo da Constituição Federal por ser um dos direitos mais elementares do indivíduo, já que ao homem não é permitido fazer justiça pelas próprias mãos. Um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro² deverá receber solução, que é uma dentre as demais funções estatais.

Porém nem sempre houve a figura do Estado como assegurador da justiça pública aos homens como ocorre hoje. A história demonstra que no direito romano antigo, época das conhecidas Leis das XII Tábuas, até meados do século II a.C, o Estado tinha participação apenas para dizer qual a regra que deveria ser aplicada a um conflito de interesses, demonstrando o surgimento da atividade legislativa.³

Com a evolução dos tempos e dos povos, evolui também a noção de direito, sendo que as partes entendiam que caberia a alguém, ou alguma coisa, interferir

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 22. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9.

³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 22.

nos conflitos de interesses havidos entre partes para dar uma solução àquele conflito. Inicia-se, assim, com o maior fortalecimento do Estado, o poder jurisdicional, mediante a transição da justiça privada para a justiça pública, na qual o Estado impõe aos particulares a justa medida da solução dos seus conflitos:

Essa nova fase, iniciada no século III d.C é, por isso mesmo, conhecida por período da 'cognitio extra ordinem'. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão deles, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição.⁴

Nasce, então, a função jurisdicional do Estado moderno que é exercida pelo Poder Judiciário em busca da pacificação social e distribuição de justiça a todos. Giuseppe Chiovenda faz a seguinte afirmação acerca da jurisdição:

Jurisdição é a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela dos órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetivamente na prática.⁵

Com isso, havendo um conflito de interesses, seja decorrente de uma questão contratual e seu descumprimento, ou de uma relação obrigacional não expressamente traduzida em forma de contrato, haverá, em tese, pelas partes envolvidas, a busca da solução dos seus problemas através do Poder Judiciário.

O Estado, através do "exercício de um governo dotado de soberania a exercer seu poder sobre uma população, num determinado território, onde se cria, executa e aplica seu ordenamento jurídico, visando o bem comum"⁶, possui como uma de suas maiores atribuições garantir o acesso à justiça aos seus cidadãos.

No Estado Democrático de Direito a justiça privada é substituída pela intervenção estatal como única forma idônea e legítima de prestação da tutela jurisdicional, na qual o indivíduo requer perante a autoridade judiciária a proteção de seus direitos já lesados ou que estejam ameaçados de lesão, de forma a garantir justiça e pacificação social.

⁴ CINTRA, op. cit. p. 23

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di diritto processuale civile**. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 3.

⁶ SALVETTI NETTO, Pedro. **Curso de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 42.

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

A expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, porém seu significado é assimilado como resposta rápida àqueles que a buscam, como medida justa, eficaz, acessível, capaz de atender às constantes mudanças sociais e assim adequar suas respostas a essas novas aspirações. É um direito fundamental de todos os cidadãos.

Conforme ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, embora não seja possível uma conceituação exata do que seja o termo “Acesso à Justiça”, ele pode ser representado por duas finalidades básicas do sistema jurídico, o qual deverá resolver os litígios dos cidadãos através da soberania estatal, quais sejam: o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos, e, o sistema deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos.⁷

Os referidos autores afirmam, entretanto, que embora reconhecida a importância do segundo aspecto, é no primeiro que o acesso à Justiça encontra seu verdadeiro caráter de acessibilidade.⁸

Com isso infere-se que a acessibilidade à justiça deve atender à demanda social de forma igualitária, sem privilégio entre aqueles que detêm maior poder econômico em relação aos economicamente mais fracos, deve ser atingida por todos de forma igual, sem obstáculos econômicos, políticos, sociais ou culturais.

Entretanto, diferentemente do que ensinou Cappelletti, parte da doutrina entende que o termo acesso à justiça é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário; e vai além, ao afirmar que o acesso à justiça compreende o ingresso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.⁹

Neste aspecto, o acesso à Justiça é entendido como o direito de ação ou inafastabilidade da jurisdição. Manoel Teixeira Filho ensina que este princípio, também entendido como princípio de acesso à justiça, ou ainda, direito de ação, representa uma espécie de contrapartida estatal ao veto à justiça individual privada não autorizada aos indivíduos pelo Estado.¹⁰

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 08.

⁸ CAPPELLETTI, loc. cit.

⁹ ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 13 set 2007.

¹⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A Sentença no Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 36 seq.

Ainda, para Mauro Vasni Paroski “o acesso à justiça não se limita à dimensão puramente formal, mas, vai mais além, envolvendo a efetividade dos direitos materiais e a concretização das garantias processuais constitucionais”.¹¹

Porém, da interpretação do texto constitucional, não se pode diminuir o direito de acesso à justiça à mera garantia de peticionar ao Poder Judiciário. Se assim fosse, o simples fato de se propor uma ação já estaria realizando, cumprindo a norma, de acordo com o que seria seu propósito. Mas o que se quer abstrair da norma, é que além de os cidadãos terem real acesso à justiça, é que haja eficácia das decisões proferidas, o que nem sempre ocorre.

Seja na forma de acesso igualitário a todos, e com justiça individual e social, seja como direito à ação para alcance de valores e direitos fundamentais, o fato é que o acesso à justiça precisa ser efetivamente praticado, tornando-se menos fictício e mais realidade social, já que o acesso à justiça é suporte imprescindível ao exercício da cidadania e à própria dignidade dos homens.

Conforme preceitua o texto Constitucional ainda no art. 5º:

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.¹²

Ao conceber o acesso à justiça não se pode vislumbrar apenas um lado da moeda, que seria o do real acesso à justiça por todos, mas também se deve atentar a um tempo de resposta máximo, pois de nada adianta que todos tenham acesso efetivo, sem que o Estado consiga dar conta de resolver todos esses processos e julgá-los em um tempo razoável a fim de permitir e realizar justiça.

Passados vários anos da instituição do Estado como instrumento para resolver questões havidas entre particulares, sua procura é tanta, que o Poder Judiciário não tem dado conta de resolver todos os problemas para os quais tem sido movimentado, especialmente quando se leva em consideração o tempo despendido para a resolução das demandas, que, como diz o texto constitucional, deveria ser razoável.

¹¹ PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à Justiça. In: **Scientia Iuris: revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL**. Vol. 1, n. 1, jul-dez 1997, Londrina: Editora da UEL, 1997, p. 225-242. p. 226.

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

É papel sim do Estado, previsto expressamente no texto Constitucional, a garantia de acesso à justiça a todos, independentemente se no caso concreto o direito alheio já foi lesado ou há apenas ameaça de que seja lesado. Entretanto, tal acesso à justiça não pode ser entendido de forma isolada, bastando para cumprimento da Lei maior o puro e simples acesso, sem que haja previsão de quando será dado o direito àqueles que o procuram.

A morosidade do atual sistema de julgamentos pelo Poder Judiciário, acaba, na maior parte das vezes, por inibir o exercício deste direito por um cidadão, que prefere ver seu direito lesado a ter o imenso desgaste com um processo judicial, que leva anos para ser resolvido, trazendo apenas uma justiça atrasada, que nem atende mais aos interesses das partes à época de sua propositura. Neste contexto, Maristela Basso muito bem destaca:

A justiça lenta deixa de ser justa. A morosidade na tramitação das causas submetidas aos tribunais gera na população sentimentos de insegurança jurídica e de desapego frente às instituições públicas que devem garantir seus direitos. O sentimento de cidadania se enfraquece e o resultado do inconformismo nem sempre é o mais salutar.¹³

Com isso, tem-se a movimentação da máquina judiciária para não obter aquela almejada justiça e paz social, sendo o tempo, no contexto atual, inimigo maior do processo, capaz de reduzir ou até mesmo aniquilar a sua aptidão inicial de promover tutela eficaz.¹⁴

O conceito de Acesso à Justiça, portanto, não engloba apenas o fenômeno isolado da possibilidade de acesso, mas também e especialmente, que haja eficácia e rapidez nas decisões judiciais.

2.3 ALGUNS DOS OBSTÁCULOS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Como verificado, o acesso à justiça deve ser visto como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, o mais básico e primário dos direitos dos homens, para não só expressar, mas especialmente garantir os

¹³ BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo extrajudicial de solução de conflitos de interesses. In: **Revista dos Tribunais**, ano 85, n. 733, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 11-23. p. 13.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um Novo Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1-17. p. 9.

direitos de todos igualmente.

Dentre os obstáculos de acesso à justiça há questões processuais, extra-processuais, culturais, políticas, sociais, econômico-financeiras, dentre várias outras que se poderia elencar.

Um dos primeiros aspectos a se considerar é a falta de efetividade de muitas normas jurídicas existentes, já que as normas positivadas nem sempre conseguem garantir a real justiça do caso concreto. Não menos importante é a falta de eficiência dos instrumentos processuais em vigor para a preservação ou restabelecimento de direitos lesados, já que, como se afirmou anteriormente, a justiça lenta deixa de ser justa.

Também há a falta de confiabilidade nas instituições públicas e seus integrantes, devido aos constantes envolvimento de membros dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com condutas ilícitas, de enorme repercussão social, mas que continuam sob a égide da impunidade.

Em relação ao aspecto econômico, vê-se que a garantia de acesso à justiça a todos está expressamente disposta na Constituição, que, ao menos sob o aspecto formal, pode-se dizer igualitária. Porém na prática, no cotidiano jurídico, essa igualdade praticamente inexistente, pois os sujeitos que estão em posição econômica menos favorecida esperam muito mais pela justiça do que aqueles economicamente mais privilegiados.

Os pobres têm acesso precário à justiça, pois muitas vezes desconhecem seus direitos, lhes falta informação, e ainda quando as possuem, demoram em conseguir atendimento junto às defensorias públicas. Em geral, os pobres não podem arcar com as custas e despesas que geram o início e desenvolvimento de um processo, e dependem, portanto, do Estado para lhes proporcionar a possibilidade de ingresso à justiça através do patrocínio gratuito de suas causas, o qual atualmente não consegue suprir a demanda.

Ter acesso à justiça, notadamente para a população pobre, significa, por exemplo, redução de custos, encurtamento de distâncias, duração razoável do processo, diminuição de oportunidades de impugnação às decisões jurisdicionais (otimização do sistema recursal) e efetiva participação na relação processual.¹⁵

¹⁵ PAROSKI, op. cit. p. 228.

O Estado assumiu para si o monopólio da justiça, porém esta ainda está na mão de poucos privilegiados, já que a maior parte da população brasileira não tem condições de arcar com os custos, diretos, indiretos e sucumbenciais, da movimentação da máquina judiciária.

A realidade demonstra que o Estado não tem cumprido com seu papel de fomentador e garantidor da justiça a todos, sendo que ainda é preciso a implementação de medidas que garantam a igualdade material de acesso à justiça, independentemente da condição social, econômico-financeira dos jurisdicionados, trazendo aqueles que estão à margem da justiça para o real acesso à justiça.

Porém, isso não significa dizer que os ricos possuem uma justiça rápida e imparcial. Os ricos possuem condições de contratar bons profissionais para patrocinarem suas causas, profissionais notórios no meio jurídico que conseguem movimentar o processo a favor de seus clientes. Possuem condições de suportar os custos dos processos, conseguem participar efetivamente na relação processual, seja pelo seu maior grau de conhecimento, seja pela maior possibilidade de contratação de bons advogados.

Entretanto, ricos e pobres esperam muito por uma decisão, já que também existem limitações sob o aspecto processual de acesso à justiça, relacionados à eficiência da prestação jurisdicional, à não instalação de defensorias públicas suficientes para suprir a demanda dos necessitados, à postura dos julgadores frente ao direito positivo na interpretação e aplicação das normas, à inadequação do processo à tutela de diversos tipos de interesses, o excesso de oportunidades para recursos.¹⁶

A estrutura judiciária brasileira é um dos grandes empecilhos à efetivação do acesso à justiça, já que os processos e procedimentos são muito extensos, pesados, excessivamente burocráticos e hierarquizados, primando-se pelo princípio do duplo grau de jurisdição para atender à demanda recursal dos demandantes, esquecendo-se do princípio da celeridade processual.

Os próprios juízes reconhecem o prejuízo acarretado pelo procedimento burocrático dos processos, aliado ao duplo grau de jurisdição que incentiva recursos de toda ordem para a imensa maioria das decisões de primeiro grau:

¹⁶ PAROSKI, op. cit. p. 237.

Os recursos são a grande praga que não permite que a Justiça produza bons frutos, contaminando a esperança de tantos quantos a ela recorrem, que só vêm satisfeito o seu direito material quando já exaustos de tanto demandar.¹⁷

Outro juiz, também consciente do atual problema enfrentado pelos cidadãos para acesso à justiça, desabafa:

Em pleno século XXI, integramos ainda um Poder Judiciário de pensamento medieval, que procura se impor perante a sociedade pela imponência das 'cortes' e pelas vestes talares dos seus magistrados, descuidando-se do cumprimento eficiente de seu papel constitucional de salvaguarda da justiça, como se o respeito viesse da aparência de poder e não do resultado do trabalho.

[...]

O judiciário não funciona. Nenhum cidadão se sente estimulado a buscar a justiça, porque nela já ingressa com certeza de que será sucumbente, ainda que ao final vencedor na demanda. A morosidade dos processos judiciais é uma praga que nos condena, frustrando os cidadãos que apelam ao judiciário na esperança de obter uma reparação justa e adequada pelos direitos lesados. E justiça que tarda, falha.¹⁸

Vários são os motivos que levam o Estado a fracassar em sua missão de prover justiça a todos, havendo problemas estruturais, funcionais e individuais¹⁹, sinalizados na mídia como uma crise do sistema judiciário brasileiro, e que fazem referência, ainda, a uma tão ansiosa reforma do Poder Judiciário, mas que não fazem objeto do presente estudo, merecendo apenas esta breve menção.

Este trabalho não tem qualquer pretensão de apresentar solução às causas que dão origem aos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário na sua função de distribuir justiça e paz social, até porque, o exposto acima menciona apenas alguns de seus muitos aspectos, que, se estudados com maior profundidade, poderão demonstrar novas variações e intensas dificuldades.

O que se quer demonstrar é apenas que o acesso à justiça pelos cidadãos, além de precário e desumano, é garantido somente com a entrada dos processos ao Poder Judiciário, sem data para a saída, para a vinda da efetiva solução, decisão

¹⁷ ALVIM, loc. cit.

¹⁸ FROTA, Francisco Luciano de Azevedo. Breves reflexões sobre o Judiciário. A Justiça mais perto do cidadão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1513, 23 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10310>>. Acesso em: 13 set. 2007.

¹⁹ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em Juízo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 50.

justa e eficaz. E é neste aspecto que inclusive os magistrados reconhecem que deve haver uma grande reforma do Poder Judiciário, além de outras medidas necessárias, tal como a busca de formas alternativas de solução de controvérsias, para que se possa efetivamente garantir justiça a todos.

É preciso retomar verdadeiramente os instrumentos jurídicos existentes e atuar em favor da construção da cidadania, da preservação de valores sociais, da valoração do trabalho, da exaltação da dignidade da pessoa humana, que são os pilares democráticos nos quais se funda o Estado Democrático de Direito. A situação do Poder Judiciário hoje no Brasil compromete a realização dos direitos e gera a incredibilidade da população na obtenção da justiça.

2.4 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

É neste contexto de crise de acesso à justiça que ganha importância o estudo de formas alternativas de soluções de conflitos, as quais devem ser buscadas pelos jurisdicionados, fora dos tribunais públicos, como forma de se obter decisão mais rápida e eficaz, e também mais técnicas de acordo com cada caso concreto, como ocorre na arbitragem.

A arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos na qual a decisão tomada por um árbitro, escolhido pelas próprias partes, põe termo ao conflito de interesses, sendo que tal decisão faz coisa julgada e tem força de título executivo.

Pelo fato de a arbitragem ser livremente escolhida pelas partes como a forma adequada para solução de seus conflitos, seja através de cláusula em contrato ou mediante assinatura de contrato separado, torna a arbitragem constitucional, já que é estipulada com a vontade das partes.

Ocorre que o afastamento do Poder Judiciário neste caso, possibilidade outorgada às Partes pelo próprio Estado em razão da aprovação da Lei 9.307/96, não fere as normas constitucionais, já que as partes não são obrigadas a escolher a arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos, mas escolhendo-a, deverão cumprir essa manifestação inicial, não sendo permitido o arrependimento

posterior.²⁰

Também há a mediação e a conciliação como formas alternativas de soluções de conflitos. Como ensina Mauro Vasni Paroski:

A mediação e a conciliação não são meios que têm o condão de substituir a jurisdição estatal na solução de problemas jurídicos, nem se confundem com a arbitragem, tratando-se de métodos ou técnicas que podem ser empregados para facilitar a tarefa de se encontrar a solução mais adequada para o litígio, diretamente pelas partes ou com o auxílio de um terceiro, tanto judicialmente como extrajudicialmente, trazendo como corolário a pacificação social, quando levam à eliminação do conflito de interesses.²¹

Mediação é uma forma de composição das partes para a solução de seus conflitos através da ajuda de um terceiro imparcial, que não julga, não decide, não toma partido, apenas conduz e auxilia as partes no alcance da solução.

É um processo voluntário, informal, no qual um terceiro preparado para esta tarefa facilita a comunicação e entendimento entre as partes. A Mediação proporciona a autocomposição das partes, mediante uma solução de conflitos de acordo com seus próprios interesses, através de concessões recíprocas.

O método consensual de solução de conflitos visa à facilitação do diálogo entre as partes, para que consigam melhor administrar seus problemas e alcançar a solução por si só, sendo apenas conduzidas pelo mediador. A administração do problema consigo mesmo ajuda na manutenção da relação com o outro.

Não raramente há confusão entre os institutos da mediação e da conciliação. Entretanto, são duas formas distintas de solução de conflitos. A Mediação é meio para se atingir a Conciliação.²² A finalidade de ambas é certamente chegar a uma posição harmônica entre as partes, sem que qualquer delas se sinta prejudicada, pois para se chegar ao consenso, cada uma terá de ceder, e abrir mão de determinados anseios e especialmente dos seus caprichos.

Alguns autores entendem que a diferença entre ambas não é substancial, mas está ligada ao tipo de conflito existente. Crêem que a conciliação seja mais eficaz para conflitos novos, ou seja, aqueles que momentaneamente apareceram e

²⁰ PAROSKI, op. cit. p. 233.

²¹ Ibid., p. 233 seq.

²² NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 129-133. p. 131.

tomaram grandes proporções.

Esses tipos de conflitos, muitas vezes latentes, merecem um processo diferenciado, no qual tenha a figura do conciliador que tente o tempo todo aproximar as partes ao acordo. Geralmente, são relações mais transitórias, mais impessoais, nas quais estas mesmas partes não manterão qualquer tipo de contato no futuro. A Conciliação neste caso funciona para resolver o problema através da chegada ao consenso entre os litigantes, entretanto, sem maiores aprofundamentos nas questões pessoais, já que pelo próprio tipo de conflito, a relação é menos pessoal.

Já a Mediação é entendida como uma ótima opção para aqueles conflitos que se encontram no seio da família, ou então aqueles decorrentes de sociedades, ou relações de trabalho.

É certo que nestes casos o vínculo é maior, e no caso dos conflitos de família, o vínculo não só é altamente pessoal, como poderá ser eterno, tal qual é a relação entre pai e filho. Nestas ocorrências, não basta simplesmente decidir o caso através do juiz, ou tentar conciliar as partes através da Conciliação sem que haja o estrangulamento total do problema, no seu aspecto mais íntimo.

A mediação consegue justamente atingir os aspectos psicológicos dos indivíduos no conflito, de modo a eliminar não só o problema em si, mas quaisquer outros sentimentos dos mediados, um em relação ao outro, retomando a confiança recíproca e desfazendo eventuais rancores que pudessem permanecer depois do conflito.

Entretanto, o objeto do presente estudo pauta-se no instituto da Arbitragem como forma de solução de conflitos, especialmente para a sociedade empresária, para a qual arbitragem se demonstra uma alternativa mais apropriada de solução de conflitos que se sobrepõe ao Poder Judiciário, trazendo às partes uma solução efetiva, segura e rápida, frente à lentidão enfrentada hoje nos processos judiciais.

Além da real demora na emissão de uma sentença para um litígio, verifica-se ainda que nem sempre a solução dada pelo Poder Judiciário atende, sob o ponto de vista técnico, às necessidades das partes. Isso ocorre porque muitas vezes os juízes não possuem conhecimento²³ aprofundado dos assuntos técnicos e matérias que devem ser aplicados no caso concreto.

²³ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 31.

Na arbitragem, diferentemente do que ocorre na jurisdição estatal, os árbitros serão eleitos pelas partes signatárias do acordo, podendo ser qualquer pessoa capaz, alfabetizada, e que tenha alta especialidade técnica na área de conhecimento sobre a qual recai o litígio. Para Carlos Alberto Carmona:

A preocupação do legislador, antes de mais nada, foi com a possibilidade de assumir o árbitro obrigações no compromisso, para o que a capacidade civil é essencial. Por outro lado, o analfabeto, mesmo sendo 'expert' em alguma matéria (imagine-se o agricultor, que, deva decidir questão ligada à sua especialidade técnica), não teria condições de redigir o laudo arbitral e muito menos de seguir as regras técnicas procedimentais fixadas no Código ou aquelas escolhidas pelas partes.²⁴

A importância em relação aos conhecimentos do árbitro acerca da matéria em julgamento recai no fato de que a arbitragem visa à solução mais pronta, adequada e justa do conflito em comento, de modo a julgar com maior presteza e adequação da justiça ao caso concreto, em vista das incoerências que muitas vezes ocorrem nas decisões judiciais.

Tendo em vista os obstáculos para efetivo acesso à Justiça através do Poder Judiciário, aumenta a cada dia a procura por novas alternativas de soluções de conflitos, especialmente aquelas que visam à solução do problema de forma amigável entre as partes.

A arbitragem é uma destas formas encontradas para a solução de conflitos, que consagra o princípio da autonomia privada entre as partes²⁵, já que estas escolhem a forma arbitral para solução dos conflitos, bem como o procedimento a ser adotado para a conclusão do processo arbitral, prestigiando especialmente a execução específica da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

Pode-se dizer que há uma tendência de retornar à forma privada de solução de conflitos através das câmaras de mediação e arbitragem, deixando o dogma da exclusividade estatal como função pacificadora, na medida em que não basta ao Estado promover justiça para efetivar a paz social, mas que esta venha em tempo condizente com a realidade e necessidade social, sob pena de se promover somente injustiças.

²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 102.

²⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 69.

O emprego dos meios alternativos de soluções de conflitos deve ser incentivado pela ordem jurídica, pela comunidade jurídica, pelos estudiosos de direito, já que podem contribuir para a diminuição do excesso de demandas judiciais, em benefício daquelas causas que cabem ser julgadas exclusivamente pelo Poder Judiciário, tornando mais célere e efetiva a prestação jurisdicional para estes casos.

Ao passo que o instituto da arbitragem será analisado ao longo deste estudo, possibilitará compreender os seus principais aspectos, formas de convenção, e até mesmo o problema encontrado na cultura do litígio que dificulta sua disseminação no direito contemporâneo como forma rápida e eficaz de solução de conflitos.

3 TEORIA GERAL DA ARBITRAGEM

3.1 HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem é conhecida como forma de solução de conflitos desde os primórdios, sendo, portanto, um instituto milenar. Os primeiros povos já resolviam suas discussões e conflitos decorrentes de suas relações através da arbitragem, uma vez que na época, em muitas localidades, não existia um Estado constituído e que possuía poderes para a resolução dos problemas existentes entre os membros da sociedade. Conforme ensina Joel Dias Figueira Júnior:

É com esse espírito de investigação que poderemos constatar que o instituto jurídico da arbitragem é, por certo, um dos mais antigos de que se tem notícia na história do Direito e, especificamente, acerca da jurisdição ou 'justiça privada', noticiado na Babilônia de 3.000 anos a.C., na Grécia antiga e em Roma.²⁶

Antes da existência da arbitragem a tutela dos direitos era permeada de acordo com a percepção individualista do justo e injusto, utilizando-se de regras e princípios de cunho religioso, sociais, culturais dos povos. Houve inclusive a justiça denominada de autotutela²⁷, ou seja, aquela em que a força física determinava a medida do justo.

Porém, a justiça do mais forte era contestada, e inquestionavelmente estava fadada à extinção. Havia necessidade de organização e autoridade, para que através delas ocorressem os julgamentos dos casos cotidianos daqueles povos.

A arbitragem, portanto, antecede inclusive a constituição dos Estados²⁸ soberanos, já que, mesmo antes da formação destes havia necessidade de distribuição da justiça na solução de conflitos, através de uma pessoa de confiança dos envolvidos e que pudesse dizer o direito e a justiça na medida dos anseios sociais dessas épocas.

Tal fato histórico demonstra a importância do instituto, não somente quanto à

²⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 24.

²⁷ Ibid., p. 24.

²⁸ LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5-20. p. 6.

sua perenidade, bem como pela forma privada de fazer justiça, através da constituição de um árbitro ou tribunal. Com a superação da “justiça” do “olho por olho, dente por dente”, confiavam-se as decisões das divergências entre os integrantes de um grupo social a um árbitro escolhido entre os, presumidamente, mais sábios daquele grupo.²⁹

Da mesma forma como ocorreu com os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, pode-se afirmar que a arbitragem ressurgiu como forma de pacificação de conflitos em âmbito mundial, com a Revolução Francesa de 1789.³⁰ Mesmo o instituto existindo previamente à estatização da jurisdição, a resolução dos litígios foi assumida pelos Estados, que se constituíram e delegaram a função de enunciar justiça aos Poderes Judiciários.

Porém, o excesso de rigorismo e formalismo da justiça pública³¹, deixava de atender às necessidades daquele novo modelo de economia voltado à expansão do comércio, atividade de produção, que levassem à prosperidade e riqueza da nova classe burguesa formada com a Revolução Francesa. Assim, a próspera prática mercantil necessitava de uma justiça objetiva, prática, rápida e forte, e com isso, recomeça a utilização da arbitragem, especialmente para questões comerciais e de direito internacional.³²

Apesar de sua larga utilização em vários ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, muitas vezes nem regulamentada, mas amplamente utilizada como usos e costumes de certos povos, no Brasil sua regulamentação e mesmo utilização prática foi mais tardia.

O primeiro conhecimento da Arbitragem pelo ordenamento jurídico brasileiro se deu com as Ordenações Filipinas, herdadas e vigentes no Brasil mesmo após a proclamação da independência, as quais disciplinavam arbitragem sob o título de “Dos Juízes Árbitros”. Porém tal regulamentação já podia ser considerada ultrapassada e de difícil concretização prática, vez que o texto filipino continha regra de possibilidade de recurso da decisão proferida por árbitro ou tribunal arbitral.

Com isso, uma demanda poderia até ser julgada através do instituto da

²⁹ LIMA, loc. cit.

³⁰ Ibid., p. 8.

³¹ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit. p. 25.

³² LIMA, op. cit. p. 8.

arbitragem, porém, fatalmente cairia nas mãos do Poder Judiciário caso uma das Partes tivesse dúvidas quanto à justiça proclamada pela decisão proferida.³³

Com a Constituição do Império de 1824³⁴ houve um avanço na disposição do instituto, já que, contrariando as disposições Filipinas vigentes, alterou suas previsões dispondo que as sentenças dos “Juizes Árbitros” seriam executadas sem recurso se assim o convencionassem as partes.³⁵ Portanto, a vontade das partes ganhou ênfase não se limitando apenas a definir que seus conflitos fossem processados e julgados pela arbitragem, como também, definiam se queriam ou não que coubesse recurso das decisões proferidas.

O texto não só enfatiza a importância da independência do instituto para resolver as questões demandadas a ele, bem como reafirma e garante a autonomia da vontade das partes em definir como desejam que eventuais questionamentos ou conflitos decorrentes de sua relação jurídico-obrigacional sejam solucionados. Porém, após a Constituição de 1824 muitas outras excluíram o instituto do ordenamento jurídico brasileiro, fazendo apenas algumas esparsas referências, como método para solução de guerras.

Em 1850 com a promulgação do Código Comercial o artigo 294 trazia dispositivo arbitral, sendo que submetia ao juízo arbitral toda e qualquer questão ou conflitos advindos das causas entre os sócios de sociedades comerciais, questões suscitadas durante a existência da sociedade ou companhia e questões relacionadas à sua liquidação ou partilha. Depois veio o regulamento 737, o qual previa a obrigatoriedade do juízo arbitral para todas as questões comerciais no direito brasileiro. Porém em 1866 tais dispositivos foram revogados, e, portanto, andou-se para trás mais uma vez em relação à inovação legislativa referente à matéria.³⁶

O Código de Processo Civil também chegou a conter artigos que regulamentassem a matéria, ora sendo forma facultativa de resolução de conflitos, ora não tendo eficácia por falta de compromisso arbitral, ora exigindo homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário para que pudesse produzir os mesmos

³³ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 46.

³⁴ MUNIZ, op. cit. p. 42.

³⁵ CARMONA, loc. cit.

³⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: Alguns Aspectos do Processo e Procedimento na Lei nº 9.307/96**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000. p. 30 seq.

efeitos de sentença judicial.

Em 1939 surge o Código de Processo Civil que unificou a legislação processual no Brasil e previu o juízo arbitral nos arts. 1.031 a 1.046. Porém, mesmo sendo remodelado no Código de 1973, nos artigos 1072 a 1096, tacitamente não foi aceito, porque mantinha a intervenção obrigatória do Poder Judiciário.³⁷ A regulamentação até então existente, mantinha o instituto inócuo, uma vez que sua utilização prática estava fadada ao insucesso, já que sempre havia elementos dificultadores de sua pronta aplicação e produção de efeitos.

Na esfera cível a arbitragem foi prevista no Código Civil de 1916, que nos artigos 1037 a 1048 tratava do instituto possibilitando a assinatura de compromisso, no qual as partes submetiam ao Tribunal Arbitral a resolução de suas pendências jurídicas.

Apesar das esparsas regulamentações, ora aplicadas, ora controvertidas, alguns aspectos de ordem internacional e econômica ainda impunham que se viabilizasse a sua utilização. Um desses aspectos referia-se à internacionalização das relações comerciais entre o Brasil e outros países, pois estes já utilizavam largamente a arbitragem como meio de solução de controvérsias, especialmente em relação ao direito externo.

Começou-se então a necessidade de parametrização da arbitragem de modo a atender as exigências externas, para que o Brasil continuasse a operar suas relações internacionais. Em 1981 foi lançado o primeiro anteprojeto da Lei de Arbitragem, o qual, embora contivesse apenas 28 artigos, dava ampla possibilidade de utilização do instituto, inclusive com vistas à diminuição dos trabalhos exercidos pelo Poder Judiciário.³⁸

Porém foram destacados alguns problemas no primeiro anteprojeto, que apesar de detalhado em vários quesitos, deixava a desejar quanto à precisão técnica e por isso, acabou sendo abandonado o seu aperfeiçoamento. Seguiram os projetos de 1986, 1987 e o último em 1988, da mesma forma que o anterior. Muito embora tratassem de aspectos particulares e importantes do instituto, ainda não estavam prontos à plena aplicação, devido às falhas que acabaram não sendo

³⁷ MUNIZ, op. cit. p. 41 seq.

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 24 seq.

sanadas em tempo oportuno. Houve arquivamento dos projetos sem perspectiva de conversão em lei.³⁹

Tempo se passou e os estudiosos da matéria ainda estavam insatisfeitos com o rumo tomado pelos projetos anteriores. Não se aquietaram enquanto novo Projeto não fora formulado e proposto à casa civil, isso já em 1992. Várias discussões, rejeições de artigos e alterações se seguiram até que finalmente em 1996 o Projeto foi aprovado, tornando-se a Lei de Arbitragem nº 9.307/96 atualmente vigente e em plena aplicabilidade no direito brasileiro.

É certo que, embora a Lei regulamentadora da matéria esteja vigente há dez anos plenamente apta a ser aplicada e praticada, percebe-se que no Brasil há uma certa dificuldade pelos operadores de direito em sua aceitação. Os advogados estão muito habituados com a questão da recorribilidade das ações julgadas pelos juízes de primeiro grau, aprenderam a conviver com a litigiosidade dos processos judiciais, e com isso, ao serem questionados sobre a arbitragem, sempre mencionam a impossibilidade de revisão da sentença em caso de insatisfação com o resultado do julgamento.

Entretanto, o objetivo da arbitragem é este mesmo: resolver a questão de forma mais justa possível, sem que sejam postergados os cumprimentos das decisões, sem que haja interferência de interesses alheios para julgamento das ações, e que as mesmas sejam julgadas por pessoas capacitadas para o assunto técnico em questão. A revisão da decisão, é medida desnecessária na arbitragem, e vai em desencontro à própria natureza do instituto.

Há que se considerar, também, que a Arbitragem não se desenvolveu desde logo, no Brasil, devido à insegurança jurídica que o sistema transmitia às partes, uma vez que, por exemplo, mesmo que o compromisso de arbitragem contivesse a cláusula "sem recurso" as partes poderiam recorrer ao tribunal superior.

Ademais, entendia-se anteriormente que, embora as partes tivessem acordado por instituírem o juízo arbitral, através da cláusula compromissória, e, posteriormente, uma parte desistisse de celebrar o compromisso arbitral, geraria para a outra parte apenas o direito a perdas e danos, como indenização por descumprimento de obrigação de fazer.

³⁹ CARMONA, loc. cit.

Com a promulgação da Lei de Arbitragem, também chamada de Lei Marco Maciel, em setembro de 1996, as barreiras legais que causavam insegurança jurídica para as partes contratantes foram abolidas. Hoje, a nova Lei de Arbitragem é considerada um instrumento privado alternativo para solução de conflitos ou, “um meio paraestatal de solução de conflitos”⁴⁰, capaz de garantir segurança jurídica às partes que voluntariamente vierem a instituir a cláusula compromissória em seus contratos.

Também contribui para sua melhor aceitação social o fato de que a questão da constitucionalidade levantada no Supremo Tribunal Federal foi superada, tendo este órgão pronunciado pela constitucionalidade da arbitragem, como instrumento eficaz para a solução de controvérsias que se consolida no Brasil, com o mesmo consentimento que encontra nos Estados Unidos e países da Europa.

Cumprir salientar que o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, nos artigos 851 a 853⁴¹, fortaleceu o instituto da arbitragem, admitindo o compromisso e a cláusula compromissória para resolver divergências mediante o juízo arbitral, exaltando a autonomia privada das partes, em cumprimento aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Apesar de a arbitragem estar fortemente solidificada na legislação, percebe-se que sua utilização ainda é incipiente. É preciso que a cultura do litígio judicial seja excluída do seio social, para a maior utilização da arbitragem como busca pelo ideal de justiça, como instrumento seguro e alternativo ao Poder Judiciário para aqueles que procuram soluções rápidas e justas de seus conflitos.

3.2 CONCEITO

Antes de conceituar a arbitragem faz-se necessário destacar sua importância dentro do contexto hodierno para soluções de conflitos. A arbitragem se diferencia da forma convencional de solucionar um litígio através do Poder Judiciário, na medida em que possui princípios e procedimentos próprios.

Seus principais aspectos são a celeridade, segurança e efetividade, já que

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 9.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

a sentença arbitral será dada em no máximo seis meses, se outro prazo não estabelecerem as partes no compromisso⁴², podendo inclusive ser menor, e assim sendo, promoverá a necessária justiça em tempo razoável, como preceitua a Constituição Federal brasileira.

Além disso, os litigantes poderão escolher a lei aplicável⁴³ ao objeto do litígio, e ainda, definir para aquele caso concreto a ser julgado, se o melhor será aplicar o direito positivo, ou então decidir por equidade, enfatizando mais uma vez a ampla autonomia das partes em escolher, não só que a causa seja resolvida através da arbitragem, mas também como será a aplicação deste instituto em sua resolução e os aspectos a serem considerados pelos árbitros para sua decisão.

Cabe ressaltar que tais aspectos serão todos abordados adiante em tópicos próprios, o que se fará após dar à arbitragem uma conceituação, sem a qual não se poderia seguir neste trabalho. Após estas primeiras considerações, segue-se à conceituação do que é a arbitragem.

Segundo o que dispõe Luiz Antunes Caetano, arbitragem é o “método, meio e modo adequado de solução de conflitos, disputas ou controvérsias entre particulares, por árbitro(s) de sua escolha, ou por indicação, excluindo-se, assim, a solução por meio de uma ação judicial”.⁴⁴

Tal definição, à primeira vista, parece um tanto quanto exagerada, tendo em vista que a arbitragem não é considerada o único modo adequado para solução de controvérsias, já que, a via estatal, por mais sobrecarregada que esteja, e por mais lenta que seja a resposta, também encontra guarida como uma forma adequada para pacificação (antes do que a solução)⁴⁵ de conflitos.

Certo é que o autor, na defesa da arbitragem como melhor alternativa quando comparada à jurisdição estatal, especialmente em relação ao tempo de resposta, considera que a arbitragem seja a forma mais adequada para solução de conflitos.

Embora o instituto ainda não tenha deslanchado no direito interno, a

⁴² MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981. p. 395.

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 74.

⁴⁴ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 15.

⁴⁵ LIMA, op. cit. p. 5.

arbitragem é muito utilizada em contratos internacionais, aliás, a internacionalização das relações comerciais foi uma das principais causas que fundamentou a necessidade da utilização da arbitragem no Brasil e sua imediata regulamentação. Irineu Strenger contribui para que a arbitragem seja cada vez mais utilizada nas contratações internacionais. Para ele, a arbitragem é:

[...] instância jurisdicional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios, e força executória perante os tribunais estatais.⁴⁶

Tal definição já ressalta a força executória da sentença arbitral pelos tribunais internos ou externos, bem como os procedimentos distintos da arbitragem para o julgamento das causas sob sua tutela.

Ainda sob o enfoque internacional, Adherbal de Meira Mattos acentua que:

A arbitragem é um processo de solução de litígios internacionais entre Estados, por meio de terceiras pessoas ou instituições livremente escolhidas pelas partes interessadas, as quais se comprometem, de modo solene, a acatar suas decisões.⁴⁷

Conforme se depreende da visão do autor, a arbitragem internacional possui as mesmas características da arbitragem nacional, diferenciando-se quanto ao aspecto de que naquela o litígio ocorre em âmbito internacional, entre dois ou mais países, sendo que na arbitragem nacional o litígio ocorre entre duas ou mais partes nacionais, signatárias de um acordo.

No âmbito processual, com ressalvas mais destinadas à comparação do processo e procedimentos arbitrais para julgamento de controvérsias, outros autores comentam sobre o que venha a ser o instituto da arbitragem e sua importância no mundo contemporâneo. Carlos Alberto Carmona a conceitua:

[...] uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.⁴⁸

⁴⁶ STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998. p. 214.

⁴⁷ MATTOS, Adherbal de Meira Mattos. **Direito Internacional Público**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 287.

⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 27.

Como se pode observar, na visão do autor a convenção privada assume papel relevante, já que, além de definir a solução da controvérsia através da técnica arbitral, também dá poderes aos árbitros para decidir segundo as definições contratuais estipuladas pelas partes, sem qualquer tipo de intervenção estatal para tanto, sendo que a decisão final terá eficácia de sentença judicial, podendo ser executada no poder judiciário, caso não seja espontaneamente cumprida.

Outro estudioso na área da arbitragem faz a definição com elementos distintos. Na visão de José Cretella Júnior, a arbitragem nada mais é do que:

O sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais, 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.⁴⁹

A definição do autor demonstra a particularidade do instituto em relação ao fato de que toda a convenção, seja pré-contratual, contratual ou pós contratual, tem caráter privatista e força executória, sendo reconhecida pelo poder estatal, embora extraída de seu julgamento, exceto em caso de descumprimento do acordo, quando haverá, por parte do Estado a coação para cumprimento do ora estabelecido entre as partes.

Ressalta ainda o procedimento, a técnica e os princípios especiais que serão obedecidos no julgamento das causas pela arbitragem, os quais são distintos daqueles utilizados no processo civil convencional, de acordo com a lei processual vigente.

Alexandre Freitas Câmara conceitua a arbitragem como sendo:

[...] Trata-se de um meio de heterocomposição de conflitos, ou seja, um meio de composição do litígio em que este é solucionado por um terceiro, estranho ao conflito, isto é, a solução do conflito é obra de alguém que não é titular de nenhum dos interesses conflitantes. [...] Em outros termos, pode-se dizer que a arbitragem é um meio de solução de conflitos alternativo à via judiciária caracterizado por dois aspectos essenciais: são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem vai decidi-la, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder e a autoridade para proferir tal

⁴⁹ CRETELLA JUNIOR, José. Da arbitragem a seu conceito categorial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 98, Brasília, p. 127-138, abril-junho 1998. p. 129.

decisão.⁵⁰

O autor ressalta a livre escolha pelas partes conflitantes do árbitro ou árbitros a resolverem o litígio, sendo que a autoridade e liberdade dos árbitros para decidir o litígio, de acordo com o que dispuser o pacto compromissório, decorrem sempre da outorga da vontade das partes.

Joel Dias Figueira Júnior expõe que “a Arbitragem, como método alternativo de solução de conflitos de natureza patrimonial disponível, tem adquirido cada vez mais prestígio e importância na sociedade contemporânea [...]”.⁵¹

Note-se a disposição do autor acerca da natureza patrimonial disponível das causas levadas à julgamento para os árbitros. No mesmo sentido dispõe o artigo primeiro da Lei de Arbitragem n.º 9.307/96: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.⁵²

A arbitragem é, então, um instituto, mais uma forma de solução de conflitos da qual as partes podem se utilizar, ao invés da forma judiciária convencional. Ocorre, entretanto, que não é para todo e qualquer caso indiscriminadamente que a arbitragem poderá ser utilizada.

Primeiramente deve-se considerar que a arbitragem é eleita para pacificar os conflitos relativos a direitos patrimoniais e direitos disponíveis. Patrimoniais são os direitos relativos a bens e que podem ser auferidos quantitativa, econômica ou monetariamente. Disponíveis são aqueles direitos vinculados a bens alienáveis, ou apropriáveis, que estão no comércio jurídico.⁵³

Em segundo lugar deve-se salientar que somente as pessoas capazes é que poderão celebrar a convenção de arbitragem⁵⁴, para que seja válida e produza seus efeitos.

⁵⁰ CÂMARA, op. cit. p. 9 seq.

⁵¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 73.

⁵² BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

⁵³ LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5-20. p. 10.

⁵⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem Através dos Tempos. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35-67. p. 46.

Assim, para os fins da Lei, os contratantes ou estipulantes da arbitragem deverão cumprir os requisitos de capacidade civil, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei, de acordo com o estipulado no art. 104 do Código Civil vigente, que deve ser respeitado para todo e qualquer negócio jurídico que se queira formalizar.

Depois de verificada a capacidade das partes segundo a legislação vigente, as quais poderão ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica que disponham de capacidade jurídica para contratar, passa-se a análise da questão de quais direitos poderão ser levados à julgamento pela arbitragem.

Neste aspecto está claro que somente os direitos disponíveis⁵⁵, ou seja, aqueles que as pessoas podem livremente dispor, é que poderão ser admitidos para julgamento na arbitragem. Questões referentes a direitos indisponíveis não poderão ser julgados pela arbitragem.

Em relação à disponibilidade, são direitos indisponíveis aqueles que a lei expressamente outorga este caráter, ou seja, que impede, por serem de natureza pública, sua disposição, cessão ou renúncia, já que são direitos que nem mesmo os seus próprios titulares podem dispor, como é o caso do direito à vida, à liberdade, à personalidade, dentre outros.

Sob estes direitos a arbitragem não está autorizada a atuar, sob pena de nulidade da cláusula compromissória, bem como do procedimento arbitral caso o mesmo venha a ser realizado. Além de disponíveis, para sujeitarem-se ao instituto da arbitragem tais direitos ainda devem ter caráter patrimonial, ou seja, valoração econômica, com a possibilidade de subtração deste em relação ao patrimônio do seu titular.⁵⁶

Após analisadas as considerações acerca da disponibilidade e valor patrimonial dos bens que podem estar sujeitos à intervenção da arbitragem, seguem as demais considerações acerca da conceituação do instituto segundo outros doutrinadores.

Rozane da Rosa Cachapuz entende que a arbitragem é:

⁵⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 163-201. p. 185.

⁵⁶ Ibid., p. 185.

O 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.⁵⁷

A autora expõe os benefícios da arbitragem, já que tal instituto é sinônimo de simplicidade e objetividade em seu procedimento, tentando dar às partes a solução do problema o mais rápido possível.

Além disso, conta com julgadores que, como no Poder Judiciário, são imparciais, porém com a diferença de que podem ser pessoas escolhidas em qualquer área técnica sobre a qual recai o objeto da demanda, e por isso, as soluções, além de rápidas, poderão ser mais eficazes perante a realidade do problema comum, devido ao grau de conhecimento e técnica dos julgadores.

Por último ressalte-se a lição de Tânia Lobo Muniz, que entende a arbitragem como “procedimento jurisdicional privado para solução de conflitos, instituído com base contratual, mas de força legal, com procedimento, leis e juízes próprios estabelecidos pelas partes, e que subtrai o litígio da jurisdição estatal”.⁵⁸ Apesar de a jurisdição ser monopólio estatal, há delegação do Estado ao árbitro para exercício de verdadeira jurisdição:

A jurisdição é monopólio do poder estatal. É preciso esclarecer, todavia, que esse caráter monopolizador da atividade jurisdicional do Estado não impede que, autorizados por lei, possam os interessados optar por meio não estatal de exercício da jurisdição, isto é, de realização de atividade capaz de por fim à lide. Nessa hipótese, a jurisdição é, por assim dizer, exercida por delegação do Estado, desde que expressamente autorizada por lei e, sempre, em decorrência do interesse das partes, manifestado de forma expressa.⁵⁹

O conceito acima descrito elucidada a questão da valoração da autonomia privada como forma de exercício da vontade em eleger a arbitragem como a “jurisdição” responsável para conhecer e julgar o conflito, já que o reconhecimento deste instituto vem da própria lei, excluindo-se, assim, a atuação do poder judiciário estatal.

⁵⁷ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: Alguns Aspectos do Processo e Procedimento na Lei nº 9.307/96**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000. p. 22.

⁵⁸ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 40.

⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. I. São Paulo: RT, 1999. p. 37.

3.3 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.307/96

Passados os percalços históricos da instituição da arbitragem no Brasil, que permeavam entre sua instituição com ou sem possibilidades de recursos ou de revisão pelo Poder Judiciário das decisões arbitrais, ao ser regulamentada pela Lei 9.307/96, nova questão surge como empecilho à sua pronta e efetiva aplicação.

Muito se debateu acerca da Constitucionalidade da Lei 9.307/96. A Lei de Arbitragem inovou no direito brasileiro em relação aos anteriores regulamentos que dispunham sobre esta matéria. Entre os maiores benefícios, houve destaque para a sentença arbitral, a qual não precisa mais de homologação pelo Judiciário para ter plena eficácia e cumprimento, quando proveniente de arbitragens no âmbito nacional, bem como passou a ser irrecorrível.

Também trouxe maior efeito à cláusula compromissória, cuja validade até então era bastante discutida, a qual poderá ser executada compulsoriamente. Tal ocorre porque a cláusula compromissória, nos termos previstos na Lei 9.307/96, é munida de caráter de obrigatoriedade, pois se entende que um instrumento assinado com livre manifestação de vontade das partes outorgada pela autonomia privada, deve ser respeitado, já que as Partes quiseram abstrair do Poder Judiciário a solução de eventuais conflitos ocorridos durante a relação jurídico obrigacional.

Não só isso, mas o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser respeitado, especialmente quando se considerar que a estipulação contratual não feriu direito público ou de terceiros, e não contraria os princípios contratuais vigentes à época de sua celebração, quais sejam, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, como será apresentado no decorrer deste estudo.

Tão absoluta é considerada a cláusula compromissória arbitral em um contrato que, a própria Lei 9.307/96 informa a intervenção do Poder Judiciário caso alguma das partes signatárias do instrumento contratual se negue à implementação do instituto como alternativa para a solução das controvérsias existentes, segundo dispõe o *caput* do artigo 7º da lei.

Mesmo que venha a ser declarado nulo algum dispositivo do contrato, a convenção de arbitragem permanece válida, já que é independente do próprio contrato, constituindo-se em exercício da autonomia privada distinto daquele exercido em decorrência do objeto contratual. Assim dispõe o artigo 8º da Lei de

Arbitragem: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.⁶⁰

Com isso, na ocorrência de conflito relativo a direitos patrimoniais disponíveis, havendo cláusula compromissória, o Poder Judiciário está impedido de resolver o problema, devendo retornar a causa ao juízo competente, qual seja, juízo arbitral ou um único árbitro, de acordo com o estipulado pelos signatários do acordo.

O artigo 41 da referida lei também expõe o caráter obrigatório da cláusula compromissória arbitral, já que estabelece que, se uma das partes desrespeitar o convencionado e buscar solução do litígio no Poder Judiciário, a outra parte terá direito de exigir a extinção do processo sem a resolução do mérito, já que, como acima exposto, o Poder Judiciário não é competente para conhecer e julgar o mérito de tal litígio.

Ocorre, entretanto, que a discussão que originou a alegação da inconstitucionalidade da Lei 9.307/96 se deu, em parte, pela força obrigatória da cláusula compromissória, capaz de excluir da apreciação do Poder Judiciário uma lide que, antes da convenção entre as partes, certamente seria julgada por aquele órgão.

Tal situação levou à necessidade de esclarecimentos a respeito da matéria, pois aparentemente esta questão significava infração ao princípio constitucional da inafastabilidade do Judiciário, já que exclui de sua apreciação causa que originariamente seria por ele julgada.

O cerne da questão reside justamente no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, princípio este consubstanciado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal já anteriormente citado neste estudo.

A questão prática que suscitou dúvida acerca da constitucionalidade ou não da Lei nº 9.307/96 foi um caso entre empresa brasileira que mantinha vínculo comercial com empresa sediada na suíça, sendo que durante um conflito de interesses, as partes resolveram estipular a realização da arbitragem em Barcelona,

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

na Espanha. Assim, o laudo arbitral⁶¹ foi proferido, condenando uma das partes a pagar US\$ 332.000,00 de lucros cessantes; US\$ 700.000,00 por danos morais e mais US\$ 200.000,00 a título de ressarcimento de despesas, valores esses acrescidos de juros anuais. Para que pudesse ser cumprido o laudo arbitral estrangeiro, foi proposta, então, Ação de Homologação de Laudo Arbitral Estrangeiro perante o judiciário brasileiro, conforme determinação legal.⁶²

O STF negou a homologação da referida decisão arbitral, justificando que a Constituição Federal e o Regimento Interno do STF não dispunham de fundamentos legais para homologar laudos arbitrais estrangeiros, mas sim sentenças estrangeiras. Assim, o STF impôs a necessidade de homologação daquele laudo primeiramente pelo Poder Judiciário Espanhol, para que depois houvesse homologação do mesmo no Brasil.

Dessa decisão houve agravo regimental, o qual foi provido após comprovação de que na Espanha não é possível requerer homologação de laudos arbitrais pelo Poder Judiciário, já que este procedimento não encontra guarida no ordenamento jurídico espanhol. Porém, ao mesmo tempo em que o Ministro Sepúlveda Pertence deu provimento ao agravo, manifestou, no final da decisão, sua interpretação quanto à inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96, sustentando a inafastabilidade do controle jurisdicional. Para ele, a Constituição não permite vedar o acesso ao Judiciário de lide que uma das partes quisesse submeter-lhe, tampouco forçar a outra parte a trilhar a via alternativa da arbitragem.⁶³

Passou-se para manifestação do Ministério Público Federal, momento em que o então Procurador-Geral da República à época, Dr. Geraldo Brindeiro, consagrou parecer pela constitucionalidade da lei, nos seguintes termos:

[...] o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de

⁶¹ ALVES, André Camerlingo. Os percalços da arbitragem no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 393, 4 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5537>> Acesso em: 9 jun. 2007.

⁶² Ibid.

⁶³ ALVES, loc. cit.

ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados - diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais - abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àquele das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.⁶⁴

Após delongados debates sobre o tema foi declarada a constitucionalidade da Lei 9.307/96 em 12/12/2001, entendendo o Tribunal, por maioria de votos, que a livre manifestação de vontade das partes declarada no contrato através da cláusula arbitral ao invés da eleição do foro convencional, bem como a autorização dada ao juiz para retornar o litígio ao árbitro, caso uma das partes se negue à sua aplicação, em nada ofendem o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.⁶⁵

Aliás, a opção pela via arbitral de assegurar um direito, deve ser entendida como o direito subjetivo que as partes possuem de ingressar com um pedido, seja na via judiciária ou arbitral, e, portanto, ao eleger a arbitragem já foi exercido o direito assegurado no referido artigo.⁶⁶

A decisão proferida em muito atende aos anseios daqueles que procuram na arbitragem uma forma rápida, eficaz e satisfatória para solução de seus conflitos decorrentes de relações referentes a direitos patrimoniais disponíveis.⁶⁷ A decisão do Tribunal não poderia deixar à mercê de aplicabilidade este instituto, que nada mais é do que a regulamentação da possibilidade de as partes escolherem como e onde seus litígios serão resolvidos. Logo, a arbitragem é uma opção, uma faculdade. Porém, a partir do momento que as partes exercem essa faculdade, devem cumprir o estabelecido até o final, caso contrário, seria negada a efetividade ao próprio instituto.

Reforçar o cumprimento da cláusula compromissória nada mais é do que dar segurança jurídica ao instituto, para que seja cumprido o que foi livremente pactuado

⁶⁴ ALVES, loc. cit.

⁶⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 52-60. p. 53.

⁶⁶ LIMA, op. cit. p. 19.

⁶⁷ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: a prática internacional e os perigos da in experiência brasileira. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 21-26. p. 22.

e combinado entre as partes. Aquilo que foi livremente convenionado deve ser cumprido, de acordo com o princípio do *pacta sunt servanda*, já que, desde que não fira os princípios constitucionais, contratuais, a ordem pública, a boa-fé e a função social do contrato, tudo o que nele estiver estabelecido deverá ser cumprido.

Tal é a importância que se dá à convenção da arbitragem pelas partes, mediante acordo de vontades, que o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 51, VII⁶⁸, veda a imposição compulsória da cláusula compromissória arbitral ao consumidor através de contratos de adesão, sendo que a aceitação da arbitragem pelo consumidor, para ser válida, requer assinatura específica para a cláusula que a institui, conforme art. 4º, § 2º da Lei 9.307/96.

Portanto, no que se refere à declaração de constitucionalidade da arbitragem, houve a alegação de que a nova lei não atenderia aos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle judicial, previsto no art. 5º, XXXV, da garantia ao devido processo legal, art. 5º, LIV, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, art. 5º LV, da impossibilidade de criação de juízo ou tribunal de exceção, art. 5º, XXXVII, e do juiz natural, art. 5º, LIII.

Em relação à inafastabilidade do controle judicial, Nelson Nery afirma que o que seria flagrante afronta ao texto constitucional é a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas que no caso da arbitragem o que se exclui através do compromisso arbitral é apenas o acesso à via judicial para a solução de um conflito e não a jurisdição, já que no processo arbitral também haverá atividade jurisdicional.⁶⁹

Carlos Alberto Carmona também compartilha do pensamento da não exclusividade pelos juízes da administração da justiça, mesmo porque, não foi possível conceber um conceito estático e imutável de jurisdição ao longo da História.⁷⁰

Nos ensinamentos de Pedro Antonio Batista Martins:

Os direitos individuais podem ser renunciados se não forem de

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 77.

⁷⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 46.

ordem pública ou se outros direitos também de ordem pública lhes forem superiores [...]. Nesse sentido, no que se refere à opção pela via arbitral, julgamos ser evidente a prevalência da ordem pública econômica sobre o princípio político, pelo que a justiça não deve ser administrada exclusivamente pelo órgão estatal, tanto mais quanto a arbitragem diz respeito a direitos meramente patrimoniais, cuja propriedade e sigilo também são protegidos pela Constituição. De modo algum deve essa regra inserta no texto maior servir de escusa para o não cumprimento de obrigações assumidas de livre vontade, como argumentam aqueles que pregam a ineficácia de cláusula arbitral legalmente acordada.⁷¹

Com isso infere-se que a jurisdição estatal é uma possibilidade que as partes possuem de acesso à justiça, porém não é a única forma. Ninguém tem poder de tirar do cidadão o seu direito constitucional de recorrer ao Poder Judiciário para a defesa de seu direito.

Porém se ele mesmo não quiser exercer livremente essa opção, e, caso entenda que a arbitragem é a melhor forma de exercício de julgamento do seu direito, poderá escolhê-la em detrimento à jurisdição estatal, sem que tal ato seja considerado ofensa à Constituição Federal. Ademais, a justiça, como pressuposto fundamental do Estado Democrático de Direito e virtude social por excelência, não é monopólio dos tribunais judiciais.⁷²

Também os dispositivos constitucionais, art. 5º, XXXVII e LIII prevêm, respectivamente, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.⁷³

Não há na arbitragem infração ao princípio do juiz natural e da vedação do tribunal de exceção. Ocorre que não existe tribunal de exceção na arbitragem, já que sua instituição, seu processamento e regras de julgamento estão todas estabelecidas em lei, bem como ocorre com o árbitro, o qual recebe competência, poderes e limites de atuação do próprio Estado, pela lei, e por isso, não há que se falar em infração aos princípios constitucionais.

Finalmente, sublinhe-se o fato de que não há renúncia ao juiz natural pela escolha da solução da lide através da arbitragem. É lícito às partes, na esfera de sua disponibilidade patrimonial, prorrogarem a

⁷¹ MARTINS, Pedro Antonio Batista apud MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 58.

⁷² AMARAL, op. cit. p. 23.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

competência para o processo arbitral guiado pelos mesmos princípios constitucionais que se aplicam à jurisdição estatal. Com efeito, não se exclui com o compromisso arbitral a jurisdição, mas a via judicial para a decisão de mérito.⁷⁴

Há apenas a transferência da jurisdição estatal para uma jurisdição privada, de acordo com a vontade estabelecida pelas partes sobre seus direitos disponíveis.

Em relação aos princípios e garantias processuais previstos no art. 5º, LIV que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, bem como o art. 5º, LV que garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, cabe informar que tais garantias continuam em plena eficácia no procedimento arbitral.

Isso se dá pelo fato de a arbitragem ter instituído princípios de validade ao procedimento arbitral, que são o contraditório, a ampla defesa, a igualdade, a imparcialidade e o livre convencimento do julgador, garantindo, portanto, a mesma segurança do texto constitucional, já que o descumprimento de tais princípios gera a nulidade da sentença arbitral.

Com referência específica à dupla instância de julgamento, conforme ensina Tânia Lobo Muniz:

[...] cumpre salientar que as partes podem estabelecer órgão revisor a quem caberá julgar possíveis recursos, dentro do próprio juízo arbitral. Cabe, ainda, revisão pelo Judiciário através da ação de nulidade, ficando assegurado tanto o princípio constitucional, quanto a celeridade do procedimento e a liberdade das partes de pactuarem, dando certeza e segurança ao que foi decidido de comum acordo. O controle do Judiciário pode ser verificado, ainda, no caso de controvérsia sobre direitos indisponíveis, que suspende o procedimento arbitral, remetendo a questão prejudicial à autoridade competente. [...] Assim, ao dizer que o árbitro é juiz de fato, o faz porque este não exerce, especificamente, a jurisdição estatal, privativa dos órgãos do Poder Judiciário, mas, sim, a privada. Exerce múnus público através de sua atividade de pacificação social. É juiz do direito e recebe autorização para tal das partes e do Estado, que ao **criar e instituir o órgão arbitral**, através de sua autoridade, coloca-o como **órgão auxiliar** do Poder Estatal, outorgando-lhe o poder e a função de dizer o direito aplicável ao caso concreto,

⁷⁴ KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: Conceito e Pressupostos de Validade: de acordo com a Lei 9.307/96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 78.

visando a realização da justiça.⁷⁵

Assim resta claro que a Arbitragem é instituto estabelecido e outorgado pelas Partes como forma de auxílio da realização da justiça, de modo que não deve ser interpretado como regra confrontante com a Constituição Federal, até porque está inserido no ordenamento jurídico em consonância com todas as suas regras e princípios. As dúvidas que outrora pairaram sobre a constitucionalidade do instituto se devem muito mais pelo resultado de escritos e falatórios daqueles que a viam como uma ameaça ao Poder Judiciário, ou ao Poder do Estado, do que propriamente à natureza e regras do instituto em si.

Como bem afirma Joel Dias Figueira Júnior:

E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.⁷⁶

Com isso conclui-se que a arbitragem não só é constitucional, como mecanismo dinâmico, eficaz e econômico de composição de controvérsias, além de dotada de alta especialidade técnica na apreciação de cada questão posta a julgamento, principalmente no âmbito do direito comercial e internacional, nos quais os litígios envolvem somas vultosas e necessitam de decisões tecnicamente mais precisas.

3.4 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

A arbitragem possui características distintas, em relação aos vários outros institutos jurídicos, quando da avaliação de sua natureza jurídica. Ao tentar-se identificar a natureza jurídica da arbitragem, há o questionamento se se enquadra como processual, também denominada de publicista, ou contratual, também chamada de privatista.

⁷⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 64 seq.

⁷⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 163.

A doutrina é dividida em relação à matéria. Os processualistas entendem que a arbitragem é um instituto de natureza processual, tendo em vista que, embora assuma procedimentos distintos daqueles previstos nas regras do Código de Processo Civil para sua aplicação, está adstrita ao mesmo objetivo, qual seja, através do processo e procedimentos dar solução ao litígio em questão. Entendem que as regras de competência estatal são delegadas ao árbitro, correlacionando equiparação da sentença arbitral à sentença judicial:

Ao ser investido na qualidade de árbitro, o indivíduo está conferindo ao julgador competência, prevista e admitida em lei, para apreciar e solucionar a questão posta em toda a sua latitude. Se a investidura nesse cargo tem caráter privado, pois é encarregado de julgar por um cidadão e não pelo próprio Estado, a assunção dessa função e o seu exercício são do interesse estatal, consubstanciando verdadeiro 'munus publicum'; é expressão de caráter público.⁷⁷

Neste sentido, afirma ainda Alexandre Câmara Freitas:

[...] deve-se afirmar que, a meu juízo, a função exercida pelos árbitros é pública, por ser função de pacificação de conflitos, de nítido caráter de colaboração com o Estado na busca de seus objetivos essenciais.⁷⁸

Para a corrente publicista a arbitragem, apesar de sua atuação limitada de acordo com os preceitos legais, atua como uma espécie de substituta da jurisdição estatal, sendo que neste caso, a função dos árbitros é a mesma do juiz, ou seja, resolver divergências e conflitos entre as partes. Segundo Edgar A. de Jesus:

A função do árbitro não é diferente da do juiz, porque ambos julgam, a atividade deles substancialmente não se difere, tanto um como outro conhecem as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes e ostentam poder: a decisão, que proferem um e outro, é obrigatória e vinculante para os contendentes.⁷⁹

A arbitragem é uma forma de administração da justiça semelhante ao processo estatal, e a forma coativa das decisões se funda numa delegação de

⁷⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem Através dos Tempos. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35-67. p. 38.

⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 12.

⁷⁹ JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem: questionamentos e perspectivas**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 85.

poderes soberanos.⁸⁰ O terceiro neutro, imparcial, denominado de árbitro, é chamado pelas partes que lhe conferem o poder para dirimir o conflito, exercendo este verdadeira função jurisdicional⁸¹ que foi autorizada através da Lei de Arbitragem.

Dito de outro modo, para a corrente publicista a arbitragem é uma verdadeira jurisdição privada, outorgada às Partes e ao árbitro pelo próprio ente estatal, como alternativa à forma judicial de solução de conflitos.

Já os civilistas apóiam totalmente a natureza jurídica contratual ou privatista da arbitragem. Sendo ela um acordo de vontades, acordo privado onde as partes compõem suas vontades a um objetivo comum, não teria natureza jurídica processual, mas tão somente contratual. Ademais, as partes retiram do poder estatal a decisão a ser proferida, motivação ainda maior da concepção privatista.

A lei prevê um mecanismo para solução dos problemas decorrentes de uma determinada relação jurídico-obrigacional existente entre seus pares. Tal relação jurídica foi criada, instituída pelas partes de acordo com suas vontades. Assim, a arbitragem vem como um novo acordo de vontades, delegado pela lei, o qual possui princípios e força executória reconhecida pelo direito, só que agora para compor a forma de como deverão solucionar os problemas decorrentes daquele primeiro acordo de vontades.

A face contratual da arbitragem é entendida como uma convenção na qual os poderes dos árbitros são aqueles delimitados pelas parte, podendo-se dizer que a sentença arbitral nada mais é do que manifestação de vontade destas mesmas partes.⁸² Rozane da Rosa Cachapuz consegue delinear a questão da concepção privatista do instituto:

A Arbitragem contratual, na realidade, não é uma instituição jurídica criada pelos legisladores, mas fruto do direito obrigacional. Trata-se da expressão máxima da autonomia da vontade ao permitir que as próprias partes, assim como regulamentaram a formação do seu negócio jurídico, solucionem as suas pendências através da forma e procedimento que melhor lhe aprouver.⁸³

⁸⁰ DÁRIO MOURA VICENTE apud MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 31.

⁸¹ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em Juízo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 121.

⁸² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: Alguns Aspectos do Processo e Procedimento na Lei nº 9.307/96**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000. p. 49.

⁸³ *Ibid.*, p. 50.

Certamente que há natureza contratual na Arbitragem, já que, como todo acordo de vontades instituído pelas partes, e desde que respeitados os limites legais, terá força executória e deverá ser cumprido. Tânia Lobo Muniz destaca que:

Os contratualistas privilegiam a convenção arbitral, na qual as partes designam as diretrizes e o conteúdo da arbitragem, estendendo para o juízo arbitral seus efeitos e retirando fundamento da obrigatoriedade do cumprimento da decisão da própria vontade das partes, não considerando jurisdição por estar despido o juízo arbitral da “*coertio*” e da “*executio*”.⁸⁴

A dialética acerca da natureza jurídica da arbitragem pode durar anos e preencher páginas e páginas de livros dos mais renomados autores. Porém o fato é que este instituto realmente possui características intrínsecas a ambos os institutos concomitantemente. Assim, há dificuldade em considerar a arbitragem como sendo exclusivamente de natureza contratual privada, ou em posição contrária, considerá-la exclusivamente de natureza jurisdicional pública.

De toda essa discussão jurídica infundável sobre o tema, parte da doutrina parece ter encontrado uma solução que se coaduna com a real natureza jurídica da arbitragem, sem que haja necessidade de tomar partido por uma ou outra natureza até então exposta. Entendem que a arbitragem é um instituto que possui natureza jurídica híbrida ou, seja, mescla as naturezas processual e contratual no mesmo instituto.

Devido às características do instituto da arbitragem, não podemos considerar unicamente o aspecto contratual ou o jurisdicional. Em posição conciliadora surge a noção da natureza jurídica híbrida, apresentando aspecto contratual em sua primeira fase, em razão da convenção arbitral que lhe dá nascimento, e jurisdicional na segunda, vista como forma privada de dizer o direito, fazer a justiça, solucionar o litígio, através de uma atividade ordenada para tal fim, que se dá com a instalação e desenvolvimento do juízo arbitral e, principalmente ante sua natureza pública, por decorrer de lei a possibilidade de sua utilização, a criação do órgão arbitral (com função e competência próprios) e os efeitos da sentença arbitral que o encerra.⁸⁵

É certo que a existência da arbitragem no mundo jurídico se dá pela criação legal de tal instituto com a delegação ao árbitro, futuramente escolhido pelas partes, para conhecer da questão e julgá-la, tal como faria o próprio juiz. A lei delega ao

⁸⁴ MUNIZ, op. cit. p. 35.

⁸⁵ MUNIZ, op. cit. p. 36.

juízo arbitral uma substituição jurisdicional, sendo que a decisão proferida pelo árbitro terá plena validade e eficácia no mundo jurídico. Porém não se efetivará a arbitragem senão por vontade das Partes, ou seja, apesar de já existir o instituto no mundo jurídico, ele somente vincula as Partes caso estas o desejem.

Com isso, pode-se afirmar que a estrutura da arbitragem inicia-se com sua natureza contratual. É a partir da vontade das partes consubstanciadas em um acordo que determina seu estabelecimento. O aspecto jurisdicional se encontra justamente no reconhecimento pelo Estado da liberdade contratual das Partes em optar por esta forma privada de solução de conflitos.

Podemos dizer que a lei cria e dá forma ao órgão, ao juízo e à decisão arbitral, assim como estabelece mecanismos e limitações que assegurem a condução do procedimento, baseado no contraditório, na imparcialidade e no livre convencimento, a participação das partes e a atuação dos árbitros, possibilitando a ação do Judiciário como órgão de suporte, de maneira a proporcionar e permitir ao juízo arbitral o cumprimento de seu fim, uma decisão justa.

Assim, se por um lado temos a autonomia da vontade, presente na convenção arbitral, propiciando a opção pela arbitragem, que privilegia o aspecto contratual, por outro lado temos a instituição e a competência do juízo arbitral e a força coativa, com a participação estatal, de suas decisões que traduzem o aspecto jurisdicional.⁸⁶

Portanto, a questão da natureza jurídica consegue obter fundamentos expressivos, seja na vertente da natureza publicista ou jurisdicional, seja no entendimento de que a natureza é privatista ou contratual, seja mesmo nos motivos persuasivos que fundamentam sua natureza jurídica híbrida.

É certo que a arbitragem tem sua origem inicialmente na natureza jurídica contratual privada, porém a função do árbitro e de sua decisão arbitral, com força de sentença judicial, terão natureza jurídica jurisdicional e pública.⁸⁷

Apesar disso, a discussão sobre a natureza jurídica do instituto não pode ofuscar o maior benefício que traz às questões sociais, que é a possibilidade de se obter soluções rápidas e eficazes dentro de um prazo mais condizente com as necessidades das Partes litigantes.

Seja qual for a natureza jurídica da arbitragem, e independentemente dela,

⁸⁶ MUNIZ, op. cit. p. 38.

⁸⁷ TARGA, op. cit. p. 119.

deve-se focar no desenvolvimento e estudo do instituto para que sua divulgação seja feita no sentido de ajudar o Estado em sua derradeira função de prover justiça a todos. Neste aspecto bem ensina Carlos Alberto Carmona:

O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a idéia contratualista do instituto, outros preferindo seguir idéias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentar conciliar as duas outras correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de tal sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. Não há tratado, manual, tese ou monografia – refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nos últimos 5 (cinco) anos – que não tenha desafiado o assunto, explorando filão que já se esgotara nas duas últimas décadas do século XX. O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem.⁸⁸

Com isso, não resta dúvidas de que a doutrina poderia passar décadas analisando e expressando seus pensamentos acerca da natureza jurídica da arbitragem, a qual, neste momento, pode-se afirmar, assume tanto aspectos de natureza jurídica contratual, como aquelas decorrentes da jurisdição estatal.

Respeitados os posicionamentos jurídicos divergentes, parece ser mais adequada a solução de natureza jurídica híbrida do instituto. Tal escolha não se dá por simples fuga à necessidade de escolher uma de suas características mais relevantes e ter que defender uma posição, que parece ser mais fácil e cômodo do que argumentar a própria escolha por um ou outro entendimento. Pelo contrário. Realmente é inconteste que a arbitragem assume características contratuais e jurisdicionais simultaneamente, e que dão ao instituto essa natureza mista.

Mas talvez não caiba aqui tentar somente esclarecer os pontos controvertidos e a melhor opção para a natureza jurídica da arbitragem, mas sim, e

⁸⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47.

especialmente, entender o objetivo maior do instituto bem como suas qualidades, e que além de tudo pode ser uma forma de solução até mesmo ao Poder Judiciário que passa por uma crise e não consegue suprir de maneira satisfatória as demandas que recebe todos os dias.

A arbitragem não é a solução de todos os males e problemas enfrentados pelos cidadãos para acesso à justiça hoje no Brasil, mas pode sim colaborar com o Estado no seu ideal de justiça, na medida em que muitas das lides que hoje se encontram para julgamento pelo judiciário, poderiam estar sendo julgadas por árbitros, obtendo resultados com a mesma eficiência, senão maior.

Independentemente da definição de qual seja a sua verdadeira natureza jurídica, o fato é que sob o ponto de vista prático, que é o que realmente importa, a arbitragem é uma forma de solução de conflitos que cumpre com seu papel, a qual pode absorver muitos casos que vão para o Poder Judiciário sem expectativa do tempo de resposta, e dar a estes litígios uma solução justa e segura.

4 DO JULGAMENTO PELA ARBITRAGEM

4.1 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Antes de iniciar a análise sobre a composição do tribunal arbitral, necessário se faz definir quem poderá ser árbitro. O art. 13 da Lei 9.307/96 dispõe que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.⁸⁹ Conforme se extrai do texto legal, qualquer pessoa poderá ser árbitro, desde que esteja em plena capacidade civil e que tenha a confiança das partes.⁹⁰

Uma das dúvidas que recai sobre a questão de quem poderá ser árbitro é se estes precisarão, definitivamente, ser advogados ou bacharéis em direito, ao que a resposta é não. O árbitro não precisa ser necessariamente formado em direito para exercer esta função. Pelo contrário, deve ter conhecimento e técnica na matéria sobre a qual recai o litígio, conforme ensinamentos de Joel Dias Figueira Júnior:

A indicação recairá, isto sim, em pessoa ou pessoas detentoras de conhecimento técnico ou científico determinado e necessário à solução dos conflitos, sendo ou não bacharéis em direito. Poderão ser engenheiros, médicos, bioquímicos, farmacêuticos etc. Tudo dependerá da natureza do conflito instaurado. Contudo, se as partes resolverem não optar pela indicação de uma entidade arbitral que se encarregaria da nomeação dos árbitros dentre aqueles integrantes de seu corpo de julgadores, mas pela escolha comum de seu árbitro ou árbitros, é de bom alvitre que pelo menos um dentre eles seja detentor de sólida formação jurídica, reconhecida cultura e saber, experiente, operoso e detentor da confiança de ambas.⁹¹

Conforme ressalta o próprio autor, embora o árbitro deva ser pessoa detentora de conhecimento técnico e científico acerca da questão em discussão pelas partes, é de boa conduta que haja um bacharel em direito, seja como árbitro ou apenas como auxiliador do andamento do processo arbitral, para que possa cumprir com todas as regras de direito estipuladas em lei, a fim de que a sentença arbitral não seja futuramente objeto de ação de nulidade por falta de cumprimento de

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

⁹⁰ SILVA, De Plácido e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. 2º v. Rio de Janeiro: Guáira, 1941. p. 1054.

⁹¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 197.

requisitos legais, para os quais o advogado certamente será um ótimo orientador.

Rozane da Rosa Cachapuz ao escrever acerca da escolha do árbitro leciona: “entende-se que é necessário algum conhecimento de direito, tendo em vista que ele é considerado juiz de fato e de direito e sua decisão não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”.⁹²

A escolha do árbitro será totalmente livre entre as partes litigantes, não havendo quaisquer critérios estabelecidos para sua escolha, além da plenitude da capacidade civil e da confiança das partes⁹³. Poderá haver, assim, a escolha pelas partes do árbitro ou árbitros, ou a escolha de uma entidade arbitral.

Neste aspecto é importante diferenciar a chamada arbitragem *ad hoc* da arbitragem institucional. A arbitragem *ad hoc* é aquela na qual as partes fixam as regras e formas em que o processo arbitral será conduzido naquele caso específico. O procedimento arbitral não seguirá as regras de uma instituição arbitral, mas as disposições fixadas pelas próprias partes, ou na ausência de disposição o procedimento será aquele determinado pelo árbitro.

Na arbitragem *ad hoc* são as partes que definem os árbitros, o número de árbitros e a substituição dos mesmos, caso seja necessário. Com isso, caso queiram seguir determinado rito, determinado procedimento, é necessário que elas próprias definam as regras de processamento da arbitragem em caso de eventual futuro litígio.

Porém é comum também que as partes designem, na convenção arbitral, determinado órgão arbitral, instituição arbitral ou entidade especializada para solução de conflitos através da arbitragem. Neste caso, a própria entidade que indicará os árbitros ou árbitro para julgamento da lide, sendo que serão seguidos os procedimentos estipulados por aquele órgão para processamento e julgamento do caso. José Cretella Neto, ao comentar o art. 16 da Lei, delimita os possíveis inconvenientes no caso da arbitragem *ad hoc*:

O presente dispositivo evidencia mais uma vez a conveniência de as partes estabelecerem, desde logo, que a arbitragem será

⁹² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: **Âmbito Jurídico**. Rio grande, 35, 01/12/2006 (Internet). Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432. Acesso em 28/08/2007.

⁹³ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: Alguns Aspectos do Processo e Procedimento na Lei nº 9.307/96**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000. p. 114.

‘institucional’, pois, as entidades que promovem costumeiramente a arbitragem dispõem de procedimentos consagrados para resolver as situações referidas no ‘caput’ do art. 16, ou seja: a) escusa do árbitro, antes da aceitação da nomeação; b) falecimento do árbitro, após a aceitação; c) impossibilidade e o árbitro nomeado atuar, após ter aceitado a nomeação; e d) recusa. [...] Se a arbitragem for ‘ad hoc’, e tiver sido previsto substituto para o árbitro, no compromisso, tanto melhor: outro árbitro será nomeado e a arbitragem prosseguirá. No entanto, poderá surgir impasse, caso inexista essa previsão e as partes não tenham indicado a instituição que promoverá a arbitragem.⁹⁴

Portanto, chama-se atenção para o fato de eventual omissão ou falta de determinadas previsões na arbitragem *ad hoc* que poderia trazer certos inconvenientes e até mesmo constranger a viabilidade da opção arbitral, sendo que no caso de escolha da arbitragem institucional, a própria instituição já prevê procedimentos e forma de resolver estes tipos de situações.

Em relação ao número de árbitros a julgar a demanda, poderão as Partes eleger que apenas um árbitro julgará a questão ou então, que um corpo de árbitros comporá um tribunal arbitral para processamento e julgamento do objeto litigioso. Ocorre que se as Partes determinarem que um colégio de árbitros estarão aptos ao julgamento do problema, para que não ocorra qualquer possibilidade de empate na decisão, é necessário que este tribunal arbitral seja composto por, no mínimo, três árbitros. Assim, se dois deles julgarem em sentidos opostos, o terceiro poderá definir a demanda emitindo seu voto a favor de uma das outras duas decisões.

Com isso, a nomeação poderá recair sobre um único árbitro ou sobre um número maior de árbitros, sendo que neste caso será sempre um número ímpar⁹⁵, podendo as partes, ainda, definir ou não suplentes. Em tese a nomeação se dá de um árbitro para cada uma das partes, que escolhem alguém de sua confiança e que tenha conhecimento aprofundado sobre a matéria a ser discutida, sendo que é de praxe estabelecer-se que o terceiro árbitro, o desempatador, será escolhido de comum acordo pelos outros dois árbitros já nomeados, conforme dispõe o art. 13, §2º da Lei 9.307/96.⁹⁶

⁹⁴ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 85.

⁹⁵ FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 276.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

Formado o tribunal arbitral, os seus membros elegerão, dentre si, aquele que assumirá a figura do presidente do tribunal. Caso não haja consenso entre eles a este respeito, a lei define que o presidente será o mais idoso⁹⁷ dentre eles. O árbitro presidente poderá designar um secretário para assessorar a realização dos procedimentos arbitrais, dependendo do caso concreto, sendo que um dos próprios árbitros poderá assumir tal função, conforme dispõe o art. 13, parágrafo 5º da lei.⁹⁸

Poderão os árbitros, no desempenho de suas funções, designar profissionais competentes como assessores, contratar técnicos para a realização de perícias ou prestação de esclarecimentos, ou ainda executar questões administrativas referente ao processamento da arbitragem em si. Todas estas despesas, entretanto, serão custeadas pelas partes litigantes, sendo que os árbitros poderão solicitar adiantamento das verbas necessárias ao cumprimento destas diligências, visto que são de cunho fundamental para que possa haver o julgamento posterior dos casos.

Em que pese as questões sobre a imparcialidade e independência dos juízes, os árbitros também devem cumprir estes requisitos quando houver um litígio para o qual as partes estipulem solução através da arbitragem. Com isso, os árbitros não podem incorrer nas exceções de impedimento e suspeição. Aos árbitros, portanto, aplicam-se subsidiariamente os artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil⁹⁹, regras destinadas aos juízes togados, mas que são causas de impedimento e/ou suspeição dos árbitros, gerando a nulidade da sentença arbitral.

O impedimento e suspeição, caso haja, poderão ser alegados na primeira oportunidade que a parte tiver para se manifestar no processo, e deverá ser devidamente fundamentada e instruída com as provas que se pretenda produzir oportunamente.¹⁰⁰ Aceita a exceção, haverá afastamento do árbitro e substituição pelo suplente, caso as partes o tenham indicado.

Não havendo suplente, serão aplicadas as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, caso haja. Não havendo órgão arbitral determinado, e não tendo as partes nada disposto a respeito na Convenção de Arbitragem ou compromisso arbitral, e se não chegarem a um acordo comum,

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ CACHAPUZ, op. cit. p. 127.

¹⁰⁰ MUNIZ, op. cit. p. 107.

poderão levar a solução para a jurisdição estatal, conforme impõe o artigo 7º da Lei.¹⁰¹

Caso o árbitro não aceite a recusa pela exceção, por alegação de impedimento ou suspeição, o processo seguirá seu trâmite normalmente, entretanto, a decisão proferida pelo árbitro poderá, eventualmente, ser objeto de ação declaratória de nulidade de sentença arbitral, nos termos do art. 20, parágrafo 2º, combinado com o artigo 33 da Lei de Arbitragem.¹⁰² À regra de competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência dá-se o nome de *Kompetenz-Kompetenz*.¹⁰³

Também poderá haver escusa pelo próprio árbitro nomeado em aceitar o exercício da função em determinado assunto. A diferença entre a escusa e a recusa é que nesta última há recusa do árbitro, por qualquer das partes, por determinado motivo comprovado, sendo que na escusa, é o próprio árbitro que se recusa no arbitramento da causa. Embora sejam duas situações distintas, o resultado acaba sendo o mesmo.

Caso o nomeado não se escusar, aceitando, portanto sua função de árbitro, uma recusa posterior somente poderá acontecer por motivo ou fato ocorridos após sua nomeação, ou se por motivo anterior à sua nomeação, no caso de não ter sido a parte quem o nomeou diretamente, ou ainda, se o motivo da recusa chegar ao conhecimento da parte somente depois de ocorrida a nomeação, nos termos do disposto no parágrafo 2º do artigo 14 da Lei 9.307/96.¹⁰⁴

As pessoas indicadas a exercer a função de árbitro em determinado litígio, sejam determinadas pelas próprias partes ou por instituição arbitral escolhida na convenção de arbitragem, possuem a obrigação de revelar, antes de aceitarem a função, qualquer fato que possa acarretar dúvida quanto à sua imparcialidade e independência.¹⁰⁵

Isso quer dizer que é um dever do árbitro, e não apenas mera faculdade, revelar às partes todo e qualquer fato de caráter objetivo ou subjetivo que possa

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ CACHAPUZ, op. cit. p. 123.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ MUNIZ, op. cit. p. 109.

prejudicar sua atuação como árbitro em determinado caso concreto, sob pena inclusive de incorrer em crime de responsabilidade, já que o árbitro equipara-se ao funcionário público¹⁰⁶ quando no exercício de suas funções ou em razão delas, conforme dispõe artigo 17 da Lei de Arbitragem¹⁰⁷, sendo que além da infração penal, as decisões proferidas serão consideradas absolutamente nulas, de acordo com o artigo 32, II e VI da referida Lei.¹⁰⁸

Caso ocorra o falecimento do árbitro, ou qualquer outro acontecimento que o impossibilite ao exercício de seu papel de árbitro, inclusive questões que o tornem impedido ou suspeito mesmo após o início do procedimento arbitral, este será imediatamente substituído na forma do que dispuser a Convenção Arbitral, ou caso não haja disposição sobre isso na convenção, a questão será resolvida nos termos do artigo 16, parágrafos 1º e 2º da Lei de Arbitragem.¹⁰⁹

Conforme já anteriormente disposto, para fins de responsabilização, os árbitros no exercício de suas funções, equiparam-se a funcionários públicos, podendo enquadrar-se nos tipos criminais que são próprios dos funcionários públicos, quais sejam, peculato, concussão, corrupção, dentre outros. Também são equiparados aos juízes togados para fins de responsabilização civil.

Isso acontece porque os árbitros exercem verdadeira jurisdição privada que lhes é conferida pela Lei 9.307/96, agindo em nome do Estado, como juiz de direito, para julgar, no âmbito da iniciativa privada, aqueles casos em que as partes entendem ser a arbitragem a melhor forma de solução de seus conflitos, e tal como os juízes, respondem igualmente nos termos da legislação civil e criminal vigentes.

4.2 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO NA ARBITRAGEM

Diferentemente da jurisdição estatal, a lei de arbitragem, no artigo segundo, prevê que as partes poderão optar pela forma a ser adotada pelo árbitro para a resolução da lide, sendo que o julgamento poderá ser por equidade¹¹⁰ ou por direito,

¹⁰⁶ MUNIZ, loc. cit.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. Aplicação do Direito Positivo. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**. V. 7, São Paulo: Saraiva, 1981. p. 202.

prestigiando mais uma vez a autonomia privada das partes contratantes.

No processo judicial comum, as partes não possuem autonomia para escolher a forma de julgamento, já que todos os processos serão julgados por direito, sendo que a figura da eqüidade também existe, no entanto, somente poderá ser utilizada pelo julgador no caso de inexistência de lei que se enquadre no caso concreto a ser julgado.

Com isso, a arbitragem por eqüidade é pautada no julgamento através do bom-senso, ou seja, ao árbitro é permitido o julgamento exclusivamente através das normas livremente escolhidas pelas partes, ou até mesmo pelos próprios árbitros, permitindo-se a utilização dos princípios gerais de direitos, dos usos e costumes desde que respeitada a ordem pública e os bons costumes, de acordo com interesses e valores contidos no sistema jurídico.¹¹¹

Conforme ensina Paulo César Teixeira:

Eqüidade é a justiça aplicada ao caso concreto, o poder que tem o árbitro de prolatar uma decisão estando descompromissado com o rigorismo da lei escrita e mais atento ao que lhe parecer justo para ser aplicado ao caso examinado. Pode ser entendida como plena liberdade de consciência e desvinculação com as normas jurídicas no momento de prolatar-se uma decisão.¹¹²

Carlos Alberto Carmona, neste mesmo sentido, traz seus ensinamentos acerca da eqüidade:

Em outros termos, sendo a norma abstrata, criada para reger fatos-tipos, pode acontecer que em dado caso concreto ocorra circunstância que o legislador não havia previsto, tornando a incidência da norma injusta e inadequada. É nesta hipótese que atuaria a eqüidade, autorizando o legislador a mitigar a severidade da norma. Assim, quando autorizado a julgar por eqüidade, o julgador pode com largueza eleger as situações em que a norma não merece mais aplicação, ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma envelheceu e não acompanhou a realidade, ou porque a aplicação da norma causará injusto desequilíbrio entre as partes.¹¹³

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 429 seq.

¹¹² TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à lei 9.307, de 23.09.93**. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 67.

¹¹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 76.

Paulo Furtado e Uadi Lammêgo identificam a eqüidade como uma vantagem oferecida ao árbitro na arbitragem, em detrimento dos processos judiciais convencionais, já que na arbitragem, se assim for o desejo das partes, o árbitro poderá solucionar livremente a pendência entre elas, desligando-se do ordenamento jurídico quando a necessidade assim exigir.¹¹⁴

Quanto a este aspecto, poderá o árbitro decidir em sentido contrário ao indicado na lei positiva, o que não quer dizer que ele deva necessariamente julgar se afastando do direito positivo. Ao conceder ao árbitro poderes para julgar por eqüidade, ainda assim este poderá julgar pelo direito, por considerar mais adequada a solução dada pela lei naquele caso concreto.¹¹⁵

Esta segunda espécie de arbitragem (por eqüidade) caracteriza-se exatamente por permitir ao árbitro se libertar dos grilhões da legalidade estrita, devendo dar à causa a solução que, a seu juízo, represente a justiça do caso concreto.¹¹⁶

A eqüidade possibilita ao julgador utilizar-se de princípios de valoração, probidade e justiça distintos daqueles esculpidos nas normas legais, dos quais poderá utilizar-se livremente para fazer julgamento, de acordo com o que lhe parecer mais adequado e justo. O princípio da eqüidade acaba por moderar ou modificar a aplicação da lei quanto ao seu excessivo rigorismo, o que poderia ser injusto.¹¹⁷

Importante ressaltar que a opção pela decisão por eqüidade deverá estar expressa no compromisso arbitral, dispondo que o árbitro poderá adotar as regras definidas pelas partes para julgamento da lide, ou então, regras elaboradas pelas partes em conjunto com o árbitro durante o procedimento arbitral e antes do julgamento. Caso não haja expressa disposição sobre a utilização da eqüidade para julgamento, adotar-se-á a arbitragem de direito.

A limitação imposta é importante para manter a segurança jurídica das decisões proferidas, já que as partes deverão informar se querem ou não que o julgamento se dê através da eqüidade:

A possibilidade de aplicação da eqüidade depende de manifestação

¹¹⁴ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-09-1996**. 2^o ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 29.

¹¹⁵ CARMONA, op. cit. p. 77.

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 22.

¹¹⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 180.

das partes, mas sua permissão não os obriga a proceder ao julgamento de tal forma nem autoriza aos árbitros violarem a ordem pública. Se acharem que a ordem jurídica coincide com a equidade, poderão aplicá-la.¹¹⁸

Aduz-se que a decisão por equidade deverá estar sempre expressamente autorizada pelas partes no exercício de sua autonomia privada, sendo que o limite de aplicação da equidade esbarra nos bons costumes e na ordem pública.¹¹⁹

O que fica muito claro na arbitragem, como já se ressaltou anteriormente, é a livre vontade das partes em poder manifestar seus desejos de como será realizado o julgamento e composição em cada caso. A autonomia privada é tamanha, na arbitragem, que até mesmo as normas a serem utilizadas para julgamento podem ser escolhidas pelas partes. Porém há uma ressalva legal em relação à livre escolha das normas a serem utilizadas, já que em nenhuma hipótese serão admitidas regras que violem a ordem pública e os bons costumes.¹²⁰

Caso as normas escolhidas pelas partes para julgamento da lide acabem por violar tais certames, ao perceber o inadequado, o próprio árbitro poderá declarar que aquela escolha será inócua para o caso concreto, e aplicar as normas que entender necessárias e pertinentes, buscando sempre a validade e eficácia da decisão arbitral.¹²¹

Uma escolha desacertada sobre a forma de decisão a ser aplicada na arbitragem não implicará necessariamente na invalidade da sentença arbitral, caso o árbitro perceba tal aspecto antes de realizar o julgamento.

Portanto, na arbitragem de direito o árbitro está obrigado a utilizar-se das normas do direito positivo para resolver o litígio, enquanto que na arbitragem por equidade o árbitro poderá decidir livremente de acordo com seu convencimento, seu próprio sentimento de justiça, eximindo-se do formalismo da lei. Independentemente da norma utilizada para julgamento, a decisão proferida tem força de título executivo e faz coisa julgada¹²², nos termos do art. 31 da Lei 9.307/96.¹²³

¹¹⁸ MUNIZ, op. cit. p. 93.

¹¹⁹ STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998. p. 22.

¹²⁰ MUNIZ, op. cit. p. 125.

¹²¹ CARMONA, op. cit. p. 43.

¹²² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: **Âmbito Jurídico**. Rio grande, 35, 01/12/2006 (Internet). Disponível em:

4.3 CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM

A estipulação da arbitragem será acordada em Convenção de Arbitragem, que poderá ser realizada através da Cláusula Compromissória ou do Compromisso Arbitral:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter à 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.

[...]

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.¹²⁴

Para os fins das disposições existentes na Lei de Arbitragem a expressão Convenção de Arbitragem significa todo e qualquer acordo através do qual duas ou mais partes resolvem submeter seus litígios para solução por um ou mais árbitros, sendo que a convenção de arbitragem engloba tanto a cláusula compromissória ou cláusula arbitral, quanto o compromisso arbitral.

Embora cada um destes instrumentos tenha formas distintas, ambos podem ser utilizados para a instituição da arbitragem como meio de solução de controvérsias.

A cláusula compromissória estipula que se houver conflito entre as partes, decorrente de determinada contratação, convênio ou acordo, este litígio será resolvido por árbitros. Esta cláusula, em regra redigida no próprio contrato, estipula algo que está sempre no futuro, vinculada a um acontecimento futuro e incerto. Sua efetividade prática somente irá ocorrer caso venha a existir um conflito entre as partes.

Já o compromisso arbitral possui sua existência condicionada à ocorrência do conflito. A interpretação do artigo 9º pressupõe que o compromisso arbitral

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432.

Acesso em 28/08/2007.

¹²³ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

somente existirá quando ocorrer um litígio, e neste caso, se as partes optarem por encaminhar tal litígio a julgamento pela arbitragem, devendo, portanto, firmarem o compromisso arbitral estipulando as regras do julgamento.

Para que haja um compromisso arbitral não se exige, necessariamente, que tenha havido uma previsão anterior da opção pela arbitragem numa cláusula compromissória, podendo as partes, na iminência do conflito, durante sua existência e até mesmo durante uma ação judicial, acordar o compromisso arbitral por entenderem que é a melhor forma para solucionar seus litígios.

Por outro lado, a cláusula compromissória, embora obrigue as partes ao julgamento do conflito pela arbitragem, geralmente não é suficiente para que o procedimento arbitral se processe, já que é no compromisso arbitral que são inseridos os elementos mais importantes a serem considerados durante um julgamento.

A cláusula compromissória, embora tenha o mesmo objetivo final do compromisso arbitral, dele se distingue em alguns aspectos. A cláusula compromissória ou *pactum de compromittendo*¹²⁵, como também é chamada, é um acordo adjeto que possui autonomia em relação ao próprio contrato em que está inserida.

Esta cláusula passa a existir no mesmo momento em que nasce o contrato inicial, já para resguardar a forma de solucionar os eventuais conflitos advindos no futuro do mesmo, e sua previsão legal se encontra no artigo 853 do Código Civil vigente: “Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.¹²⁶

De outro lado o compromisso é um próprio contrato, no qual as partes se obrigam a remeter o conflito para julgamento de árbitros.¹²⁷ Pressupõe um contrato realizado de acordo com todas as normas e princípios contratuais, devendo haver o cumprimento dos requisitos legais para sua elaboração. O compromisso é, em regra, realizado especificamente para um determinado caso, geralmente no momento de ocorrência do conflito.

¹²⁵ MUNIZ, op. cit. p. 86.

¹²⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

¹²⁷ MUNIZ, op. cit. p. 92.

Parte da doutrina afirma que a principal diferença entre os dois institutos é que a cláusula compromissória arbitral diz respeito a litígio futuro e incerto e o compromisso arbitral refere-se a litígio atual e determinado.¹²⁸ Passa-se então ao estudo mais detalhado do que seja a cláusula compromissória e do compromisso arbitral.

4.3.1 Cláusula Compromissória

Cláusula compromissória ou, cláusula arbitral, como também é conhecida, pode ser entendida como a convenção na qual as partes concordam em socorrer-se da via arbitral na ocorrência de um conflito, ao invés de levar o problema para solução por um processo judicial convencional.

Normalmente os contratos trazem uma cláusula de eleição de foro judicial competente para resolver um litígio decorrente de um contrato. A cláusula compromissória é igual a uma cláusula de eleição de foro, mas que ao invés de eleger um foro de determinada comarca para conhecer do assunto controvertido, determina que o problema seja resolvido pela arbitragem *ad hoc* ou institucional.

Alexandre Freitas Câmara entende que a cláusula compromissória é "um contrato preliminar, ou seja, uma promessa de celebrar o contrato definitivo, que é o compromisso arbitral".¹²⁹ Porém, cumpre ressaltar que nem sempre a cláusula compromissória será apenas um contrato preliminar como se verá no sexto capítulo desta dissertação.

Uma das vantagens da cláusula compromissória é a sua autonomia em relação ao contrato no qual está inserida, de forma que a nulidade do contrato não importa em nulidade da cláusula compromissória, podendo o árbitro inclusive ser chamado a julgar questão referente à própria nulidade do contrato que previu a arbitragem, permanecendo a cláusula compromissória válida e eficaz. Segundo Washington de Barros Monteiro:

A cláusula compromissória ('pacto de compromittendo') constitui apenas parte acessória do contrato constitutivo da obrigação; é a cláusula pela qual as partes, preventivamente, se obrigam a submeter-se à decisão do juízo arbitral, a respeito de qualquer

¹²⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: Alguns Aspectos do Processo e Procedimento na Lei nº 9.307/96**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000. p. 90.

¹²⁹ CÂMARA, op. cit. p. 28.

dúvida emergente na execução do contrato.¹³⁰

A cláusula compromissória tem como requisito de validade que seja sempre realizada por escrito. Poderá ser feita no próprio instrumento contratual firmado entre as partes ou em instrumento apartado¹³¹, porém desde que por termo escrito.¹³² Em relação aos contratos de adesão, a cláusula compromissória somente terá validade se o aderente concordar expressamente com esta, inserindo sua assinatura onde estiver a previsão, conforme já salientado no terceiro capítulo deste estudo.

Existindo a cláusula compromissória, e caso surja o conflito por ela previsto, quaisquer dos interessados poderá convocar o outro a se sujeitar à arbitragem, por via escrita ou por qualquer meio de comunicação, desde que se possa comprovar o recebimento pelo notificado, indicando-lhe dia, hora e local para ser firmado o compromisso arbitral. No caso da arbitragem institucional, serão obedecidos os procedimentos previstos pela instituição para a convocação das partes à arbitragem.

A cláusula compromissória obriga as partes a celebrarem o compromisso arbitral, quando necessário. Caso haja recusa de uma das partes para tanto, a outra parte terá direito de recorrer à justiça comum para garantir seu direito de cumprimento daquela cláusula, ou seja, de cumprir-se a instauração do juízo arbitral.¹³³

Caso o convocado, após devidamente notificado, não se apresentar para firmar o compromisso, ou negar-se à instauração do juízo arbitral, poderá o interessado, através de demanda judicial, obrigá-lo a sujeitar-se à arbitragem. Na primeira audiência deste processo o juiz tentará conciliar as partes a respeito do objeto da disputa, conduzindo-as a voluntariamente firmarem o compromisso arbitral.

Se não houver cooperação entre as partes, o juiz cumprirá a cláusula compromissória, estabelecendo os termos do compromisso arbitral, podendo inclusive nomear árbitro caso as partes não acordem em relação a este aspecto, sendo que a sentença judicial terá efeito de compromisso arbitral. Caso o autor deixe de comparecer à audiência, o juiz extinguirá o processo sem exame de mérito, e

¹³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 4. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 319.

¹³¹ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 85.

¹³² CÂMARA, op. cit. p. 27.

¹³³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 168.

caso o réu não compareça à audiência, o juiz decidirá de imediato a respeito do conteúdo do compromisso, conforme dispõem os parágrafos do art. 7º da Lei de Arbitragem.¹³⁴

4.3.2 Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral é uma outra forma de submeter à arbitragem o julgamento de determinada questão controversa entre as partes, decorrente de um contrato.

O compromisso arbitral também é um acordo entre as partes para renúncia da jurisdição estatal e obrigatoriedade de se levar ao árbitro a decisão de uma questão, podendo o árbitro ser indicado pelas próprias partes convenientes, ou ainda, podem elas atribuir a um terceiro, a quem denominarão de árbitro, a solução das controvérsias entre elas existentes.

Conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 9.307/96¹³⁵ o compromisso arbitral poderá assumir duas formas distintas, quais sejam, judicial ou extrajudicial. O Compromisso é judicial em duas hipóteses. A primeira delas está regulamentada pelo artigo 7º, §§ 1º ao 7º da Lei de Arbitragem¹³⁶, e é quando já existe uma cláusula compromissória no contrato firmado entre as partes, prevendo a realização do compromisso arbitral na ocorrência do conflito.

Ocorre que uma das partes poderá se recusar a firmar o compromisso arbitral. Com isso, a outra parte poderá ingressar com ação judicial requerendo ao juízo convencional o cumprimento da declaração de vontade anteriormente convencionalizada entre as partes, qual seja, solução de litígios através de árbitros.

Neste caso o juiz fará cumprir o estabelecido no contrato, conduzindo as partes a firmarem o compromisso arbitral perante o juízo, da mesma forma que fariam sem sua intervenção, sendo que a decisão judicial proferida sobre a demanda constitui-se em compromisso arbitral.

Também poderia haver o compromisso arbitral durante o processamento

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

judicial de uma causa. Neste caso, as partes, no meio do processo judicial, decidem que o melhor é levarem o seu litígio a julgamento pela arbitragem, e assim, perante aquele juízo, firmam então o compromisso. Essas são as duas formas de compromisso arbitral judicial.

O compromisso arbitral também poderá ser extrajudicial. Neste caso, havendo o conflito, as partes determinarão um termo de compromisso, obrigando-se a levar o problema para solução do árbitro ou árbitros, podendo a avença ser realizada em instrumento público ou particular, subscrita por duas testemunhas, de acordo com o que dispõe o parágrafo segundo do artigo 9º da Lei.¹³⁷

É no compromisso arbitral que deverão constar as regras do processo arbitral. As partes, neste contrato, instituirão todas as normas e aspectos a serem cumpridos para a emissão da decisão arbitral, respeitando-se os princípios vigentes informadores do direito contratual, bem como em consonância com os artigos 10 e 11 da Lei 9.307/96¹³⁸ que definem as cláusulas obrigatórias e facultativas do compromisso arbitral:

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 de 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.¹³⁹

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

¹³⁹ Ibid.

Compromisso arbitral e cláusula compromissória são diferentes na medida em que aquele geralmente é celebrado após o surgimento da controvérsia¹⁴⁰ entre as partes que resolvem, então, submeter a divergência para a apreciação do árbitro ao invés do juiz convencional, renunciando, portanto, ao poder judiciário para a decisão de sua lide.

O artigo 12 da Lei 9.307/96 prevê algumas formas de extinção do compromisso arbitral, que caso venham a ocorrer, extinguirão o compromisso, restando às partes concretizar novo acordo para dispor a forma como desejam que suas diferenças sejam sanadas pelo órgão arbitral, ou então, levar a lide ao poder judiciário para ser julgada na forma convencional, exceto quando sua arbitragem é institucional, e neste caso, a própria entidade possui regulamentos e regras para suprir estas questões.

De acordo com o referido artigo, ficará extinto o compromisso nos casos de escusa por parte do árbitro no julgamento da lide, e ainda em caso de falecimento ou impossibilidade do árbitro, sem que as partes tenham definido substituto para o mesmo, além da possibilidade de não ser emitida a decisão arbitral no prazo determinado pelas partes sem que as partes tenham previsto uma forma de suprir tal falha.

Por isso, é importante que na convenção de arbitragem *ad hoc*, mesmo quando realizada através de cláusula compromissória, haja definição de alguns aspectos para prevenir a extinção do compromisso, tal como ocorrem com as causas previstas no referido preceito legal e que acabam por impedir que as partes se utilizem da arbitragem conforme sua vontade inicial que se torna inócua.

4.4 PROCEDIMENTO ARBITRAL

Como visto no decorrer deste estudo, a arbitragem poderá ser escolhida pelas partes como a única forma de solução de eventuais conflitos que venham a existir entre elas em decorrência de determinada contratação. Havendo o conflito, dar-se-á início ao procedimento arbitral.

¹⁴⁰ CACHAPUZ, op. cit. p. 90.

Não foi estabelecido na lei de arbitragem um procedimento específico a ser obedecido para seu processamento. A lei brasileira, em seu artigo 21, parágrafo primeiro¹⁴¹, permitiu que as partes livremente convencionassem o procedimento arbitral a ser adotado pelos árbitros e, em caso de não estipulação, poderá o árbitro, subsidiariamente, estabelecer a forma de condução do processo.

Desde que respeitados os preceitos da Lei de Arbitragem, o procedimento estabelecido será válido e eficaz entre as partes.

Apesar da livre escolha do procedimento da arbitragem pelos interessados, importa ressaltar que esta liberdade sofre limitação nos princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento¹⁴², conforme dispõe o art. 21, parágrafo segundo¹⁴³. Tais princípios encontram respaldo constitucional, e constituem a garantia de obediência ao devido processo legal, princípio estabelecido no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, que deverá ser respeitado em qualquer forma de processo, seja judicial ou arbitral.

É certo que ninguém será privado de seus bens¹⁴⁴ sem o devido processo legal e o contraditório, e se a regra vale para as questões discutidas pela atuação do Estado em relação aos particulares, não poderá ser julgada pelos particulares em relação aos próprios particulares sem que se cumpram as mesmas premissas. Portanto, independentemente se o processo é judicial ou arbitral, o fato é que o devido processo legal será sempre respeitado. Do devido processo legal decorrem as demais garantias, tais como o contraditório:

Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.¹⁴⁵

Assim, o procedimento deverá obedecer todos os atos determinados pelas partes para o seu processamento, de forma a cumprir com o preceito constitucional

¹⁴¹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

¹⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 294.

¹⁴³ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

¹⁴⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 10.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1999. p. 194.

¹⁴⁵ CINTRA, op. cit. p. 82.

que garante a integridade dos demais princípios.

Também as partes possuem o direito não apenas de falar sobre as alegações do outro litigante, mas também e inclusive de produzir prova contrária.¹⁴⁶ O princípio do contraditório é corolário do princípio do devido processo legal, e está intimamente ligado ao princípio da igualdade entre as partes, já que visa garantir um tratamento igualitário entre os litigantes.

A igualdade é um princípio, uma garantia do processo arbitral que também deve ser cumprida, sob pena de nulidade de todo o processo. Este princípio deve ser entendido como aquele em que as partes são tratadas de forma absolutamente igualitária, sem quaisquer diferenças, regalias ou privilégios, ou seja, igualdade formal, já que a igualdade material implica em tratar os sujeitos de forma desigual, na medida da proporção de suas desigualdades. Porém a igualdade material é tema alheio à arbitragem, já que lei refere-se à situação de tratamento processual idêntico entre as partes litigantes.

Outra condição essencial para a validade da sentença arbitral emitida e de todo o procedimento arbitral é a imparcialidade do árbitro. “A imparcialidade é o princípio basilar do procedimento judicial que se comunica ao árbitro e é diretriz para seu comportamento e conduta durante todo o procedimento”.¹⁴⁷

Isso quer dizer que o árbitro deve analisar com absoluta imparcialidade as causas alegadas pelas partes no processo arbitral, mantendo-se em condição de equidistância das partes e de suas pretensões. Para garantia da imparcialidade do árbitro quaisquer das partes poderão alegar sua suspeição ou causas de impedimento, de acordo com os critérios e na forma estabelecida na lei de arbitragem para tanto.

Também na arbitragem deverá ser respeitado o princípio do livre convencimento do árbitro¹⁴⁸. Este princípio traduz-se no convencimento motivado que o árbitro encontra para o julgamento do caso em comento e possui o mesmo significado daquele previsto no Código de Processo Civil, o qual impõe que a

¹⁴⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 28.

¹⁴⁷ PINTO, José Emilio Nunes *apud* BONILHA, Alessandra Fachada. Ética na Arbitragem: árbitros, advogados e partes. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 14-20. p. 16.

¹⁴⁸ CINTRA, op. cit. p. 68.

formação da convicção se dê através dos elementos presentes nos autos do processo arbitral, sem que possa o árbitro se utilizar de elementos externos, não trazidos ao contraditório, para julgamento da causa.

A fundamentação do árbitro não será limitada apenas ao exame das questões de direito apresentadas, mas também às matérias de fato trazidas a conhecimento do juízo, razão pela qual o princípio do livre convencimento deve ser entendido como o convencimento motivado, fundamentado do árbitro.

Outro princípio que permeia os processos arbitrais é o da conciliação, como não poderia deixar de ser. Segundo preceitua o artigo 21, parágrafo 4º, da Lei 9.307/96¹⁴⁹, compete ao árbitro, independentemente de haver previsão no compromisso arbitral, tentar no início do procedimento o conciliamento entre as partes litigantes.

A arbitragem é instaurada com a aceitação pelo árbitro ou árbitros de sua nomeação. Poderá haver a elaboração de um adendo ao compromisso, caso se vislumbre a necessidade de esclarecimento de alguma questão do pacto de arbitragem que deixou de ser prevista ou faltou maior esclarecimento, inclusive para estabelecer regras que não tenham sido anteriormente determinadas pelas partes ou pelo próprio árbitro.

A lei determina que a alegação de qualquer questão processual, seja incompetência, suspeição ou impedimento, ou ainda qualquer cláusula de nulidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá ser realizada na primeira oportunidade em que a parte puder manifestar-se no feito.

Porém, tal disposição não precisa necessariamente ser entendida como preclusão, já que poderá haver apreciação do tema posteriormente pelo Poder Judiciário em decorrência de eventual ação de nulidade prevista no artigo 33 da Lei de Arbitragem.¹⁵⁰

Durante o processo da arbitragem, na realização de seus procedimentos, não é obrigatório que as partes estejam acompanhadas de seus advogados, podendo estas serem ou não assistidas por um profissional. Ocorre, entretanto, que em decorrência da necessidade de defesa em certos momentos, e até mesmo de

¹⁴⁹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

¹⁵⁰ Ibid.

conferência dos procedimentos adotados e do cumprimento dos princípios envolvidos na arbitragem, as partes acabam por sentirem-se mais seguras quando acompanhadas de seus advogados.

Em relação à fase probatória, o árbitro ou tribunal arbitral possuem amplos poderes instrutórios, podendo de ofício, ou a requerimento das partes, utilizar-se de todos os meios de prova em direito admitidos. Os depoimentos das partes e a oitiva de testemunhas serão realizados em data e local previamente comunicados, sendo que seu conteúdo será reduzido a termo e assinado pelos depoentes e testemunhas.¹⁵¹

A falta de um dos depoentes poderá ser considerada como elemento probatório na sentença, sendo que a falta de testemunhas será suprida pela autoridade judiciária que, mediante solicitação do árbitro e prova da existência da convenção de arbitragem, determinará sua condução coercitiva.

A revelia também está prevista na Lei de Arbitragem, porém aqui os efeitos são distintos daqueles previstos no Código de Processo Civil. Assim, a revelia da parte não impedirá a prolação da sentença arbitral, podendo prejudicar a fase probatória, e, portanto, ter desfavorável a decisão. Poderão as partes, entretanto, estipular efeitos diversos à questão da revelia no compromisso, caso entendam necessário.

Se no curso da arbitragem sobrevier questão referente a direito indisponível e que seja necessário ao exame do litígio submetido à arbitragem, tal questão será levada à apreciação do Poder Judiciário, para, após transitada em julgado a decisão, dar prosseguimento à arbitragem, servindo a decisão judicial como pressuposto para a decisão do processo arbitral.

O árbitro apreciará os fatos e fundamentos jurídicos apresentados pelas partes durante o procedimento, analisará as provas produzidas e julgará a demanda de acordo com o seu livre convencimento, de forma imparcial. A sentença arbitral é o ato que encerra o juízo arbitral com a entrega da solução do conflito.

¹⁵¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 124.

5 A NOVA TEORIA CONTRATUAL E A ARBITRAGEM

5.1 AUTONOMIA PRIVADA: O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE X DIRIGISMO CONTRATUAL

Autonomia significa, em geral, a atividade e poder de dar-se um ordenamento, de dar origem às próprias relações e interesses, o direito que um sujeito possui de se reger por suas próprias leis.¹⁵² Esta autonomia está presente na arbitragem, já que as partes se dão reciprocamente uma alternativa de acesso à justiça, regem as próprias relações e interesses através de um contrato, e determinam como deverá ser resolvido eventual futuro litígio dele decorrente.

Como já verificado no presente estudo a arbitragem possui natureza jurídica mista, pois nasce através de uma convenção privada, bem como se desenvolve em condições mutuamente estipuladas pelas partes, sendo que sua natureza jurisdicional aparece no momento em que o Estado outorga às partes o acesso à justiça privada com funcionalidade jurisdicional, decorrente da formalização de mero acordo.

[...] a arbitragem, em qualquer circunstância, tem natureza contratual-jurisdicional. Assim, antes da jurisdição está o contrato, com princípios que lhe são próprios, notadamente os da boa-fé, da autonomia privada e do equilíbrio contratual.¹⁵³

Portanto, os princípios contratuais vigentes desde o novo modelo de Código Civil, que privilegia os valores culturais aceitos na sociedade em determinadas épocas, o qual se refletiu pelo emprego das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que permitem inesgotáveis interpretações da norma para enfrentar os desafios da contemporaneidade, estão presentes também na arbitragem.

Com isso, necessário se faz o entendimento desta nova postura contratual, já que a arbitragem, como manifestação inequívoca de vontade, realizada através de uma convenção privada, também deverá atender à toda a principiologia contratual vigente. Para o estudo dos contratos, cabe iniciar pela análise do princípio da

¹⁵² BETTI, Emílio. *Autonomia Privata. Novissimo Digesto Italiano*. I, 2, Torino, Utet: 1959. p. 1559 seq.

¹⁵³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Problemas da Arbitragem por Equidade. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 9, Jan-Mar de 2006. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2006, p. 40-61. p. 50.

autonomia da vontade, que até o advento do atual código era a máxima expressão dos fundamentos contratuais.¹⁵⁴

O princípio da autonomia da vontade teve sua origem durante a Revolução Francesa ocorrida na França em 1789¹⁵⁵ que, junto às idéias iluministas que se espalharam por toda a Europa, trazia a concepção de liberdade e igualdade para todos.

No contexto da filosofia individualista e liberalismo econômico presentes no final do século XIX, surge o Código Civil francês que idealizava o atendimento aos interesses da burguesia, que tinham como máxima expressão o exercício da propriedade e a liberdade de contratação.¹⁵⁶

A filosofia do individualismo ensinava que o ser humano é fundamentalmente livre, e, com tanta liberdade, poderá obrigar-se somente ao que quiser. Assim, a partir do momento em que o homem deseja obrigar-se a algo, esta obrigação deve ser entendida como a exata medida de sua vontade, de seu querer, e, portanto, respeitada incondicionalmente. Conforme ilustre frase de Foullièe: “quem diz contratante diz justo”.¹⁵⁷

A ideologia liberal do referido *Codex* colocou o indivíduo como centro do sistema jurídico do direito privado, o qual teria a mais ampla liberdade econômica, da propriedade privada e de contratação, presumindo que cada indivíduo tem capacidade para zelar por seus interesses ao firmar seus compromissos.

Neste aspecto, o contrato, como exercício da vontade apresenta verdadeiro caráter político e ideológico, possibilitando a efetiva circulação de bens, aspecto fundamental aos interesses da classe burguesa.¹⁵⁸

O contrato era a garantia que os burgueses encontraram de transferência dos bens, já que passaram a deter o poder econômico e, com isso, tinham

¹⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.

¹⁵⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 392.

¹⁵⁶ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23 seq.

¹⁵⁷ FOULLIÉE *apud* NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 109.

¹⁵⁸ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 7 e seq.

condições de impor sua vontade.¹⁵⁹ Conforme ensina Fabiana Rodrigues Barletta, “a partir do Código de Napoleão, o contrato ganha enorme importância, pois, através dele, a burguesia encontra o meio de se afastar das estruturas jurídicas feudais”.¹⁶⁰

O princípio da autonomia da vontade foi, então, absorvido pelo direito brasileiro através do Código Civil de 1916, o qual exprimia o excessivo rigorismo formal, com caráter individualista e patrimonial, conforme era a realidade social da época em que foi concebido.

Tanto estas eram as características da sociedade e da economia brasileiras naquela época, que o contrato assumia, única e exclusivamente, a função de conservação da propriedade dos grandes latifundiários, bem como era utilizado como instrumento de circulação de riquezas de uma minoria privilegiada.

Tendo como pano de fundo uma sociedade individualista, preocupada com a manutenção da propriedade, o código civil teria que regulamentar os aspectos que importavam à época de sua concepção. Conforme ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

O Código elaborado por Clóvis Bevilacqua certamente se distingue, em primeiro lugar, pela sua feição nitidamente individualista, expressando a concepção político-filosófica vigorante depois da Revolução Francesa, sendo o homem o centro do mundo e capaz, com a sua vontade e a sua razão, de ordená-lo. Por isso, consagrou o primado da vontade e submeteu os contratantes ao que constava da avença, devendo esta ser interpretada de acordo com a intenção das partes.¹⁶¹

Dito de outro modo, pode-se aduzir a primazia dada ao princípio da autonomia da vontade e o da força obrigatória dos contratos. Cabe ressaltar, ainda, que o princípio da autonomia da vontade é reflexo direto do princípio da igualdade das partes, que, fundadas em uma mesma vontade, resultaria no equilíbrio de interesses das partes contratantes.

Neste contexto de autonomia, a arbitragem nada mais é do que uma de suas mais profundas expressões, já que é natural ao homem e cidadão, como sujeito de direito, poder realizar contratos e convencionar que a solução de eventuais conflitos

¹⁵⁹ VENOSA, loc. cit.

¹⁶⁰ BARLETTA, op. cit. p. 26.

¹⁶¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos. In: **Revista dos Tribunais**, ano 89, n. 775, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18-31. p. 18.

deles advindos serão resolvidos por instâncias distintas do Estado, decorrentes de sua liberdade de contratar.

O princípio da autonomia da vontade é manifestação da liberdade individual e pessoal para contratar ou não contratar, escolher com quem contratar e fixar o conteúdo da contratação, desde que observadas as normas legalmente prescritas.¹⁶²

Portanto, a vontade e liberdade como fundamentos criadores do contrato são elementos caracterizadores do seu modelo clássico, de acordo com os aspectos sociais e econômicos vividos no século XIX, e que restou insuficiente como modelo jurídico após uma nova ordem constitucional instalada.

Cabe ressaltar que a autonomia da vontade e a liberdade de contratar já recebiam determinados limites, sem os quais não se poderia garantir a ordem jurídica. Como consequência do princípio contratual da supremacia da ordem pública, portanto, os pares são livres para contratar o que lhes aprouver, desde que não ofendam a ordem pública e os bons costumes. A liberdade de contratar não pode ser utilizada ao arrepio da lei.¹⁶³

Em que pese a ampla liberdade contratual e autonomia da vontade existentes na celebração de um contrato, tais princípios não podem atingir as leis de ordem pública e os bons costumes, pois a contrariedade aos ditames legais e a ofensa a princípios éticos, conduz as partes a um negócio jurídico ilícito, passível de ineficácia ou mesmo de nulidade.¹⁶⁴

O direito não poderia permitir que a autonomia da vontade fosse tão ampla a ponto de subsistir em contrariedade às normas de ordem pública, pois dessa forma poderia, em determinados momentos, resultar em injustiça, o que está em desconformidade com a propositura do direito. Assim, a autonomia privada possui limitações para coibir arbitrariedades, garantir o equilíbrio do contrato e promover a pacífica convivência social.

¹⁶² LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-74. (Série GVlaw). p. 10.

¹⁶³ TENÓRIO, Oscar *apud* MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 68.

¹⁶⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. São Paulo: AIDE, 1999. p. 17 e seq.

Outro princípio regente do modelo clássico de contrato é o da obrigatoriedade dos contratos, decorrência direta do princípio da igualdade. Preceitua este princípio que, uma vez celebrado o contrato, de acordo com a vontade e liberdade dos contratantes, o vínculo jurídico-contratual se torna obrigatório e imutável, devendo ser integralmente cumprido sob pena de violação da igualdade existente entre os signatários do acordo.

Embora não prevista expressamente na legislação civil, a força obrigatória dos contratos era reconhecida na doutrina e evidente nos fatos sociais, sendo que o seu descumprimento representava não apenas uma infração ao contrato, mas também uma infração moral, tamanha a credibilidade do princípio.

Orlando Gomes, ao tratar do princípio do *pacta sunt servanda* consegue enfatizar a obrigatoriedade e impossibilidade de retratação do acordo de vontade das partes, a não ser no caso de alteração através de novo acordo de vontades:

O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenham de ser cumpridos. Estipula validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades, nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas que somente se permitem mediante novo concurso de vontades.¹⁶⁵

Com isso, uma vez celebrado o contrato, este possuía caráter de imutabilidade e inalterabilidade, independentemente se sua execução pudesse trazer grandes prejuízos a uma das partes em detrimento da outra, já que, apenas uma nova vontade poderia gerar a revisão das cláusulas contratuais previamente estipuladas.

Esta ênfase à obrigatoriedade do cumprimento dos contratos se dá em parte pelo fato de este decorrer expressamente da vontade e liberdade utilizadas pelas partes acordantes, e por outro lado, se justifica na garantia da segurança, do equilíbrio e estabilidade das relações sociais, o que não poderia ocorrer se a qualquer momento pudesse haver revisão das cláusulas contratuais porque uma das partes não previu as implicações que aquele acordo de vontades lhe traria quando do cumprimento do negócio.

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001. p. 36.

Da mesma forma que ocorre nos contratos, a estipulação da arbitragem como meio de solução de conflitos deve ser respeitada pelas partes, pois o respeito ao acordo firmado se configura em preservação da própria liberdade. Eduardo Silva da Silva ensina:

O tema da arbitragem, ao contrário do tratamento que recebe tradicionalmente, integra um dos tópicos mais caros ao Direito Privado. E é assim porque a possibilidade de opção pela arbitragem é decorrência elementar e lógica da faculdade concedida aos particulares de negociar, comercializar e contratar. De nada adiantaria o sistema outorgar liberdades relacionadas à possibilidade de firmar pactos se não permitisse, por outra face da mesma moeda, os instrumentos e a potencialidade de solução dos conflitos que decorrem destes pactos. [...] Estabelecer negócios, por um lado, e resolver conflitos deles decorrentes, por outro, são expressões da mesma autonomia.¹⁶⁶

Conforme se depreende da citação acima, a liberdade de contratar não implica apenas em poder escolher o que contratar, com quem contratar e quando contratar, mas especialmente o poder que as partes possuem de estabelecer a forma de solução de eventual conflito advindo daquela relação jurídico obrigacional.

Porém, os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, das quais decorre o princípio do *pacta sunt servanda* aplicados de forma absoluta, passaram a não mais encontrar guarida diante de uma nova ordem contratual, que decorreu de uma mudança social calcada na valorização da pessoa e na solidariedade social.

O modelo clássico de contrato funcionou muito bem para a época capitalista, de desenvolvimento da economia, que se baseava na manutenção da propriedade, em que os contratos eram firmados entre sujeitos de mesma classe social, sob a égide da igualdade.

Ocorre que a globalização da economia e a contratação em massa não respaldam a negociação de cláusulas contratuais para a harmonização do cumprimento do contrato; não permitem mais uma negociação pessoal para chegar-se às cláusulas contratuais que atendam às necessidades dos contratantes. A sociedade de massas é aquela em que o indivíduo é completamente suprimido pelo

¹⁶⁶ SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 5, Ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52-74. p. 63.

sistema.¹⁶⁷

A população não mais contrata, mas tão-somente submete-se às disposições contratuais. Discussões e negociações dos contratos dão lugar aos contratos de adesão, contratos padrões, contratos de consumo, e outros que sequer são discutidos, como ocorre naquelas contratações de serviços, em que o fornecedor é único, e o consumidor se vê obrigado àquela contratação, como por exemplo, fornecimento de energia elétrica, telefone, TV a cabo, internet, água, dentre outros.

O modelo clássico de contrato não se sustenta isoladamente no novo contexto social onde as partes acordantes são cada vez mais desiguais e distantes. Com isso, um novo direito contratual se fez necessário em decorrência das mudanças sociais, econômicas e jurídicas vividas pela sociedade brasileira desde o advento do modelo liberal oitocentista, para, então, incorporar os aspectos do estado social de direito.

Essa nova ordem contratual instalou-se no país após a Constituição Federal de 1988, e, mais definitivamente, após a vigência do Código Civil de 2002, que rebaixa os clássicos princípios da autonomia da vontade, da liberdade contratual, da obrigatoriedade do contrato, para dar lugar a princípios como o da autonomia privada, da solidariedade social, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, do equilíbrio das prestações contratadas, dentre outros necessários à manutenção da estabilidade social.

É claro que os princípios da liberdade contratual, autonomia da vontade e obrigatoriedade do cumprimento do contrato não foram extintos, porém relativizados em decorrência de princípios maiores e não individualistas.

Em relação ao princípio da autonomia da vontade, expressão máxima da liberdade contratual encontrada no liberalismo do século XIX, percebe-se que não se pode mais falar em Princípio da Autonomia da Vontade, mas sim em Princípio da Autonomia Privada.¹⁶⁸

Enquanto a expressão 'autonomia da vontade' mantém um espectro

¹⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 54.

¹⁶⁸ TARTUCE, Flávio. A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil. **Mundo Jurídico**. Artigo 22 jul. 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 21 de maio de 2007.

preso ao século XIX e aos excessos do liberalismo econômico, a 'autonomia privada' se refere à liberdade que se concretiza em atos e que se legitima pela regularidade com que estes atos ingressam no ordenamento.¹⁶⁹

Essa quebra de paradigma decorrente do dirigismo contratual, como intervenção estatal necessária à socialização do contrato, foi chamada por muitos de decadência ou crise dos contratos, que teve maior influência a partir da segunda metade do século XX.¹⁷⁰

Uma ingerência cada vez maior por parte do Estado no estabelecimento dos conteúdos contratuais, tendo em vista a preservação dos interesses sociais em decorrência da mera pretensão individual dos contratantes, foi elemento essencial para a onda de descrédito que apostava na extinção dos contratos como clássico instituto, que juntamente com a família e a propriedade, constituem-se nos pilares básicos do Direito Civil.

Porém é certo que o instituto continua vivo no ordenamento jurídico, ao lado de outros institutos não menos importantes. Como bem coloca Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

[...] o contrato não morreu. Nem declinou, nem encolheu, nem perdeu espaço, nem poder. [...] tal pessimismo foi claramente desmentido, a significar que o alarde foi exagerado e que a pós-modernidade prescreve a necessidade de novos modelos de realização do direito, estando entre eles, certamente, os novos modelos contratuais que todos os dias se multiplicam, indicando uma fertilidade inesgotável desses paradigmas e o seu verdadeiro e sempre renovado papel de organizador e auto-regulamentador dos interesses privados.¹⁷¹

Com isso, está claro que o contrato não sofreu ou sofre crise ou decadência como asseveram muitos estudiosos. Ocorre que o contrato deve refletir à realidade social em que está inserido, pois de nada adianta contratar se o instrumento jurídico para isso é deficitário, ineficiente, e não dará a necessária garantia às partes nas contratações, que é o seu principal objetivo.

Pelo contrário, o contrato se transmuda de acordo com a necessidade

¹⁶⁹ SILVA, op. cit. p. 57.

¹⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>. Acesso em: 05 ago. 2007.

¹⁷¹ Ibid.

econômica, jurídica e social que refletem na sociedade a cada momento, e ele deve ser assim, um instrumento capaz de assumir as funcionalidades de cada época, para nunca cair no desuso. O contrato deve sempre refletir uma realidade exterior a si próprio, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente ao qual cumpre, de diversas maneiras, uma função instrumental.¹⁷²

Cabe ressaltar este fenômeno, ainda nas palavras de Giselda Hironaka:

Mudam os fatos, mudam os homens, muda a realidade social, altera-se, por forma da conseqüência, a arquitetura jurídica subjacente. Mas o contrato é sempre o contrato, afinal. Sob o paradigma simplesmente individualista da burguesia revolucionária francesa, ou sob o paradigma de consagração dos princípios contratuais como princípios próprios da ordem natural, ou sob o paradigma meramente dogmático de conformação do direito com a lei, o contrato muda de feição e atende aos interesses jurídicos dos contratantes de cada época. Até que se mostre, a cada época, como insustentável ou deficiente, quanto então ele se remoldura e busca readequação, para prosseguir como o que sempre fundamentalmente foi: um instrumento essencial da organização social.¹⁷³

A autonomia privada recebe então, algumas limitações, assim como ocorre com a liberdade contratual, do objeto a ser contratado, o qual deverá estar em consonância com as normas de ordem pública, tais como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, dentre outras.

Faz-se aqui necessário distinguir a diferença entre liberdade contratual e liberdade de contratar. A liberdade contratual é aquela decorrente de contratar o que quiser, ou seja, refere-se ao objeto do contrato que deverá respeitar os ditames dos bons costumes sem ferir a ordem pública e demais mandamentos impostos pelo Estado, na certeza de que não haverá opressão da ordem social em detrimento dos interesses individuais dos contratantes.

A liberdade de contratar é aquela que todas as pessoas possuem, sem qualquer restrição, de acordo com sua exclusiva vontade e necessidade. A única limitação à liberdade de contratar refere-se ao agente capaz, pois a pessoa incapaz ou relativamente capaz, se contratar, poderá viciar o negócio jurídico realizado, tornando-o passível de anulação ou nulidade.

¹⁷² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 7.

¹⁷³ HIRONAKA, loc. cit.

Se o contrato não está em crise e continua sendo o instrumento jurídico adequado a regulamentar as contratações realizadas entre as partes, há que se reconhecer que a instituição da arbitragem, gerada não pelas regras do Estado, mas sim das próprias partes envolvidas, determina a consonância de interesses e aproxima as partes para uma justiça comum, com liberdade, autonomia e responsabilidade, sem ofender aos princípios sociais do Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser obrigatoriamente cumprida.

5.2 CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM E A AUTONOMIA PRIVADA

A Convenção de Arbitragem, seja na forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral prestigia enormemente o princípio da autonomia privada, já que as partes manifestam sua vontade de excluírem da apreciação do Poder Judiciário eventual litígio decorrente de uma contratação.

Cabe ressaltar que a vontade, neste caso, recebe os limites legais aos quais todos os demais contratos estão adstritos, como é o caso da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da ordem pública e dos bons costumes. Também a arbitragem como já salientado, somente poderá recair sobre controvérsias que versem acerca de direitos patrimoniais disponíveis.

Conforme elucida Mauricio Corrêa:

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.¹⁷⁴

Selma Ferreira Lemes também destaca a vontade exercitada através da autonomia privada como o cerne fundamental para viabilização da arbitragem:

O Princípio da Autonomia da Vontade é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes, desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de conflitos (art. 1o), até como será desenvolvido o procedimento arbitral, no que pertine à forma de

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7 Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Brasília, 13 de junho de 2002. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, Ementário nº 2085-2, 04 out. 2002.

indicação dos árbitros (art.13), seja material ou formal, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública (art. 2o, §§ 1o e 2o); se a decisão será de direito ou por equidade (art.2o); eleger a arbitragem institucional (art.5o); prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral (arts. 11, Inciso III e 23) [...].¹⁷⁵

O princípio da autonomia privada é consagrado em toda a sua extensão como forma de estabelecer a vontade das partes de contratar, com quem contratar, e o que contratar, e livremente disporem de seus direitos e obrigações em determinada contratação. “O princípio da autonomia da vontade tem, aliás, categoria constitucional, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.¹⁷⁶

Atualmente a tônica da solução dos conflitos está na pacificação social, de forma que sempre se prefere a solução amigável, proposta pelas próprias partes, e que, caso não cheguem a um consenso, acordam em levar a decisão para ser dada por um terceiro.

Devido à natureza contratual da convenção de arbitragem, sua validade depende do preenchimento dos requisitos essenciais dos contratos, tais como capacidade das partes, manifestação da vontade, objeto lícito, forma prescrita. Ademais, devem-se respeitar os princípios contratuais vigentes, e com isso as partes possuem plena liberdade de dispor sobre a forma pela qual deve conduzir-se a arbitragem. Como ensina Silvio de Salvo Venosa:

Ao estipular essa cláusula (cláusula compromissória), o compromitente transige sobre direitos em discussão e renuncia à jurisdição estatal. Acentuado 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 laço interpretativo sobre o compromisso deve partir dessa premissa.¹⁷⁷

Com as exposições acima acerca da autonomia privada das partes para contratar a arbitragem, pode-se dizer que o instituto é viabilizado através da cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral, que a convenção arbitral nada mais é que o exercício pleno da autonomia privada respaldado pelas garantias e direitos

¹⁷⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. In: **Revista do Advogado**, n. 51, ano XXVI, São Paulo: AASP, out 1997, p. 32-35. p. 32.

¹⁷⁶ SILVA, Clóvis V. do Couto. O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, n. 620, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho 1987, p. 15-22. p. 16.

¹⁷⁷ VENOSA, op. cit. p. 610.

constitucionais.

Ademais, a estipulação e/ou contratação da arbitragem que respeite os fundamentos e princípios contratuais atuais, seja a boa-fé ou a função social do contrato, cumpre o seu objeto maior de busca de soluções justas e que atendam aos interesses de toda uma sociedade.

5.3 CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A convenção de arbitragem insere-se no âmbito das relações obrigacionais, e desta forma, deve estar pautada por todas as regras do direito civil aplicáveis às obrigações e contratos.

Um aspecto importante que se deve ressaltar em relação à arbitragem é que, além de ser uma forma de exercício da vontade das partes, se traduz também em uma demonstração de confiança que os pares possuem entre si e no árbitro, o qual elegeram para a solução do conflito, caso venha a existir.

Essa confiança é fundamental ao bom andamento do contrato e para uma solução pacífica no futuro, para que a arbitragem possa ser processada com tranquilidade e se possível, mantenha a relação de parceria entre as partes.

O modo de agir pautado na ética e na consideração com o outro, em ambiente de expectativa recíproca, é corolário do princípio da boa-fé objetiva, regra de conduta que, assim como a função social do contrato e as chamadas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, integram a principiologia do atual Código Civil.

A principal característica dos modernos Códigos Civis foi trazer as denominadas cláusulas gerais em seu bojo, que são tidas como *standards*, máximas de conduta, normas de comportamento, às quais os sujeitos de direito devem seguir rigorosamente quando quiserem que esses seus direitos sejam tutelados pela lei.

Esta técnica legislativa surgida na metade do século XXI, advém principalmente da Constituição Federal, a qual contém várias normas de conceitos jurídicos abertos, a fim de que as regras se apliquem ao cotidiano das pessoas, com a mesma mobilidade da vida e das gerações.

As cláusulas gerais, portanto, são aquelas normas que possuem conteúdo

amplo, genérico, e não aquelas normas que se aplicam a fatos certos e determinados, tais como acontecem com as *fatispécies*¹⁷⁸ verificadas especialmente no Direito Penal, e, assim, assumem flexibilidade e volatilidade, no sentido de que sua regra permanece válida por muitos anos, mesmo que haja mudança na vida social, econômica e jurídica da sociedade para a qual se aplica. Como explica Judith Martins Costa:

[...] estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao ‘corpus’ codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.¹⁷⁹

A casuística, forma de regulamentação através da *fatispecie* tem como característica principal a subsunção da norma ao fato concreto, ou seja, em face da tipificação de condutas que promove, pouca dúvida terá o intérprete para aplicar o sentido e alcance da norma ao caso concreto, já que a lei optou, nesta técnica legislativa, por descrever as próprias condutas amplamente tipificadas.

Portanto, as cláusulas gerais são descritas com uma amostra mínima de tipicidade, com verdadeira imprecisão, para que cumpram seu principal objetivo que é o da mobilidade da norma aos casos concretos.

Resta salientar que as cláusulas gerais não possuem por objetivo atender a todos os questionamentos de possíveis aplicações, pois, como não regulamentam nada de forma concreta e exaustiva, apenas guiarão o juiz para sua aplicação de acordo com os usos e costumes de uma sociedade, sendo que as normas serão definidas então, mais por via jurisprudencial do que legal.

Não obstante as cláusulas gerais sejam móveis e flexíveis, não se pode dizer que são perfeitas. Justamente por assumirem amplitude indefinida, as

¹⁷⁸ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 21 seq.

¹⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

cláusulas gerais possuem certa desvantagem quando se busca certeza jurídica, já que pela sua própria característica, dificilmente se consegue estabelecer seus limites. Como bem ensina Judith Martins Costa:

Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites. É por isto evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, por que, assim, o grau de certeza jurídico seria mínimo. Verifica-se, pois, com freqüência, a combinação entre os métodos de regulamentação casuística e por cláusulas gerais, técnicas cuja distinção por vezes inclusive resta extremamente relativizada, podendo ocorrer, numa mesma disposição, “graus” de casuismo e de vagueza.¹⁸⁰

Contudo, se por um lado o direito civil continua em construção, já que se pauta em conceitos jurídicos abertos e indeterminados, por outro lado algumas diretrizes básicas foram estabelecidas na criação do Código Civil de 2002 desde o seu primeiro momento, sendo elas a eticidade, socialidade e operabilidade.¹⁸¹

A operabilidade refere-se a uma questão mais técnica do código, que visa a concretização do direito em favor daquele que o possui. Sociabilidade pressupõe a superação dos “pressupostos individualistas”¹⁸² de outrora, para se tutelar o que é de caráter coletivo, social, enquanto que a eticidade vem ressaltar a dignidade da pessoa humana.

Com a chegada da concepção do Estado social, as partes devem agir em solidariedade, cooperação, não se admitindo vantagem ou privilégios individuais sobre os interesses sociais. O agir é pautado na ética e na consideração ao outro, e tendo a arbitragem caráter negocial, deverão ser obedecidas essas diretrizes tanto na sua concepção quanto no seu processamento.

Em sendo a confiança a pedra de toque da arbitragem e a própria razão para que alguém outorgue poderes e para que um terceiro imparcial os receba e exerça, a contribuição advinda pelas cláusulas gerais do Código de 2002 é bastante expressiva. [...] Afronta, portanto, a noção de eticidade ínsita ao Código quem, após ter declarado livremente a disposição de submeter-se a uma esfera de

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, loc. cit.

¹⁸¹ REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 75.

¹⁸² Ibid., p. 75.

regulação de interesses conflitantes distinta da jurisdição estatal e feito crer nesta declaração, 'volta sobre seus próprios passos' e manifesta a ruptura do pactuado, reclamando, muitas vezes, a intervenção do Estado sobre uma relação nitidamente privada.¹⁸³

Tem-se com isso que as partes, ao elegerem a arbitragem como forma de solução de seus conflitos futuros advindos de um contrato, deverão agir com retidão, boa-fé, honradez, probidade e garantir a efetivação do compromisso assumido livremente, não sendo considerada uma conduta digna, auto contradizer-se e voltar atrás para utilização da justiça Estatal.

Imperioso se faz honrar a convenção de arbitragem, conforme os ditames e princípios do direito civil, e em respeito à liberdade que possuem as partes para a escolha de sua forma de solução de conflitos.

5.4 BOA-FÉ OBJETIVA

Princípio estabelecido pela lei civil em vigor, de acordo com a nova concepção de contrato, constitui-se no princípio da boa-fé, princípio este que é trazido pela nova ordem contratual e que deve ser respeitado nas contratações juntamente com os demais princípios contratuais.

Silvio de Salvo Venosa¹⁸⁴ apresenta o conceito de boa-fé como “o dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato”, e que permite a repressão a certos comportamentos que não se coadunam com o espírito contratual, no qual as partes devem comportar-se com lealdade, honestidade, probidade e confiança.

A boa-fé é uma verdadeira obrigação contratual, que inclusive prevalece sobre as demais obrigações do contrato, já que, antes as partes devem agir com boa-fé, para depois cumprir as demais cláusulas contratuais estabelecidas. Na interpretação dos contratos a boa-fé atua para suprir falhas e buscar a correção justa, de forma a manter o equilíbrio contratual entre os pares e suas contraprestações.

¹⁸³ SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 5, Ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52-74. p. 65.

¹⁸⁴ VENOSA, op. cit. p. 408.

Sobre a interpretação dos contratos ensina Pontes de Miranda:

Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada pelas seguintes bases: 1^a. A inteligência simples e adequada que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.¹⁸⁵

O conteúdo contratual, portanto, deve ser interpretado mais de acordo com a boa-fé do que simplesmente restringir-se à exata significação das palavras.

A boa-fé, além de condutas leais, honestas, probas, de confiança, invoca o dever de informação, ou seja, nenhuma das partes poderá omitir ou deixar de dar ciência à outra de questões que importem em alteração do cumprimento do objeto contratual, sob pena de estar agindo com má-fé contratual.

Se tais deveres devem ser observados para os contratos, por óbvio deverão estar presentes na arbitragem, já que esta nada mais é do que uma expressão contratual sob os auspícios da boa-fé objetiva.

Com isso, seja na convenção de arbitragem, que é quando os partícipes decidem subtrair do Poder Judiciário o processamento de futuros conflitos, até a fase do procedimento arbitral, quando houve o desentendimento entre as partes e surge a lide, não se eximirão os pares de levar à arbitragem a solução de seus conflitos. Também a boa-fé na arbitragem deve ser mantida em sua fase pós arbitral, que significa aceitar, dentro dos limites legais, a decisão do árbitro.

A boa-fé objetiva na convenção de arbitragem gera obrigações específicas àquelas inicialmente desejadas, especialmente no sentido de dever geral de colaboração com a instituição e processamento da arbitragem.

Como a convenção de arbitragem é negócio jurídico celebrado sob a égide da boa-fé objetiva, devem as partes comportar-se em um padrão de conduta estrito: com honestidade, lealdade, probidade. Impõe ainda o princípio que consiste num arquétipo ou 'standard jurídico' que cada pessoa paute sua conduta segundo este modelo.¹⁸⁶

¹⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981. p. 155.

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith *apud* SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 5, Ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52-74. p. 67.

A boa-fé se divide entre a boa-fé objetiva, tida como norma de comportamento, e a boa-fé subjetiva, entendida como princípio geral de direito. É certo que o atual código, ao expressamente constituir a boa-fé como observações que devem ser seguidas pelas obrigações e contratos, não se referiu à boa-fé subjetiva, mas sim à boa-fé objetiva. Para Silvio de Salvo Venosa, boa-fé subjetiva e objetiva se distinguem uma da outra nas seguintes considerações:

Na boa-fé subjetiva o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado. A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.¹⁸⁷

A boa-fé subjetiva é entendida como aquela individual de cada ser, é a percepção individual de alguém em relação a um fato da realidade, que o faz agir de determinada maneira, conforme seu próprio estado de consciência. Não se traduz na consciência coletiva, mas apenas e tão somente individual.

De outro lado, boa-fé objetiva é uma regra de conduta que se pode dizer ética perante a sociedade. Embora a conduta seja individual, a consciência das regras de conduta é coletiva, social. O sujeito deve tomar atitudes de lealdade e probidade segundo as regras sociais. Conforme leciona Miguel Reale sobre a matéria:

Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma ‘exigência de lealdade’, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, “a consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como ‘normativa de comportamento leal’. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de “honestidade pública”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. A boa-fé Contratual no Novo Código Civil. **Societário.com.br**. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>. Acesso em: 16 ago. 2007.

¹⁸⁸ REALE, Miguel. A Boa-fé no Código Civil. **Professor Miguel Reale**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br>. Acesso em: 16 ago. 2007.

Com isso a boa-fé objetiva se impõe aos indivíduos como comportamento intimamente ligado à confiança de cada uma das partes na outra, conforme reconhecimento social. Tal princípio é essência de entendimento entre os seres humanos acerca das questões a que se destinam, pois que leva o sujeito a praticar atos previsíveis pela sociedade, num aparente clima de segurança jurídica.

Maria Helena Diniz faz suas considerações no que diz respeito a interpretação baseada na boa-fé:

O princípio da boa-fé está intimamente ligado não só à interpretação do negócio jurídico, pois segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração da vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e também de conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado.¹⁸⁹

Além de destacar os valores éticos e de conduta que devem ser respeitados em todas as obrigações, ressaltou também os costumes locais da celebração do negócio como requisito de validade dos mesmos.

Na arbitragem a boa-fé e seus deveres laterais de conduta, pautados na eticidade do comportamento e no dever de lealdade das partes também prevalece, pois se assim decidiram as partes quando da sua contratação, deverão agir com ética e serem leais uma com a outra na ocorrência do litígio.

Conforme entendimento de Judith Martins-Costa a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito deverá sempre prevalecer, seja como consequência da proteção da confiança que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como mandamento de equidade, ou ainda como dever de proporcionalidade.¹⁹⁰

Na escolha da arbitragem e seu posterior processamento, os indivíduos deverão desempenhar comportamento pautado em confiança na relação jurídica, agindo de forma coerente, seguindo deveres de lealdade, informação, segurança, parceria, cooperação na instalação do juízo arbitral e processamento da arbitragem,

¹⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 118.

¹⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 133.

sem qualquer propósito de prejudicar direitos alheios.¹⁹¹

Defere-se, portanto, que o atual Código assume compromisso com a manutenção da ética no comportamento jurídico individual. Relativiza-se o princípio da autonomia da vontade e a liberdade de contratação que tutelam os negócios jurídicos para então, impor valores sociais que devem ser observados e cumpridos por todos.

Clóvis Bevilacqua já dizia que “todos os contractos devem ser de boa-fé”.¹⁹² Segundo Miguel Reale “o que se impõe, em verdade, no Direito, é captar a realidade factual por inteiro, o que deve corresponder ao complexo normativo em vigor, tanto o estabelecido pelo legislador como o emergente do encontro das vontades dos contratantes”.¹⁹³

Esses deveres serão cumpridos pelas partes em todas as fases da contratação, e assim também, em todas as fases da arbitragem, pois o princípio da eticidade garante que os sujeitos das relações contratuais e arbitrais deverão praticar tais princípios e deveres, tanto antes, quanto durante e mesmo após o término da relação jurídica, conforme leciona Judith Martins Costa:

Desde logo, a boa-fé vem posta como princípio fundamental e cláusula geral dos contratos (art. 422) seja na fase de conclusão, seja na sua execução. Nas relações contratuais o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa de deveres de comportamento pautado por um específico *Standard* ou arquétipo, qual seja a conduta segundo a boa-fé que reveste todo *iter* contratual. Assim, conquanto não esteja expresso na *littera* do Código o dever de ser observada a conduta segundo a boa-fé também na fase das tratativas negociais, e, quando for o caso, no período pós-contratual, há de ser compreendida a sua extensão também a esses períodos, em razão da própria natureza de cláusula geral que reveste o art. 422 e do cunho eminentemente prospectivo que está no cerne desta técnica legislativa. Constituindo cláusula geral, o art. 422 também acolhe, em outro exemplo, o princípio que veda *venire contra factum proprium*. Este incide, por certo, na fase da execução contratual, e também no âmbito do contrato preliminar, que passa agora a ser regulado no próprio Código (arts. 462 a 466), mas que adquire particular relevância no período pré-contratual, no qual se desenvolvem as chamadas ‘negociações preliminares’.¹⁹⁴

¹⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. I. p. 422.

¹⁹² BEVILACQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 4. ed. v. V. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931. p. 205.

¹⁹³ REALE, loc. cit.

¹⁹⁴ MARTINS-COSTA, op. cit. p. 135.

Da mesma forma na arbitragem, espera-se que o comportamento das partes seja mantido antes, durante e após ocorrido o litígio, especialmente no sentido de não tentar recorrer-se a meios outros para tentar impedir a instalação do juízo arbitral, ou postergar o seu processamento.

Afere-se que a infração à boa-fé objetiva e seus deveres anexos gera responsabilidade contratual ou extracontratual, dependendo se a infração ocorrer antes, durante ou após a conclusão do contrato.

À liberdade de opção pela arbitragem corresponde uma obrigação de submissão efetiva e integral a esta forma extrajudicial de solução de litígios, evitando assim a frustração de quem criou expectativas legítimas à utilização da arbitragem, dentro de uma perspectiva de eticidade e boa-fé objetiva.

5.5 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Para iniciar a abordagem sobre o tema, necessário se faz esclarecer o significado da expressão função social, para então, haver entendimento do que seja a função social do contrato, e seus aspectos na arbitragem.

A função social vem de encontro à necessidade encontrada pelo Direito de reestruturar-se em consonância com a evolução social, em busca da manutenção do equilíbrio e justiça social.¹⁹⁵ Conforme se aduz dos textos legislativos formulados nas últimas décadas, expressões como função social do contrato, função social da propriedade, fim social, interesse social, destinação social, dentre várias outras, ganharam absoluta importância e ênfase, justamente devido a esta necessidade.

Essa nova redação dá ao contrato a reestruturação necessária para atender e exercer uma função social, segundo a ideologia que, neste século, parece ser dominante, quais sejam, o igualitarismo, com demandas de justiça social.¹⁹⁶

Com isso, aduz-se que a função social assume importante papel no direito, já que significa a prevalência do interesse público sobre o interesse privado, tomando tudo que é coletivo como prioritário em vista de interesses individuais. Conforme ensina Edson Mitsuo Tiujo:

¹⁹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 356.

¹⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Contrato no Estado Social**. Maceió: Edufal, 1983. p. 41.

A função social é construção da chamada Terceira Geração de Direitos, cujas características são a solidariedade e a fraternidade. Antes do advento dessa Geração de Direitos vigorava a justiça retributiva representada pelo brocardo 'suum cuique tribuere', ou seja, 'dar a cada um o que é seu', o que significa, em outras palavras, ao rico a sua riqueza e ao pobre a sua pobreza. Com essa nova realidade, passa a vigor e viver a justiça distributiva, que tem como prioridade promover a inclusão social dos excluídos, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, isto é, a cada um de acordo com as suas necessidades.¹⁹⁷

Destaca-se da citação acima que a função social está imbuída de significados, seja quando se trata da função social da família, seja da função social da propriedade ou ainda do contrato, que tem por principal objetivo diminuir as desigualdades e promover a inclusão social, e assim, erradicar a pobreza, a violência, a marginalização, e outras conseqüências trazidas pela desigualdade social.

A função social do contrato também está relacionada à ligação do direito com as demais ciências sociais, tais como "a sociologia, a economia, a ciência política, antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea coloca ao jurista", de quem se passou a exigir "uma postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade".¹⁹⁸

Na nova ordem contratual, o contrato assume papel social, para então atender ao interesse público.¹⁹⁹

Mas no campo pragmático fica difícil entender como o contrato poderia assumir uma função social, já que o contrato vincula as partes contratantes, e seus efeitos, em regra, não podem surtir a terceiros que estão fora da relação jurídico-contratual, e tão menos ainda poderiam vincular a sociedade.

Pois bem, conforme ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Houve completa alteração do eixo interpretativo do contrato. Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força – pois

¹⁹⁷ TIUJO, Edson Mitsuo. **Da Onerosidade Excessiva nos Contratos**. Londrina, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/trabalhos_defendidos.asp>. Acesso em: 21 jun 2007.

¹⁹⁸ AMARAL, op. cit. p. 356 seq.

¹⁹⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001. pg. 20.

o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia.²⁰⁰

Ora, se o contrato for executado pelas partes da forma como determinado, e desde que em sua conclusão tenham sido obedecidos os princípios contratuais em voga, sem que haja má-fé, sem que haja improbidade, ou que se queira tirar proveito em cima da outra parte, o contrato estará realizando sua função social, pois é de interesse da coletividade que os contratos sejam cumpridos, primeiro porque enfatiza a assimilação social de que o contrato é um acordo de vontades que deve ser efetivamente cumprido, e segundo, porque se faz desnecessário mover a máquina judiciária para resolver questões dele oriundas. O contrato quando estritamente observado cumpre com sua função social.

Sendo a arbitragem uma cláusula contratual, ou um acordo à parte, também cumprirá sua função social quando tais estipulações forem cumpridas, já que é de interesse social que estes casos não sejam arrastados ao judiciário para serem solucionados.

A arbitragem também assume papel fundamental como coadjuvante da função social dos contratos. Ocorre que, se a função social dos contratos determina que a solução dos conflitos deve ser solucionada da melhor forma e com o menor prejuízo social possível, então, ao convencionar-se a arbitragem como forma de solução de conflitos, além de exercer e assumir sua função social, realiza o seu próprio objetivo como forma rápida, segura e eficaz de solução de conflitos.

Destinando-se a convenção de arbitragem à formação do juízo arbitral, que é o órgão encarregado de resolver o litígio futuro, cumpre a mais social de todas as demais funções sociais, porquanto, através do processo arbitral, não só soluciona o conflito, como proporciona a pacificação da própria sociedade.²⁰¹

Para Paulo Lôbo “o princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem”²⁰², ou seja, caso haja

²⁰⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos. In: **Revista dos Tribunais**, ano 89, n. 775, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18-31. p. 19.

²⁰¹ ALVIM, J. E. Carreira. Contratualização da Justiça. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 6, Abr-Jun de 2005. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005, p. 46-51. p. 48.

²⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, abril/junho 2002, nº 42, p. 187-195. p. 189.

conflito entre interesses individuais e sociais, devem prevalecer estes últimos em atendimento à coletividade.

O objeto estabelecido em um contrato e cumprido pelas partes que se obrigaram enseja o fenômeno psicológico e social de cumprimento dos demais contratos iguais ou semelhantes que sejam firmados, fazendo justiça sem que haja necessidade da interferência do Poder Judiciário ou órgão arbitral.

Esse cumprimento voluntário ao que foi previamente determinado se traduz em uma contratação em que não houve abusos, não houve preponderância jurídica de um dos contratantes sobre o outro, sem má-fé, e que, portanto, conseguiu satisfazer aos interesses individuais de cada um dos pares, dentro dos princípios maiores estabelecidos pela função social do contrato. Quando um contrato atender de imediato aos princípios sociais e interesses individuais, sempre com vistas ao bem da coletividade, estará cumprindo com sua função social.

Muito bem coloca Mônica Yoshizato Bierwagen:

O atendimento à função social do contrato, portanto, observa-se tanto da ótica 'individual-coletiva', uma vez que a garantia de igualdade de condições aos contratantes ao permitir a justa circulação de riquezas resulta num bem-estar coletivo, quanto da ótica 'coletivo-individual', em que a proteção do grupo social é, em última instância, o asseguramento da igualdade e da liberdade individuais.²⁰³

Portanto, enquanto estiver cumprindo os interesses individuais permitindo a igualdade de condições e justa circulação das riquezas, os contratos estarão refletindo em bem estar social e cumprindo com a sua função social.

Da mesma forma a arbitragem é um auxílio constante para o cumprimento da função social do contrato, já que ela por si própria possui uma função social de promoção e efetivação do acesso à justiça, com menor prejuízo social do que o acesso ao judiciário. Ao julgar um litígio decorrente de um contrato, a arbitragem não só cumpre sua função social, bem como realiza justiça social.

²⁰³ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 45.

6 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM

6.1 EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Como se depreende do presente estudo, o maior objetivo trazido pela lei da arbitragem é possibilitar uma forma alternativa de acesso à justiça, sem que seja necessária a intervenção do Poder Judiciário para questões delegadas à forma arbitral de solução de controvérsias. Entretanto, em alguns momentos do processo arbitral será necessária a ajuda do Poder Judiciário para que se efetive o cumprimento do acordo arbitral, no anseio de que a arbitragem seja capaz de dar a cada um o que é seu.

Segundo Alexandre Câmara Freitas, são três momentos distintos em que surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para que a arbitragem seja efetivada: na instauração do processo, na instrução probatória, e na efetivação dos provimentos arbitrais.²⁰⁴ Deve-se entender a funcionalidade do Poder Judiciário em cada um dos momentos acima apontados para posteriormente possibilitar, de forma prática, a análise dos casos em que a convenção de arbitragem pode agilizar tal intervenção, ou até mesmo dispensá-la, dependendo do caso concreto.

A primeira situação em que poderá haver a necessidade de atuação do Poder Judiciário é no caso de, existindo cláusula compromissória, uma das partes se recusar a celebrar o compromisso arbitral quando sobrevier o conflito. Conforme se depreende da norma legal, havendo resistência de umas das partes quanto à instauração da arbitragem já convencionada, poderá a parte interessada requerer a citação da outra para, em juízo, firmarem o acordo.

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.

[...]

§7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como

²⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 6, Abr-Jun de 2005, São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005, p. 19-28. p. 22.

compromisso arbitral.²⁰⁵

Portanto, havendo resistência de uma das partes do acordo em levar a questão para julgamento pela arbitragem, a contraparte teria como alternativa a citação da parte resistente para comparecer em juízo, e então, firmarem o compromisso arbitral.

Assim, primeiro teriam que iniciar uma ação judicial “preliminar” para saber se a arbitragem deverá ou não prosperar e quais os procedimentos a serem seguidos, e caso a sentença julgue procedente o pedido, então, através da arbitragem poderão resolver o conflito principal.²⁰⁶

Fato é que ao estabelecerem a via arbitral como forma de solução de conflitos, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, e em cumprimento à função social do contrato e da arbitragem, não poderiam as partes se recusar em dar início ao procedimento arbitral, pois devem agir com lealdade e eticidade uma com a outra.

Porém, da prerrogativa prevista no artigo descrito, conclui-se que “a todo direito corresponde um mecanismo processual capaz de assegurá-lo”²⁰⁷, ou seja, de que sempre que houver lesão de um direito haverá uma tutela jurisdicional capaz de garantir a efetivação daquele direito, no caso em tela, para suprir o inicial descumprimento de obrigação de fazer de uma das partes, que seria a instituição do compromisso arbitral.

O segundo momento de atuação do Poder Judiciário para permitir a viabilidade da convenção de arbitragem recai sobre a instrução probatória. Todo processo arbitral deve ser preparado pelo árbitro para julgamento através da cognição profunda dos fatos alegados e documentos que demonstrem tais fatos, e por isso, é fundamental que haja instrução probatória.

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.

[...]

²⁰⁵ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

²⁰⁶ LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5-20. p. 18.

²⁰⁷ CÂMARA, op. cit. p. 24.

§ 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 a 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.²⁰⁸

O árbitro possui poderes instrutórios semelhantes ao do juiz togado, podendo determinar as provas necessárias ao seu convencimento e praticar vários atos, através de requerimentos, para que consiga realizar uma fecunda instrução probatória. Entretanto, o árbitro não recebeu do Estado poderes de coerção para fazer cumprir suas determinações à força. Assim, poderá o árbitro solicitar ao juiz que faça determinações e use de seu poder de coerção, outorgado pelo Estado, para que as mesmas sejam cumpridas.

A medida coercitiva poderá ocorrer, por exemplo, quando uma testemunha injustificadamente não comparece ao juízo arbitral para prestar seu depoimento. Neste caso, o Juiz de direito, a pedido do árbitro que deverá instruir o pedido apenas com a cópia da convenção de arbitragem, determinará a condução da testemunha que será levada perante o árbitro ou tribunal arbitral para ser ouvida. Após realizados os atos solicitados, o juízo “deprecado” devolve os elementos apurados ao árbitro “deprecante”.²⁰⁹

A terceira forma de intervenção do Poder Judiciário no Juízo Arbitral é quando há necessidade de efetivação dos provimentos arbitrais, sendo que estes podem ocorrer em duas situações, quais sejam, nos provimentos de urgência, cautelares ou antecipatórios, e na execução da sentença arbitral.

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

²⁰⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

²⁰⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 264.

para julgar a causa.²¹⁰

Conforme ensina Alexandre Freitas Câmara:

É de se afirmar, em primeiro lugar, que o árbitro tem o poder de proferir provimentos de urgência, tanto de natureza cautelar como antecipatórios da tutela jurídica que normalmente seria prestada ao final do processo. Tais provimentos, porém, não podem ser atuados praticamente pelo árbitro, que não possui 'imperium'.²¹¹

Com a lição acima fica claro que antes da instauração do processo arbitral, ou mesmo durante seu curso, pode haver necessidade de medida que evite dano irreparável ou que torne inútil a decisão que será proferida ao final do processo se tal medida preventiva não for tomada. Assim sendo, apesar de não ter poder de coerção, cabe ao árbitro decretar a medida cautelar ou tutela antecipada a ser posteriormente, se necessário, executada pelo juiz togado.

Assim, por exemplo, se o árbitro determinar a busca e apreensão cautelar de um certo bem, deverá ser requisitada ao juiz a prática dos atos necessários para a localização e apreensão do bem sobre o qual deve recair a constrição. Do mesmo modo, se o árbitro conceder a medida antecipatória de tutela para o fim de proibir a prática de certa atividade nociva, incumbirá ao juiz, a quem isso será requisitado, determinar a prática dos atos de força necessários a inibir a prática danosa. [...] é preciso afirmar que a requisição ao juízo só será feita se a medida de urgência não for espontaneamente cumprida pelas partes.²¹²

Portanto, havendo necessidade de tutela cautelar a parte interessada deverá dirigir o requerimento da providência ao árbitro que, ao verificar a presença do *fumus bonus iuris* e do *periculum in mora*, concederá a medida requerida ao interessado. Caso a decisão não seja cumprida de forma voluntária pelas partes, então o árbitro solicitará sua execução forçada, sendo que esta medida coercitiva ficará a cargo do Poder Judiciário que é quem detém poder para tanto.

A outra forma de auxílio judicial para a efetivação de provimentos arbitrais ocorre na execução da sentença arbitral.

²¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

²¹¹ CÂMARA, op. cit. p. 26.

²¹² Ibid., p. 27.

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.²¹³

Tendo em vista o relacionamento dos contratantes que escolheram a via arbitral para solução de seus conflitos, e ainda, considerando-se o princípio da boa-fé, que como já visto no decorrer deste trabalho, deve permear todo e qualquer comportamento das partes contratantes, espera-se que a sentença arbitral seja espontaneamente cumprida pelas partes, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Porém, caso haja recusa de ambas as partes, ou de qualquer delas ao cumprimento do estabelecido na sentença arbitral, não tem o árbitro poder de fazer valer sua sentença com força coercitiva.²¹⁴ Assim, fica a prerrogativa do Estado, por intermédio dos seus órgãos, de poder fazer cumprir a sentença proferida que tem força de título executivo judicial.

Com isso conclui-se que em muitas oportunidades é essencial o auxílio judicial para que a arbitragem seja um meio efetivo de consecução de paz social e forma de acesso à justiça. O que se demonstrou é que, embora o árbitro, dentro de suas prerrogativas, possui questões que não pode isoladamente resolver, o poder jurisdicional poderá ser acionado para estes casos, já que a todo direito corresponde uma ação que lhe assegure.

Porém, ao pensar no principal aspecto buscado pelas partes quando da estipulação da arbitragem como forma de solução de conflitos, qual seja, subtração absoluta da análise da causa pelo Poder Judiciário, poder-se-ia dizer que a lei de arbitragem contém algumas incoerências com sua própria natureza, já que em ocasiões como as acima citadas, bem como em vários outros momentos, prevê a possibilidade de submissão do conflito ao Poder Judiciário para efetivação da convenção arbitral.

O que se quer analisar é se em todas essas situações há a efetiva necessidade de auxílio do judiciário para questões prévias, ou se haveria outras possibilidades para resolução desses casos.

²¹³ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

²¹⁴ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 82.

Outros artigos da Lei 9.307/96 que remetem para a utilização do sistema judiciário para a efetivação da arbitragem são:

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.²¹⁵

Este artigo contempla a possibilidade de recusa de uma das Partes da instituição da arbitragem através da celebração do compromisso arbitral que preverá o procedimento e demais questões a serem observadas durante o curso da arbitragem. Neste caso, aplicar-se-á o disposto no art. 7º, § 7º²¹⁶, recorrendo-se ao Poder Judiciário para instituição do compromisso arbitral judicial.

O art. 9º é decorrência direta da recusa de uma das partes em comparecer espontaneamente para firmar o compromisso.

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.²¹⁷

Com isso, será necessário um compromisso judicial, celebrado perante o juízo que seria competente para conhecer e julgar a causa.

Em ambos os dispositivos, artigos 6º e 9º da Lei²¹⁸, há o desprestígio da autonomia privada da qual as partes se utilizaram quando da celebração da convenção para excluir da apreciação do Poder Judiciário eventual conflito, já que, retornam ao mesmo Poder Judiciário, antes recusado pelas partes, a análise de questão precedente àquela relacionada ao próprio conflito.

²¹⁵ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Ibid.

Talvez, pudesse o legislador ter informado que nesses casos o próprio árbitro escolhido na convenção seria o responsável pela instauração imediata da arbitragem para a celebração pelas partes do compromisso arbitral.

Já no caso do art. 11, poderá ocorrer de as partes fixarem os honorários do árbitro e posteriormente não cumprirem o acordo, ou ainda nem fixarem previamente os honorários do árbitro na convenção de arbitragem.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

[...]

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.²¹⁹

Em ambos os casos haverá tutela jurisdicional para que o árbitro execute o título judicial e receba seus honorários, ou ainda no sentido de o Poder Judiciário estabelecer e fixar os valores e formas de pagamentos dos honorários do árbitro ou árbitros, quando não estipulados no acordo.

No caso de as partes não terem fixado os honorários do árbitro, poderia a Lei ter dado prerrogativa ao próprio árbitro eleito para instalação automática do procedimento arbitral e, com isso, definição dos casos omissos, dentre eles o valor dos honorários do árbitro. Seria mais um caso de desnecessidade de recorrer-se ao Poder Judiciário.

O artigo 13, § 2º, prevê a possibilidade de se requerer ao Poder Judiciário a nomeação de um terceiro árbitro caso as partes tenham nomeado apenas um número par de árbitros que poderá gerar um empate decisório.

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

[...]

§ 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 tocava, originariamente, o julgamento da causa à nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º

²¹⁹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

desta Lei.²²⁰

Mais uma vez recorre-se ao poder judiciário para resolver questão prévia necessária à perfeita condução do processo arbitral, o que poderia ser evitado, caso a Lei ou a Convenção de Arbitragem previssem a imediata instalação do procedimento arbitral pelos árbitros já eleitos, para definirem o novo árbitro a integrar o processo antes do início do julgamento da lide.

No caso do art. 16 há semelhança em relação ao art. 13, já que se faz necessária a medida judicial para que viabilize a condução do processo arbitral:

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.

[...]

§ 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.²²¹

Com isso, remete-se novamente ao artigo sétimo anteriormente previsto como forma de instituição do compromisso arbitral.

Em relação ao artigo 20 da Lei 9.307/96, no caso de reconhecimento de incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, o processo não volta ao julgamento pela arbitragem, já que as questões que ensejam sua remessa ao judiciário inviabilizam este retorno, tornando nula a convenção inicial das partes.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como a nulidade 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

²²⁰ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

²²¹ Ibid.

julgar a causa.²²²

No caso da substituição nos termos do art. 16, poderia haver a solução imediata pela instalação do tribunal arbitral, conforme comentado acima para o artigo 13 da Lei. Entretanto, no caso de reconhecimento de incompetência, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, salvo no caso de as partes resolverem fazer nova convenção, já que a arbitragem nada mais é do que uma declaração de vontade das partes, não haveria outra solução que não fosse a remessa da lide para apreciação do Poder Judiciário.

No caso do artigo 25 da Lei 9.307/96 haverá necessidade de envio ao Poder Judiciário de problema referente à controvérsia acerca de direitos patrimoniais indisponíveis, os quais não podem ser objeto de julgamento pela arbitragem.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos disponíveis 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.²²³

Neste caso, se o problema suscitado é apenas uma questão prejudicial ao julgamento do tema objeto principal da arbitragem, o processo voltará ao juízo arbitral para seu processamento e julgamento normais, após final decisão pelo Poder Judiciário da questão controvertida.

Ao contrário, entretanto, não haverá retorno do objeto litigioso para julgamento pela arbitragem caso este verse essencial e principalmente sobre questões de direitos indisponíveis. Neste caso, o objeto principal da ação será julgado pelo poder judiciário, e o processo não retorna ao procedimento arbitral, o qual ficará extinto.

No que se refere ao art. 33 da Lei da arbitragem, este informa que cabe somente ao Poder Judiciário decretar a nulidade da sentença arbitral quando argüidos os motivos previstos na lei que podem ensejar a nulidade da mesma.

²²² BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

²²³ Ibid.

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.²²⁴

O artigo 33 nada mais é do que o controle da via arbitral de solução de conflitos que somente pode ser exercido pelo Estado, através do Poder Judiciário, já que a Constituição expressamente prevê que qualquer lesão ou ameaça a lesão de direitos deverá ser submetida ao Poder Judiciário para apreciação. Isso não quer dizer que as partes estão renunciando à arbitragem como forma de solução de conflitos, mas apenas e tão somente que haja certo controle sobre a atividade dos árbitros.²²⁵

A própria Lei de Arbitragem possibilita e até determina às Partes que recorram ao Poder Judiciário para suprir questões que não podem ser resolvidas pelo árbitro por lhe faltar o poder de *imperium*.

Isso ocorre nos casos da fase de instrução probatória, referenciados no art. 22, § 2º, como é o caso da condução da testemunha, e na efetivação dos provimentos arbitrais, art. 22, § 4º, e arts. 31 e 11, ou seja, nos casos de medidas de urgência, ou na execução da sentença arbitral, respectivamente, já que a falta de poder de coerção impede que o árbitro possa fazer valer suas decisões interlocutórias ou sentenças arbitrais.

Também será inevitável a remessa dos processos arbitrais para julgamento do poder Judiciário para os casos de invalidade ou nulidade da convenção de arbitragem conforme se depreende do final do § 1º do art. 20, e também no caso de questões cujo objeto principal refere-se a direitos indisponíveis, tratados no art. 25. Outra obrigatoriedade será a do art. 33, já que somente o Poder Judiciário possui competência para declarar nulidade de sentença arbitral.

Nestes casos de remessa dos autos ao Poder Judiciário, retrocede-se em relação aos aspectos da morosidade, formalismo e burocracia, típicos dos processos judiciais²²⁶, que como se viu no primeiro capítulo que trata do Acesso à Justiça,

²²⁴ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

²²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 338.

²²⁶ NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-Econômicos do Negócio? In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 9, Jan-Mar de 2006. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005, p. 31-39. p. 35.

influenciam terminantemente na eficácia da prestação jurisdicional. Com isso, a decisão arbitral já não é tão rápida como as partes inicialmente previram e queriam. Porém a Lei de Arbitragem não deixou alternativa ao árbitro, senão socorrer-se da tutela jurisdicional para os casos acima apontados.

Nos casos dos outros artigos citados, porém, especialmente aqueles não relacionados com o poder de *imperium* ou coerção do árbitro, poderia a própria lei de arbitragem ter previsto formas de evitar a remessa ao Poder Judiciário, já que é esta mesmo a vontade inicial das partes.

Em relação aos artigos 13, § 2º e 16, § 2º, por exemplo, se é objetivo dos signatários do acordo levarem o objeto litigioso a julgamento pela arbitragem por questão de celeridade, presteza, além de suas outras qualidades, seria muito inconveniente iniciar uma ação judicial para suprir falhas cujas soluções poderiam ter sido previstas de forma mais objetiva pela Lei de Arbitragem. Conforme ensina Cláudio Vianna de Lima:

Para evitar estes casos acessórios, questiúnculas que entravam a direta solução do conflito, principal, teria a lei fórmulas práticas. Por exemplo, impor entre as condições obrigatórias do compromisso, a expressa indicação do árbitro ímpar e a explícita nomeação dos substitutos eventuais dos árbitros (como, aliás, exigia, quanto aos substitutos, o art. 1074, II, do CPC, no ponto derogado). Reforçar-se-iam os benefícios do art. 16 (na substituição automática dos árbitros), evitar-se-iam, em ambos os casos (nomeação de árbitro ímpar e dos substitutos) a discussão (judicial ainda por cima) de algo secundário e fácil de se afastar.²²⁷

Neste mesmo aspecto Adriana Noemi Pucci, ao comparar a legislação de arbitragem do Paraguai com as da Argentina, Brasil e Uruguai, demonstra que os três últimos ordenamentos jurídicos devem repensar a questão de levar a juízo questões formais relativas à instituição da arbitragem:

En caso de existencia de una convención de sumisión a arbitraje, caso una de las partes se niegue a someterse a arbitraje, la otra parte podrá solicitar al juez competente directamente la integración del tribunal arbitral, utilizando el procedimiento previsto en los arts. 821 a 832 del cuerpo legal mencionado. Creemos que el hecho de que las legislaciones de Argentina, Brasil y Uruguay autoricen al juez estatal a otorgar solo el compromiso arbitral en los casos de negativa de una de las partes a cumplir con una cláusula arbitral en vez de

²²⁷ LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5-20. p. 18.

autorizarlo a instaurar el tribunal arbitral directamente, es una disposición que debe ser analizada y tal vez en el futuro modificada.²²⁸

Para a referida autora, as partes que decidiram submeter-se à arbitragem, na convenção de arbitragem, assumiram o compromisso de levar aos árbitros a resolução da causa, e, portanto, seria apropriado que a própria lei garantisse o cumprimento desta convenção, outorgando ao árbitro eleito o poder de automaticamente instituir o procedimento arbitral.²²⁹

Sem isso, cada vez que se queira instituir de fato a arbitragem haverá a necessidade de as partes, em comum acordo, firmarem o compromisso arbitral, caso ainda não o tenham realizado, e se houver recusa por uma das partes na definição do compromisso arbitral, então será imperiosa a aplicação do art. 7º, § 7º da Lei de Arbitragem.²³⁰

Neste sentido, os tribunais judiciais têm entendido que a convenção inicial das partes e sua manifestação de vontade devem prevalecer, não podendo ser afastada a arbitragem como forma de solução de controvérsias:

EMENTA: Processual civil. Recurso especial. Cláusula arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923. Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito. Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, as normas processuais têm aplicação imediata. Pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial. Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923. Precedentes. Recurso especial

²²⁸ PUCCI, Adriana Noemi. El Arbitraje en los Países del Mercosur. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 115-145. p. 121.

²²⁹ Ibid., p. 121.

²³⁰ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: Alguns Aspectos do Processo e Procedimento na Lei nº 9.307/96**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000. p. 83.

parcialmente conhecido e improvido.²³¹

EMENTA: LEI DE ARBITRAGEM – INSTITUIÇÃO JUDICIAL DO COMPROMISSO ARBITRAL – OBJETO DO LITÍGIO – INFRINGÊNCIA A CLÁUSULAS CONTRATUAIS – VALIDADE– AUSÊNCIA DE OMISSÃO. I – Se o acórdão recorrido aborda todas as questões submetidas à sua apreciação, não há falar em violação ao inciso II do artigo 535 do Código de Processo Civil. II – Para a instauração do procedimento judicial de instituição da arbitragem (artigo 7º da Lei n.º 9.307/96), são indispensáveis a existência de cláusula compromissória e a resistência de uma das partes à sua instituição, requisitos presentes no caso concreto. III – Tendo as partes validamente estatuído que as controvérsias decorrentes dos contratos de credenciamento seriam dirimidas por meio do procedimento previsto na Lei de Arbitragem, a discussão sobre a infringência às suas cláusulas, bem como o direito a eventual indenização, são passíveis de solução pela via escolhida. Com ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso especial.²³²

Apesar de estas questões referentes ao art. 7, § 7º da Lei de Arbitragem já estarem solidificados na jurisprudência, a qual determina que o acordo que escolheu a arbitragem seja mantido, ainda sim há o inconveniente de se voltar ao Judiciário para ter esta resposta. A prática afirma que a convenção faz lei entre as partes e deve ser cumprida, e assim, muito bem recebida seria uma alteração deste dispositivo, que contemplasse a imediata instalação da arbitragem em caso de recusa de uma das partes em firmar o compromisso arbitral.

Porém, enquanto não há qualquer previsão de alteração da lei para dar efetividade à instalação imediata do juízo arbitral nestes casos, há outras formas de conter a necessidade de ações judiciais preliminares para posterior instalação do juízo arbitral.

Como já verificado ao longo do presente trabalho, existem duas formas legítimas para a estipulação da arbitragem como meio de solucionar os futuros litígios em decorrência de determinada contratação, sendo que ambas são denominadas de convenção de arbitragem.

As convenções de arbitragem poderão ser realizadas através do compromisso arbitral, que é o contrato específico ou termo de compromisso firmado

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2004/0180930-0 parcialmente conhecido e improvido. REsp 712566 / RJ – Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma. Brasília, 18 de agosto de 2005. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], p. 407, 05 set. 2005.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2002/0079342-1 não conhecido. REsp 450881 / DF – Relator: Ministro Castro Filho – Terceira Turma. Brasília, 11 de abril de 2003. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], p. 360, RDDP v. 5 p. 135, RDR vol. 29, p. 411, 26 maio. 2003.

entre as partes após sobrevier o litígio decorrente de determinada relação jurídica obrigacional, ou através da cláusula compromissória, que é uma cláusula dentro do contrato principal, autônoma em relação a este, e que estabelece a arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos.

Caso a intenção seja evitar socorrer-se do Poder Judiciário para conhecer as questões preliminares e que prejudicam o curso normal da arbitragem, como nos casos dos arts. 7º, § 7º, art. 13, § 2º, art. 16, § 2º, por exemplo, a melhor forma é inserir uma boa cláusula compromissória no contrato, já que em tese, o compromisso arbitral é realizado apenas depois de verificado o conflito e ainda depende da vontade das partes em firmá-lo.

Nestes casos, é a cláusula compromissória que poderá trazer minúcias e detalhamentos para os fins acima, de forma a aplicar a imediata instalação do tribunal arbitral em caso de eventual litígio, especialmente quando se trata da arbitragem *ad hoc*, já que na arbitragem institucional, o próprio ente arbitral possui regras para que não haja frustração da instalação da arbitragem no momento do conflito.

Para entender como poderá a cláusula compromissória minimizar ou até dispensar a utilização do Poder Judiciário em determinados casos, necessário se faz conhecer a distinção entre cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia.

A cláusula compromissória vazia, é aquela que inserida no contrato, apenas informa que caso haja qualquer problema, divergência ou conflito advindo do contrato, tais questões serão resolvidas através da arbitragem.²³³

Nesta forma de cláusula compromissória não há detalhamento de quantos árbitros haverá na instalação do juízo arbitral, se o litígio será ou não julgado por órgão especializado, qual será a condução do processo em caso de falecimento de um ou mais árbitros, não há menção se a causa será resolvida por direito ou equidade, ou seja, nenhum detalhamento é informado na cláusula vazia.

Com isso, ocorrendo o litígio, há plena necessidade de se firmar o compromisso arbitral que preveja todas estas questões para o processamento e

²³³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 52-60. p. 54.

juízo do pleito. Havendo recusa de instituição da arbitragem por alguma das partes, ou de assinatura do compromisso arbitral, não haverá outra alternativa senão recorrer-se ao Poder Judiciário para que tais questões sejam por ele sanadas.

Porém, ao contrário do que ocorre com a cláusula compromissória vazia, na cláusula compromissória cheia, além de se definir que os futuros conflitos de interesses advindos de determinada relação contratual serão pacificados através do instituto da arbitragem, a cláusula cheia ainda define todos os aspectos relevantes para que haja instituição imediata do Tribunal Arbitral.

A cláusula compromissória cheia funciona como se fosse um próprio compromisso arbitral destacado no contrato, a qual prevê não só que as controvérsias advindas do contrato serão solucionadas através da arbitragem, bem como já nomeia um ou mais árbitros, já disciplina se a arbitragem se dará por direito ou equidade, quem será o árbitro substituto caso necessário, e todas as demais questões que possam impedir a necessidade de execução específica da cláusula compromissória futuramente, “onde o contencioso interfere na arbitragem e pode dela retirar uma de suas principais vantagens, ou seja, a celeridade”.²³⁴

Com isso, tem-se que no caso de cláusula compromissória cheia a instituição do tribunal arbitral ocorre de forma automática, após aceitação pelo árbitro de sua nomeação. Conforme ensina Carlos Alberto Carmona:

[...] o compromisso não é imprescindível para a instauração da arbitragem, de tal sorte que bastaria que as partes indicassem o árbitro (ou os árbitros), para que este (ou estes), aceitando o encargo, pudesse dar início ao processo arbitral.²³⁵

Houve questionamentos doutrinários em relação à aplicação imediata da cláusula compromissória cheia, sendo que duas teorias se firmaram na doutrina ao longo da vigência da lei de arbitragem. Uma delas é de que a ação do artigo 7º da Lei de Arbitragem é a única forma de se instituir compulsoriamente o juízo arbitral, independentemente de a cláusula compromissória ser vazia ou cheia.

A outra é no sentido de que somente nas cláusulas compromissórias vazias haveria necessidade de intervenção judicial, já que na cláusula compromissória

²³⁴ PINTO, José Emilio Nunes. A Escolha pela Arbitragem e a Garantia de sua Instituição. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 67-75. p. 68.

²³⁵ CARMONA, op. cit. p. 132.

cheia, o próprio órgão arbitral eleito pelas partes para dirimir os conflitos poderá ser instaurado para resolução do caso, e assim, o compromisso poderá ser feito diante do juízo arbitral, ou então, pelo próprio árbitro, caso haja recusa de uma das partes.

Conforme ensina José Emílio Nunes Pinto:

É muito importante que se sublinhe que, diante de uma cláusula compromissória de que conste a forma de sua instituição, não há que se falar em celebração de um compromisso. Insista-se nesse ponto, já que muitos ainda pensam ser o compromisso, nesse caso, necessário e essencial. No entanto, nem sempre a cláusula compromissória contém todos os requisitos necessários que permitam a imediata instituição do procedimento arbitral. À cláusula 'cheia' opõem-se às cláusulas ditas patológicas, patologia que contamina a regularidade e que impede que a vontade manifestada pelas partes possa ser efetivamente implementada. Nesses casos, e somente nesses casos, surge a exigência da celebração do compromisso, matéria que é disciplinada pelo artigo 6º da Lei de Arbitragem.²³⁶

Também a jurisprudência neste sentido:

EMENTA: Arbitragem – Cláusula compromissória – Execução – Existência de acordo prévio em que as partes estabelecem a forma de instituir a arbitragem, adotando as regras de órgão arbitral institucional, ou de entidade especializada – Hipótese de cláusula compromissória cheia – Submissão às normas do órgão, ou entidade, livremente escolhido pelas partes – Desnecessidade de intervenção judicial a firmar o conteúdo do compromisso arbitral – Recurso provido.²³⁷

Assim, tanto a jurisprudência, como a melhor doutrina entendem que a existência da cláusula compromissória cheia dispensa a atuação judicial e o procedimento do art. 7º da Lei de Arbitragem, afinal, ao submeter-se às regras de arbitragem de uma determinada entidade ou *ad hoc*, significa a aceitação das mesmas em todos os seus aspectos²³⁸, sendo que qualquer pendência relacionada à celebração do compromisso deve ser dirigida ao órgão arbitral eleito pelas partes contratantes.

Ademais, com o advento do Código Civil de 2002 e sua nova principiologia, a existência da cláusula compromissória cheia pressupõe que as partes, de boa-fé,

²³⁶ PINTO, op. cit. p. 69.

²³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 124.217.4/0. – Recurso Provido. Relator: Dês. Rodrigues de Carvalho. 5º Câmara de Direito Privado. São Paulo, 16 de setembro de 1999.

²³⁸ GAJARDONI, op. cit. p. 56.

querem levar seu conflito para solução através da arbitragem, e estariam agindo de má-fé, em contrariedade aos ditames legais, caso no surgimento do conflito se negassem ao cumprimento do acordo.

Por isso, para que não haja discussão sobre a matéria, aconselha-se que a cláusula compromissória seja sempre cheia e completa²³⁹, a fim de evitar problemas e desgastes para a automática instituição do juízo arbitral na solução das controvérsias advindas do contrato a que se refere.

Conforme elucida Rozane da Rosa Cachapuz:

[...] é importante que ela (cláusula compromissória) deva conter o maior número de normas referentes à instituição e instalação da Arbitragem ou a referência às regras de órgãos especializados, deixando para o compromisso arbitral a designação do objeto do litígio, quando e se surgir.²⁴⁰

Resta clara a importância de realizar a convenção da arbitragem através de cláusula compromissória cheia a qual contemplará todas as minúcias para a instituição imediata do órgão arbitral quando do surgimento do conflito, principalmente quando a arbitragem ocorrer na forma *ad hoc*, já que os órgãos especializados possuem, em regra, suas próprias regras pré-estabelecidas.

A cláusula compromissória, sob o aspecto pragmático, deverá conter, portanto, cláusula que defina que eventual conflito será sanado através da arbitragem, eleição do árbitro ou corpo de árbitros a atuar no processo, inclusive a forma de escolha do árbitro ímpar, em caso de recusa de uma das partes, cláusulas que prevejam os árbitros substitutos, cláusula de instalação imediata do juízo arbitral em caso do conflito, dentre outras, conforme cada caso concreto.

A importância de se ter uma cláusula compromissória cheia, reside especialmente no fato de uma das partes se recusar a levar a demanda ao árbitro, caso venha a ocorrer o litígio, e assim, a solução seria remetida ao Poder Judiciário em desacordo com a vontade inicial das partes.

A cláusula compromissória cheia, com detalhes e informações suficientes, assume real valor para a instituição imediata do Tribunal Arbitral, efetivando a

²³⁹ PITOMBO, Eleonora M. Bagueira Leal Coelho. Relevância do Advogado para a Arbitragem. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 46-51. p. 48.

²⁴⁰ CACHAPUZ, op. cit. p. 84.

finalidade inicial da convenção de arbitragem na consecução de justiça e paz social, com a celeridade essencial aos propósitos sociais do direito.

6.2 A CULTURA DO LITÍGIO

Ao questionar advogados sobre a utilização da arbitragem, a grande maioria irá dizer que prefere a jurisdição estatal para a solução de seus conflitos. Se questionados sobre o porquê dessa preferência, muitos nem sabem a resposta. Isso é fato.

Alguns, entretanto dizem que a expressão “arbitragem” traz conotação de arbítrio, arbitrariedade, e com isso, parece ser algo que não é justo. Já outros dizem que a arbitragem não é aceita, porque sua decisão é irrecorrível, e que aparentemente, não confiam nas decisões prolatadas por um árbitro ou tribunal arbitral.

Aliás, a instância única é vista pela grande maioria dos advogados, profissionais e estudiosos como a grande desvantagem da arbitragem em relação ao processo judicial comum. Tal fato pode ser percebido na seguinte colocação de Eleonora M. Bagueira Leal Coelho Pitombo ao falar da atuação do advogado na fase pré-arbitral:

Outrossim, incumbe ao advogado fornecer aos clientes todas as informações acerca da arbitragem, tais como: viabilidade (análise da arbitralidade objetiva e subjetiva), custo (adequação ‘vis-a-vis’ do valor da demanda e do custo aproximado da instituição arbitral escolhida), vantagens, **desvantagens (em regra: única instância)**, esclarecimento sobre câmaras arbitrais idôneas e adequadas à solução daquele determinado conflito, dentre outras, decidindo sobre a conveniência de sua escolha (grifo nosso).²⁴¹

Ressalte-se, que num país onde os recursos são infundáveis, e há aquela impressão de que sempre existe mais uma chance de mudar uma decisão para que seja mais favorável para o cliente, de fato, à primeira impressão, pode parecer ruim não haver a possibilidade de recorrer para a segunda instância no caso das arbitragens, ainda mais no Brasil onde a cultura do litígio é evidente.

Porém, como já foi salientado no primeiro capítulo do presente estudo, um

²⁴¹ PITOMBO, loc. cit.

dos maiores motivos da crise enfrentada hoje pelo Poder Judiciário, recai justamente nesta possibilidade de recursos infundáveis, que muitas vezes são utilizados pelos advogados apenas como forma protelatória para as decisões. Conforme ensina Miguel Reale acerca da referida crise:

Com razão foi dado realce aos empecilhos de uma legislação processual obsoleta, que propicia recursos e expedientes que solertes advogados convertem em instrumento tático de incabíveis e condenáveis delongas [...].²⁴²

Não se deve taxar a arbitragem como uma desvantagem em relação aos Processos Judiciais apenas pelo fato de esta não possuir recursos. A Arbitragem não possui recursos justamente porque intenta ser rápida, prática e eficaz na solução dos seus casos. Ademais, são as próprias partes que definem o procedimento a ser seguido e as regras para decisão do caso, ou a instituição eleita para a realização da arbitragem, nos casos de arbitragem institucional.

Portanto, não há necessidade de recursos injustificados quando a decisão é tomada de acordo com o caso concreto, e respeitando as próprias formas e procedimentos estipulados pelas partes signatárias do acordo. Buscou-se uma decisão para um problema e a decisão foi dada, sendo assim, cabe às partes apenas o cumprimento dessa decisão.

Outrossim, a fiscalização e controle dos atos, procedimentos e sentenças arbitrais continua sendo realizada pelo Poder Judiciário, já que a sentença arbitral, caso seja obtida com a prática de comportamentos éticos inadequados, será dotada de nulidade, ou seja, a sanção mais grave²⁴³ que poderia haver. O sancionamento rígido ocorre justamente para aumentar o controle sobre o poder dos árbitros e seus comportamentos.

Com isso, pode-se perceber que usar como pretexto para não utilização da arbitragem o fato de as sentenças arbitrais serem irrecorríveis, não é um motivo que se fundamenta por si só, já que os procedimentos arbitrais seguem os ritos escolhidos pelas partes, de acordo com as normas por elas estipuladas e, ainda sim,

²⁴² REALE, Miguel. Crise da Justiça e a Arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 5, Ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-13. p. 11.

²⁴³ PINTO, José Emilio Nunes. A Confidencialidade na Arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 6, Ano 2, julho-setembro de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25-36. p. 26.

se houver qualquer desconfiança acerca da sentença prolatada, será o Poder Judiciário competente para rever a questão, na sua atuação de poder controlador.

Cabe ressaltar ainda, que os árbitros, são pessoas que detém a confiança das partes, e por isso foram eleitas para solucionar o conflito, e a partir dessa premissa, não haveria que se falar em decisões parciais. Mesmo assim, restando dúvidas quanto aos comportamentos adotados pelos árbitros, caberá ao Poder Judiciário conhecer e julgar estas questões.

Dentro do contexto motivador da não utilização da arbitragem, uma das grandes dificuldades encontradas hoje, além da falta de conhecimento do instituto em si e das questões que envolvem a sua aplicabilidade prática, recai sobre a questão cultural.

Ocorre que os profissionais do direito não possuem qualquer contato com a Arbitragem durante seus estudos universitários. As universidades raramente possuem em suas grades curriculares disciplinas que ajudem os alunos a entenderem o funcionamento prático do instituto e sua contribuição como forma de pacificação social.

A Arbitragem é uma das formas alternativas de solução de conflitos que mais se aproxima do conceito de justiça estatal, ressalvada a impossibilidade de recurso e menor burocracia em seu processamento, e no entanto, o que se percebe é que os advogados não conseguem ter segurança em indicar a seus clientes que se utilizem desta alternativa.

Ao ser questionado sobre a forma arbitral de solução de conflitos surgem as dúvidas dos operadores: qual o funcionamento da arbitragem? Qual o tempo de resposta? Qual instituição é a melhor para este caso? Será que posso confiar na decisão prolatada? Vai ser caro o processo? Fica evidente a falta de conhecimento e preparo dos advogados para a utilização desta forma de acesso à justiça.

Por outro lado, a expressão “processo judicial”, nos termos do que significa hoje, traz um sentido que parece não ser justo, pois denota uma acepção de disputa, controvérsia, litígio, enfrentamento, além de demora, cansaço, desperdício de tempo, dentre outras. Porém, diferentemente da arbitragem, o processo civil é amplamente divulgado nas cadeiras universitárias, sendo que ainda há matérias de práticas processuais, nas quais os alunos aprendem literalmente como conflitar no

Poder Judiciário para obter êxito na ação.

O que se quer demonstrar aqui, é que apesar das expressões “processo judicial” e “arbitragem” serem igualmente fortes, que trazem sentidos acerca de conflitos e disputas entre partes, o processo judicial é muito mais aceito pela comunidade jurídica, eis que o processo contencioso é ensinado, nas universidades, como o que é normal, natural, meio adequado de fazer justiça e trazer paz social.

John Rawls, ao escrever sobre o senso de justiça, afirma que as crianças aprendem seus princípios de justiça de acordo com os ensinamentos que recebem de seus pais, já que a criança não possui condição para realizar uma análise crítica daquilo que aprende, e por amor e confiança nos pais, segue suas condutas como o que é correto.²⁴⁴

Da mesma forma ocorre com os profissionais de direito, que ao entrarem nas universidades não possuem ainda conhecimentos necessários para avaliar criticamente os meios empregados para realização de justiça. Por aprenderem que a forma contenciosa judicial é a correta, comumente empregada, acabam adquirindo a cultura do litígio, sem, muitas vezes, sequer, aprender que existem outras formas alternativas de acesso à justiça.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a justiça norte-americana concentra grande parte de suas demandas sendo resolvidas pela justiça privada, ficando à justiça Estatal apenas questões mais complexas e que restringem direitos fundamentais, tal como liberdade, vida, personalidade das pessoas. O ato Federal de Arbitragem, lei de 1925, decretou que “a justiça devia ser privatizada em primeiro lugar”²⁴⁵, e com isso, as arbitragens foram assimiladas pela cultura norte americana como a forma convencional de solução de controvérsias.

Portanto, a cultura do litígio acaba por prejudicar na aceitação da arbitragem como forma de resolução de conflitos, constitucionalmente tutelada, mas que ainda não atingiu uma tutela cultural ideal. A concordância com a arbitragem como meio de fazer justiça é uma questão de progressiva aceitação intelectual e cultural pela sociedade, e pelos operadores de direito de uma forma especial:

²⁴⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Risetta, Lenita Maura Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 512 e seq.

²⁴⁵ WALDMEIR, Patti. A Reestatização da Justiça Americana. **Financial Times**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/fintimes>. Acesso em: 14 nov 2007.

[...] há necessidade de divulgação dos seus propósitos, realçando os seus princípios e regras em todos os lugares onde possa haver o debate, especialmente nas Faculdades de Direito. É que, nelas, ensina-se o aperfeiçoamento da democracia e da cultura da arbitragem, o que sem dúvida, irá fortalecê-la por contribuir, de modo simples e rápido, com a paz entre os cidadãos, solucionando seus conflitos.²⁴⁶

Assim, o estudo da arbitragem nas escolas de ensino jurídico deve ser uma preocupação por partes das Faculdades e Universidades, pois há que se aprender que o Poder Judiciário não é a única forma de solução de conflitos, e tão menos a única forma apta a efetivar a justiça, pelo contrário, da forma em que se encontra hoje o Poder Judiciário, abarrotado de processos e causas sem fim, nas quais as respostas chegam atrasadas, a justiça não consegue ser efetivada, “ponderando-se que justiça tardia é justiça nenhuma”.²⁴⁷

Se os alunos aprenderem os mecanismos da arbitragem em toda a sua extensão, poderão contribuir para o desenvolvimento de sua atuação em benefício da sociedade.²⁴⁸ A mudança cultural é necessária para que a Arbitragem inove verdadeiramente como fonte de justiça:

Não se trata de substituir uma cultura por outra, mas sim de reconhecer a existência de uma contradição secundária entre duas opções por valores jurisdicionais, que devem coexistir numa dualidade cultural harmônica.²⁴⁹

Portanto, não se vislumbra acabar com o Poder Judiciário em detrimento da arbitragem, mas apenas que ambos os institutos possam coexistir e caminharem cada um à sua maneira, atendendo aos fins a que se destinam. No caso da arbitragem, o conhecimento da matéria favorecido pelas bancas e faculdades de direito poderá em muito contribuir para a mudança desse paradigma cultural.

Há que salientar, entretanto, que para o estudo, conhecimento e uma necessária mudança cultural de assimilação da arbitragem como forma alternativa ao ideal de justiça, é fundamental que aqueles que se interessam pelo tema tenham acesso às informações sobre sua prática. A busca e o acesso à informação são

²⁴⁶ JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem: questionamentos e perspectivas**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 80.

²⁴⁷ REALE, loc. cit.

²⁴⁸ JESUS, loc. cit.

²⁴⁹ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: (lei 9.307, 23.09.1996): mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001. p. 83.

essenciais para tal fim.

Em relação ao acesso à informação, contudo, há um aspecto interessante na arbitragem, que visto como uma de suas grandes vantagens pode, ao contrário, incorrer para auxiliar que este instituto permaneça desconhecido pelos operadores do direito, sem tradição de uso, pelo menos na prática.

Ocorre que o sigilo e confidencialidade são vistos como a grande vantagem dos processos arbitrais, especialmente em relações empresariais, nas quais os valores envolvidos, os segredos do negócio, o *know how*, e outras informações confidenciais e de mercado devem ser protegidas a todo custo, pois são valores agregados da empresa, em montantes inestimáveis.

Apesar de a Lei 9.307/96 não declarar expressamente o sigilo e confidencialidade da arbitragem e do procedimento arbitral, sempre se admitiu como regra a existência de um dever legal de sigilo por parte dos participantes ou intervenientes no procedimento arbitral.

Embora a lei brasileira seja silente quanto à confidencialidade na arbitragem, as câmaras de arbitragens brasileiras trazem em seus regulamentos disposições que obrigam as partes ao sigilo:

No que tange aos regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais brasileiras, todos eles cuidam do sigilo, impondo-o às partes, árbitros e quaisquer pessoas vinculadas à instituição e que tenham acesso a esses dados e informações em razão do ofício ou da participação no procedimento arbitral.²⁵⁰

Tanto a confidencialidade é uma regra absolutamente rígida nos órgãos institucionais arbitrais e nos tribunais arbitrais *ad hoc*, que qualquer pessoa que queira presenciar os procedimentos arbitrais, somente terá sua presença permitida nas audiências ou painéis arbitrais mediante autorização do tribunal e das partes.

A privacidade exigida no procedimento arbitral permite que a ele participem apenas as partes, seus procuradores, os árbitros e os terceiros que venham a ser chamados para participar de alguma forma, excluindo absolutamente qualquer terceiro da possibilidade de assistir ou participar de quaisquer sessões do tribunal arbitral.

²⁵⁰ PINTO, op. cit. p. 28.

Segundo José Emilio Nunes Pinto, o dever legal de sigilo decorre do § 6º do art. 13 que impõe que os árbitros ajam com discricção no desempenho de suas funções de árbitro.

[...] o art. 13, § 6º, ao exigir que os árbitros, no desempenho de sua função, ajam com 'discricção', impõe a eles o sigilo sobre o procedimento, seus atos, documentos, informações e dados trazidos pelas partes e, ainda, quanto à própria sentença arbitral. Portanto, o dever de sigilo imposto aos árbitros está contido na expressão, proceder com discricção. [...] Consequentemente, a divulgação, publicação ou o uso não autorizado de dados, informações e documentos sob a titularidade de uma das partes e que venham ao conhecimento da outra e de todos os que participem desse procedimento em razão do próprio procedimento arbitral devem ser mantidos restritos ao contexto arbitram e protegidos pelo sigilo.²⁵¹

Com isso, tem-se que a quase totalidade de questões que envolvem os procedimentos arbitrais permanece em sigilo e confidencialidade das partes, o que em tese, prejudica no seu conhecimento por aqueles que gostariam de saber um pouco mais sobre a arbitragem, e especialmente para os estudantes de direito que perdem a oportunidade de presenciar sessões e audiências arbitrais.

Se por um lado é essencial à arbitragem a manutenção do sigilo e confidencialidade, especialmente para aquelas causas empresariais onde não há qualquer tipo de interesse na divulgação de informações de propriedade intelectual ou valores envolvidos, tal como ocorre com as sociedades anônimas abertas, por exemplo, nas quais a publicação de informações pode até diminuir o valor cotado de suas ações na bolsa, por outro lado, a falta de conhecimento dos procedimentos e decisões suscita dúvidas aos juristas para a aplicação da arbitragem.

Atualmente, a única forma de conhecimento parcial das sentenças arbitrais ocorre com as ações de declaração de nulidade destas sentenças, quando por algum motivo uma das partes não está satisfeita com o resultado, já que entende que o mesmo está eivado de vícios e condutas antiéticas. Fora disso, não é possível saber como estão sendo realizados os julgamentos de determinadas questões, e a tendência de julgamentos desses órgãos por matérias.

Os juristas hodiernos se calcam em jurisprudências para passar o mínimo de segurança sobre os eventuais litígios a seus clientes, e no caso das arbitragens isso

²⁵¹ PINTO, op. cit. p. 31 seq.

não é possível. Outra coisa que não é possível saber atualmente, é quantidade de sentenças arbitrais em que há incidência de recursos aos tribunais estatais. Os sites dos órgãos institucionais arbitrais trazem poucas informações acerca da quantidade de casos, quantos foram julgados, se as partes ficaram satisfeitas com as decisões ou se houve ações posteriores de nulidade de sentenças arbitrais.

Esta escassez de informações acerca das decisões, procedimentos, e até satisfação das partes em relação ao processo arbitral decorre do dever de sigilo assumido por todos aqueles que tiverem participação direta, e até indireta na resolução do conflito.

Haveria uma solução para isso, qual seja, com a criação pelos órgãos arbitrais e tribunais de um banco de dados que ajudasse na busca dessas informações por aqueles que querem entender um pouco mais do instituto da arbitragem na prática.

Tal ocorreria com algumas mudanças de procedimentos buscando a relativização da manutenção do sigilo e confidencialidade dos processos pelas câmaras arbitrais, mantendo-se, porém, toda a privacidade relevante dos casos.

Assim, por exemplo, na celebração do termo de compromisso as partes, antes mesmo de iniciar o julgamento, poderiam definir se querem ou não que seja mantida a confidencialidade para seu caso. Em optando pela confidencialidade, ela poderia escolher ainda se haveria possibilidade de publicação de um simples extrato do caso, sem especificação das Partes, valores e detalhes que pudessem identificá-lo.

Da mesma forma, antes de iniciar o processo de arbitragem, as partes signatárias do acordo poderiam escolher se vão ou não permitir a presença de terceiros nesses procedimentos, e com isso, as próprias Câmaras de Arbitragem poderiam fazer o agendamento dessas participações, quando autorizadas.

Com a relativização do dever de sigilo, sempre mediante prévia autorização dos convenientes, poderia haver uma publicação que mencionasse as partes designadas como A e B, por exemplo, informando o motivo real da disputa, e a solução dada ao caso. Sem identificar as partes e mantendo sua privacidade, sigilo e confidencialidade, é possível sistematizar o conteúdo das decisões que estão sendo tomadas no âmbito das Câmaras Arbitrais.

Esta prática já é utilizada pela Câmara de Comércio Internacional – CCI, que, apesar de manter a confidencialidade, permite que haja uma consolidação de conhecimentos visando à aplicação e acesso à informação sobre a arbitragem. Arnold Wald explica:

Um resultado notável da tradição da arbitragem da CCI é a consolidação de uma jurisprudência da Corte, graças à publicação dos extratos dos laudos arbitrais. Assim, as sentenças promulgadas no seu âmbito poderão servir de exemplo e de parâmetro para o desenvolvimento da arbitragem internacional, além de influenciar os tribunais estatais para que apliquem as normas do direito internacional, a ‘lex mercatoria’ e os princípios da Unidroit.²⁵²

Com uma publicação periódica de extratos das sentenças arbitrais, fica mais fácil aos operadores do direito e à classe empresária conhecer na prática como estão sendo realizados os julgamentos em suas principais matérias.

Também poderia haver publicações periódicas de estatísticas, a exemplo do que já faz a Câmara de Comércio Brasil Canadá²⁵³, para que se possa analisar comparativamente o aumento da demanda da arbitragem como forma de solução de conflitos e até mesmo para verificar o direcionamento dado às decisões.

Dos muitos sites na internet de várias instituições arbitrais brasileiras²⁵⁴, apenas duas²⁵⁵ trazem informações mais precisas acerca dos árbitros que podem ser escolhidos, dos valores de custas e honorários, das matérias julgadas por cada órgão, dos prazos de julgamentos, e algumas estatísticas que ainda são bastante incipientes.

²⁵² WALD, Arnold. O Controle do processo arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio internacional – CCI. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 27-35. p. 33.

²⁵³ Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBC). Comunicação. Estatísticas. Dados Estatísticos. Disponível em: http://www.ccbc.org.br/download/arbitragem_dados_estatisticos.pdf. Acesso em: 12/09/2007.

²⁵⁴ Foram visitados os sites disponíveis da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE): http://www.cbmae.com.br/CACBSite/regulamento_interno.htm; Instituto Jurídico Empresarial (IJE): <http://www.ije.com.br/>; Câmara de Arbitragem Empresarial de São Paulo (SP Arbitral): <http://www.trarbitral.org.br/>; Tribunal Metropolitano de Mediação e Arbitragem de São Paulo (TRIMMASP): <http://www.trimmasp.com.br/>; Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP): <http://www.caesp.org.br/>; Câmara de Arbitragem Empresarial (CAMARB): <http://www.camarb.com.br/principal/default.aspx>; Câmara de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro (CAMARJ): <http://www.amchamrio.com.br/servicos/camarj.asp>; Câmara de Mediação e Arbitragem (ARBITAC): <http://www.arbitac.com.br/>; Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem: <http://www.fgv.br/camara/>. Acesso em: 23/11/2007.

²⁵⁵ Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.org.br/>. Acesso em 23/11/2007. Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBC). Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp>. Acesso em: 23/11/2007.

A Câmara de Comércio Brasil Canadá informa que no último semestre foram finalizados 70 casos, sendo que 18 ainda estão em andamento. Explica também as matérias e valores envolvidos de forma genérica.²⁵⁶ A Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo confirma a instauração de 89 procedimentos arbitrais até junho de 2007, com encerramento de 69 procedimentos, e ainda consta algumas outras informações acerca dos honorários e custas processuais, prazos de duração dos procedimentos, dentre outras.²⁵⁷

No site da *International Court of Arbitration* (ou CCI), além da possibilidade de aquisição do *Bulletin*, que contém os extratos das sentenças arbitrais, ainda há a publicação das estatísticas. Em 2006, por exemplo, foram realizadas 593 solicitações de arbitragem, sendo 1.613 partes de 125 países, nas quais 10,5% uma das partes era um Estado ou entidade paraestatal, sendo que 55,5% das demandas possuíam valores acima de um milhão de dólares, e 293 casos foram resolvidos durante o ano de 2006.²⁵⁸

Portanto, a deficiência de demonstrativo de estatísticas e informações práticas contribui para que esses dados não cheguem a conhecimento dos usuários. É preciso que as Câmaras e Instituições de Arbitragem publiquem seus dados, seus números, para auxiliar os operadores do direito quanto à instituição ou não da arbitragem, e na escolha da melhor instituição para o seu caso.

Sugere-se ainda que sejam mensuradas e publicadas informações como o grau de satisfação dos partícipes da arbitragem, bem como o percentual de sentenças arbitrais em que há recurso aos tribunais judiciais, se a arbitragem ocorreu por direito ou equidade, e se possível, os extratos das sentenças arbitrais.

Conforme ensina Flávia Bittar Neves:

[...] ainda há muito desconhecimento e certa resistência por parte dos operadores jurídicos e do empresariado nacional, que não se sentem totalmente confortáveis para deixar de submeter seus conflitos ao julgamento do Poder Judiciário, reflexo de uma cultura de Estado autoritário e intervencionista a que a sociedade brasileira se

²⁵⁶ Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBC). Comunicação. Estatísticas. Dados Estatísticos. Disponível em: http://www.ccbc.org.br/download/arbitragem_dados_estatisticos.pdf. Acesso em: 23/11/2007.

²⁵⁷ Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Serviços. Estatística. Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.org.br/>. Acesso em: 23/11/2007.

²⁵⁸ International Court of Arbitration (ICC). Statistics. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id11088/index.html>. Acesso em: 23/11/2007.

acostumou.²⁵⁹

Portanto, a falta de conhecimento da arbitragem é um dos grandes fatores que impede sua difusão, não só aos operadores de direito, bem como à comunidade empresária brasileira.

Uma adaptação da questão do sigilo, que não fira os direitos das partes quanto à privacidade e intimidade, bem como direitos de terceiros não diretamente envolvidos na arbitragem, poderia ajudar no acesso de informações sobre a efetivação prática da arbitragem, auxiliando inclusive para a sua maior aceitação cultural.

Por outro lado, esta aceitação cultural e receptividade da arbitragem poderá ajudar na celeridade e melhora da prestação jurisdicional do Estado, desobstruindo o Poder Judiciário de causas que podem ser plenamente resolvidas por árbitros, e manter o Judiciário só com o que é próprio do Judiciário, estando mais apto a cuidar de casos de segurança pública, de ordem pública, de questões penais, de direitos da coletividade, em fim, de questões que cabe ao Estado tutelar por não poderem ser livremente dispostas pelas partes.

6.3 EXIGÊNCIA EMPRESARIAL ATUAL

No âmbito do presente estudo imperioso se faz abordar a atual necessidade e exigência empresarial brasileira frente às soluções rápidas e eficazes de seus litígios. É ínsito do campo empresarial que haja disputas de mercados, relacionadas à participação acionárias, relativas a produtos ou insumos, fornecimentos, dentre outras que causam desentendimentos entre sócios, clientes, fornecedores e concorrentes.

Numa realidade globalizada as Empresas, Companhias e Grupos Empresariais firmam várias parcerias de desenvolvimento de novas tecnologias, contratos de *joint ventures* e contratações diversas nas quais cada uma das partes entra com a tecnologia que já possui, que em conjunto com a tecnologia da empresa parceira, possibilitará o desenvolvimento de outras novas tecnologias e assim, novos

²⁵⁹ NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-Econômicos do Negócio? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 9, Jan-Mar de 2006, São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2006, p. 30-39. p. 38.

produtos.

Estas relações devem estar munidas de cláusulas de proteção à concorrência, sigilo e confidencialidade em relação ao *know how* de cada uma das empresas, de quem será a propriedade do novo produto desenvolvido, os aspectos sobre a venda desses produtos no mercado interno e internacional, eventuais pagamentos de *royalties*, bem como a distribuição dos lucros advindos da comercialização do novo produto.

Porém, se atualmente houver um litígio em decorrência desta contratação, sem que haja estipulação de cláusula compromissória no contrato, e sem que as partes tenham interesse em firmar termo de compromisso arbitral depois de instalado o problema, tal questão irá ao Poder Judiciário para ser resolvida sem data para a vinda da solução, podendo inclusive comprometer para sempre o relacionamento entre antigos parceiros. Flávia Bittar Neves elucida a questão:

Tem se verificado que o uso de métodos extrajudiciais de solução de conflitos contribui para a manutenção do relacionamento comercial entre as partes envolvidas na lide, gerando alto nível de satisfação entre os empresários e seus 'stakeholders', tais como parceiros comerciais, fornecedores e clientes.²⁶⁰

A solução do problema pelo Poder Judiciário de nada adiantará se vier atrasada. Uma das formas de fugir da dificuldade de lentidão do judiciário é recorrer à arbitragem. Conforme demonstra notícia vinculada na Revista Exame PME o empresariado brasileiro não tem a menor condição de esperar anos por uma decisão:

O drama vivido pelo empresário Eduardo Marcondes, dono da empresa paulista Gama-Forte, franqueadora da rede de casas noturnas Café Cancun, que fatura 32 milhões de reais por ano, é típico de muitos pequenos e médios empresários. Há nove anos ele tenta receber uma indenização de um ex-franqueado que quebrou as regras de um contrato. 'Gastei 80 000 reais e até agora não vi nem sequer a sombra de uma decisão' diz Marcondes. 'A empresa que estou processando nem existe mais'. Em 2004, quando voltou a ter o mesmo tipo de problema com outro franqueado, ele encerrou o caso em cinco meses, gastando 20 000 reais. Em vez de recorrer aos tribunais da Justiça, o empresário procurou uma câmara de

²⁶⁰ NEVES, op. cit. p. 30.

arbitragem. 'Foi muito mais simples, rápido e barato', diz.²⁶¹

Com a reportagem acima e as declarações realizadas pelo empresário, consegue-se dimensionar o problema enfrentado pela classe empresária brasileira quando necessita de resposta rápida e eficaz para a solução de litígios envolvendo questões comerciais entre empresas, empresários, fornecedores, dentre outras.

Para a classe empresária, que muitas vezes atua em mercados competitivos e velozes, especialmente àqueles ligados à tecnologia e informação, ou relacionados ao desenvolvimento de novas tecnologias, um desentendimento não resolvido rapidamente, como costuma ocorrer quando se opta pelo Judiciário, com suas inúmeras possibilidades de protelação das decisões, pode gerar crise e estagnação na empresa, e resultar inclusive em perda de competitividade e de mercado, causando danos de difícil apuração.

Em disputas societárias também o prejuízo pela espera de uma resposta pelo poder judiciário é incalculável, já que o conflito, que na maioria das vezes é familiar, acaba levando as companhias a altos graus de descrédito social e econômico, fazendo com que entrem em longos processos de recuperação judicial, e que o valor de suas ações despenquem.

No mercado de capitais, a falta de uma política de utilização da arbitragem como solução de conflitos engessa os investimentos internacionais no país, já que o investidor externo não pode esperar anos para ter decisões de cumprimento dos seus contratos que possuem vários riscos envolvidos. "Nessa linha de raciocínio, a arbitragem seria uma forma barata de fazer valer os contratos, o que derrubaria os custos da transação".²⁶²

Selma Lemes ressalta a importância da arbitragem na economia e nas gestões empresariais atuais: "Ao analisar um negócio, o investidor avaliará a possibilidade de economizar na hora de resolver divergências. Isso porque, com a arbitragem, não terá de arcar com o gasto de tempo com o judiciário".²⁶³

²⁶¹ VAZ, Tatiana. Mais rápido e mais barato. Como a arbitragem, uma espécie de tribunal alternativo, facilita a vida das pequenas e médias empresas na solução de conflitos. **Revista Exame PME**. ed. 3, p. 76-77, Jul-Ago 2006, São Paulo: Editora Abril, 2006. p. 76.

²⁶² FERNANDES, Simone. Justiça. A solução fora da corte. **Revista Amanhã - Gestão, Economia e Negócios**. Ano 20, nº 219, Abril de 2006. São Paulo: Editora Abril, 2006, p. 68-72. p. 69.

²⁶³ FERNANDES, loc. cit.

Nos casos das matérias acima elencadas, quando o Poder Judiciário fosse realmente julgar as causas, certamente não haveria perdas e danos que cobrissem suficientemente o prejuízo sofrido pelas partes, especialmente àqueles decorrentes da demora da solução. O processo arbitral é mais econômico frente à demora do judiciário.

Não há mais compatibilidade da realidade empresária atual com a Justiça Pública, formal, formalista, complicada, alheia ao pragmatismo e à celeridade do comércio, da indústria e da empresa.²⁶⁴ “A realidade social pujante em que vivemos não se contenta mais com o modelo individualista das soluções judiciais de antanho”.²⁶⁵

Além disso, na justiça estatal o processo jurídico muitas vezes compromete para sempre o relacionamento entre os adversários, sendo que na arbitragem, o árbitro pode atuar como um gestor do conflito, da crise, julgando a demanda em tempo menor, possibilitando às partes a viabilidade de entendimento futuro, primando inclusive pela continuidade das parcerias.

Porém, apesar de destacados vários aspectos da importância da mudança cultural brasileira para maior aceitação da arbitragem como forma de solução de conflitos, sua procura ainda é incipiente, sendo que a classe empresária brasileira possui uma visão muito restrita dos benefícios práticos que esta forma de solução de conflitos pode trazer. Isso se dá, como exposto, pela falta de divulgação de informações precisas e necessárias aos usuários da arbitragem.

A *American Arbitration Association* (AAA) realizou em 2003 uma pesquisa que demonstrou de forma clara e objetiva a visão empresarial da arbitragem nos Estados Unidos.²⁶⁶ Tal pesquisa adota a expressão “*dispute-wise*” para identificar as empresas de acordo com o maior ou menor grau de utilização da arbitragem, que são classificadas em três níveis:

²⁶⁴ LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5-20. p. 8.

²⁶⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo apud NEVES Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-Econômicos do Negócio? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 9, Jan-Mar de 2006, São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2006, p. 30-39. p. 38.

²⁶⁶ American Arbitration Association (AAA) – **Dispute Resolution Services Worldwide** - Dispute-Wise Business Management – Improving Economic and Non-Economic Outcomes in Managing Business Conflicts. Disponível em: < <http://www.adr.org/si.asp?id=4124>>. Acesso em: 05 out 2007.

- *Most “dispute-wise”* – empresas que se utilizam freqüentemente da arbitragem;
- *Moderate “dispute-wise”* – empresas que se utilizam eventualmente da arbitragem;
- *Least “dispute-wise”* – empresas que raramente se utilizam da arbitragem como forma de solução de conflitos.²⁶⁷

A partir dessa classificação, a pesquisa demonstra que quanto maior o grau de freqüência na utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos, maior o grau de inteligência e eficiência da empresa quanto à forma escolhida para gerenciar a solução dos conflitos em que se envolvem.

Para os termos da pesquisa, vencer a demanda não é necessariamente o principal objetivo das empresas, mas sim administrar os impactos econômicos e não-econômicos dos conflitos em que a empresa é envolvida e em relação ao próprio negócio. Flávia Bittar Neves, secretária geral da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil, explica a utilização das ADRs (*Alternative Disputes Resolutions*) e seus benefícios, segundo o setor empresarial norte-americano:

Além disso, o uso das ADRs aparece como uma característica positiva de departamentos jurídicos considerados “*dispute-wise*” (gerenciados com inteligência), o que, associado a outras práticas de gerenciamento de riscos, contribui com a imagem da empresa no mercado, que passa a ser reconhecida como uma organização administrada com eficiência. A pesquisa constatou que uma característica típica das empresas que usam as ADRs é a tendência em realizar uma visão global do conjunto de conflitos que envolvem a organização, direcionando a solução de cada um deles segundo propósitos de minimização de riscos, custos, tempo despendido e preservação de relacionamentos comerciais.²⁶⁸

Portanto, não é só no aspecto temporal em si que a arbitragem e outras alternativas extrajudiciais de soluções de conflitos se mostram vantajosas em relação aos processos judiciais, e esta perspectiva já foi assimilada culturalmente pelos empresários norte-americanos.

No Brasil, “a arbitragem só não é mais usada por desconhecimento”, afirma a advogada Selma Lemes.²⁶⁹ Mas quem usou uma vez, certamente não volta mais

²⁶⁷ American Arbitration Association (AAA), loc. cit.

²⁶⁸ NEVES, op. cit. p. 32.

²⁶⁹ VAZ, op. cit. p. 76

ao Poder Judiciário quando tiver problemas:

[...] foi o que descobriu Maurício Linn Bianchi, dono da BKO, pequena construtora paulista. Depois de enfrentar dois processos – um de nove e outro de sete anos -, o empresário recorreu à arbitragem com base num cálculo simples. Ao longo de todos esses anos de batalhas judiciais, a BKO já gastou em honorários metade do que deve receber se ganhar as duas ações. Se os processos não ultrapassarem a média de 12 anos da Justiça brasileira, o pouco que restar (se restar) pode nem dar conta das despesas remanescentes. Bianchi pisou pela primeira vez no terreno da arbitragem há três anos, quando um cliente interrompeu o pagamento da construção de um hotel. Passados oito meses, o caso estava resolvido e o valor do débito foi pago. ‘Gastei apenas 15% do valor da causa’, afirma Bianchi.²⁷⁰

Portanto, mesmo que incipiente, os empresários brasileiros começam a se utilizar desta forma de resolução de litígios. E certamente aqueles que puderam ter uma experiência como a acima relatada, nunca mais recorrerão ao Poder Judiciário, salvo se o quadro e perspectivas atuais mudarem radicalmente ou se seu problema for de direitos indisponíveis.

A arbitragem adequa-se aos anseios e necessidades da empresa e do empresário, já que sua razão de existir é a preciosa alternativa de acesso à Justiça em detrimento da jurisdição Estatal, cuja maior expressão é a presteza de suas soluções. Celeridade, economia, segurança, sigilo, presteza, conhecimentos especializados do árbitro, e demais adjetivos que em conjunto tornam a arbitragem adequada e justa, o que o poder judiciário não possui condição, pelo menos neste momento, de oferecer.

6.4 O PAPEL DO ADVOGADO

O último título deste trabalho, antes das considerações finais e conclusões, não poderia deixar de comentar algumas questões relativas ao papel do advogado para a análise, escolha e processamento da arbitragem.

Embora não seja obrigatória a presença do advogado no procedimento arbitral, sua presença como procurador de qualquer dos litigantes é admissível, de acordo com o que dispõe o artigo 23, §3º da Lei de Arbitragem:

²⁷⁰ VAZ, op. cit. p. 77.

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.

[...]

§3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.²⁷¹

De início, é importante frisar que o contrato que estabelece a arbitragem como forma de solução de conflitos por si só já merece a análise do advogado, para verificar se as cláusulas foram inseridas de acordo com a legislação vigente, e especialmente se estão em consonância com os interesses da parte contratante, que pode assinar uma cláusula sem ter noção exata de sua amplitude.

Esta é uma tarefa preventiva do advogado, no qual exerce atividade de consultoria jurídica para evitar que seu cliente tenha quaisquer prejuízos no futuro em decorrência da contratação celebrada. O advogado será capaz de analisar os riscos e responsabilidades jurídicas assumidos pelo cliente na contratação, e assim, evitar cláusulas não apropriadas para o negócio a ser firmado.

Nesta tarefa de aconselhamento o advogado, ciente da vontade de seu cliente em eleger o foro arbitral, estará atento para as questões práticas da instituição do juízo arbitral, caso o litígio venha a acontecer. Com isso, ele poderá indicar a melhor cláusula compromissória que permita que não haja percalços e extensões à efetiva aplicação da arbitragem na prática.

Como já se demonstrou, a cláusula compromissória deve ser cheia, e conter todas as minúcias e principais detalhes para a instituição do órgão arbitral, já elegendo os suplentes, determinando nominalmente o árbitro ou corpo de árbitros, casos de instalação imediata do juízo arbitral, e todas as demais questões que sejam necessárias à efetiva implementação do instituto em sua função jurisdicional privada.

Porém, nem todos os contratos assinados por particulares são encaminhados anteriormente aos advogados para análise e aconselhamento. Então,

²⁷¹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

haverá casos em que as cláusulas arbitrais foram inseridas sem análise profunda e que, verificado o litígio, haverá necessidade de execução do estabelecido no acordo.

A questão não se trata apenas de importância, mas até de necessidade da presença do advogado no procedimento arbitral:

Apesar de não ser obrigatória a presença do advogado, ninguém nega a importância que o advogado poderá ter no desenrolar de um procedimento arbitral, especialmente considerando que este meio de solucionar controvérsias atingirá ordinariamente causas de certa complexidade, tudo a exigir conhecimentos técnicos aprofundados. Será difícil, efetivamente, imaginar a arbitragem, de porte médio que seja, sem a presença direta e constante do advogado.²⁷²

O advogado assume especial importância neste aspecto já que, como conhecedor de direito e das leis, poderá defender os interesses do seu cliente, de modo que o procedimento arbitral e a decisão arbitral não sejam acometidos de vícios que poderiam gerar a nulidade do processo e da sentença através de ação de declaração de nulidade proposta pela contraparte, tornando a arbitragem inócua em sua aplicação.

Porém, durante o procedimento arbitral, tanto advogados quanto árbitros devem tomar cuidado para não “processualizar” a arbitragem, e perder uma de suas principais virtudes que é a celeridade.

O advogado deve estar consciente do papel que desempenha antes, durante e após o procedimento arbitral, dever esse que vai desde a elaboração da cláusula compromissória nos contratos, captando o real interesse das partes, até o compromisso de não postular em juízo a anulação dos laudos arbitrais, especialmente se participou de todo o procedimento, excepcionados os casos em que a própria lei concede esse direito.²⁷³

Com a necessária mudança de paradigma pela qual passa a administração da Justiça no Brasil, será extremamente relevante aos advogados conhecer, entender e divulgar o processamento da arbitragem, já que esta começa a transpor-se da condição de instituto alternativo para uma necessidade real da sociedade, especialmente da sociedade empresária.

²⁷² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 206.

²⁷³ BONILHA, Alessandra Fachada. Ética na Arbitragem: árbitros, advogados e partes. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 14-20. p. 19.

Portanto, cabe aos advogados instruir seus clientes para a existência de outras formas de solução de conflitos e inclusive sugerir, para o determinado caso concreto de um contrato, qual a melhor jurisdição para o mesmo e, se julgar ser a arbitragem a melhor alternativa, informar quais os melhores órgãos institucionais para processamento e julgamento daquele caso, ou então, a definição do tribunal *ad hoc*.

Também será de responsabilidade do advogado a conclusão da cláusula compromissória cheia, atentando-se para todos os requisitos e necessidades de forma a não torná-la inócua ou patológica, quando de sua aplicação prática. Em que pese a não obrigatoriedade do advogado para a conclusão de cláusula compromissória ou do próprio procedimento arbitral, somente um profissional competente e com entendimento suficiente acerca da matéria poderá conduzir seus clientes a convencionar uma boa cláusula ou compromisso arbitral.

Assim, devem ser considerados os requisitos elencados nos art. 10 e 11 da lei de arbitragem, bem como prevenções para as ocorrências previstas no art. 12 da lei, para que não haja extinção do compromisso arbitral, tornando inócua a convenção de arbitragem, dentre outras.

O advogado deverá entender o funcionamento e processamento da arbitragem *ad hoc* e utilizar-se de todos os mecanismos para que a cláusula compromissória ou compromisso arbitral sejam efetivos, e ainda conhecer as Câmaras de Arbitragem institucionais a fim de orientar o cliente na escolha da instituição mais adequada ao tipo de problema a ser eventual e futuramente resolvido, de acordo com a matéria e valores envolvidos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à Justiça, como garantia constitucional que deve ser prestado pelo Estado, tem status de direito fundamental ligado diretamente à dignidade da pessoa humana. Atualmente a justiça é promovida pelo Estado através do Poder Judiciário, que se encontra em uma crise gerada por diversos fatores e que colima no problema maior de tempo de resposta aos casos que são levados para seu julgamento.

Este acesso à justiça deve ser garantido não somente com acesso ao Poder Judiciário, bastando o puro e simples acesso para que se cumpra o texto constitucional, sem que haja previsão de quando será dado o direito àqueles que o procuram. Atualmente, levar um processo para julgamento pela justiça estatal, poderá levar anos de espera por uma resposta, sem contar os enormes desgastes emocionais e financeiros oriundos de uma disputa judicial.

O Estado não tem conseguido prover o acesso à justiça a todos em um tempo razoável como prevê o texto constitucional, e com isso tornaram-se necessárias outras alternativas de solução de conflitos, especialmente as extrajudiciais.

Conclui-se, neste contexto, que a arbitragem ganha importância, já que além de fazer justiça, com decisão válida, segura e eficaz, é o procedimento que mais se assemelha àquele judiciário, entretanto, com uma principal diferença: as decisões, se prazo menor não estipularem as partes, serão proferidas em até seis meses do início do julgamento.

A recepção da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro não foi simples. Para que pudesse ser reconhecida como uma alternativa válida de solução de conflitos houve necessidade de uma lei que a regulamentasse, o que ocorreu somente em 1996, sendo que mesmo após a vigência da lei sua constitucionalidade foi amplamente questionada e debatida, até que em meados de 2001 o Supremo Tribunal Federal declarou pela constitucionalidade da Lei 9.307/96.

Apesar de a arbitragem ser matéria presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição do Império de 1824, ganhou status legal a partir da vigência da referida lei, porém, sua aceitação no meio jurídico se deu somente a partir da declaração de sua constitucionalidade em 2001, momento em que se

outorgou a necessária segurança jurídica ao instituto. A partir de então começa a ser mais utilizada como alternativa de acesso à justiça em detrimento de um judiciário lento e formalista.

A utilização da arbitragem é realizada através de uma convenção privada, na qual as partes excluem do Poder Judiciário o conhecimento e processamento de eventual litígio que venha a existir entre elas. Assim, a arbitragem é máxima expressão da autonomia privada e deverá respeitar todos os princípios contratuais vigentes.

Dentre eles, além de não ofender à ordem pública e aos bons costumes, deverão estar presentes a boa-fé objetiva, que visa ao cumprimento espontâneo do estabelecido no acordo, bem como a função-social do contrato, que nada mais é do que a relativização de princípios individualistas em detrimento de princípios sociais.

Conclui-se do estudo dos referidos princípios, que o código civil de 2002 se pauta em princípios éticos nas contratações, já que limita a liberdade plena e a autonomia da vontade presentes no modelo clássico de contrato, para incorporar os aspectos de um estado social de direito, eliminando-se os pressupostos individualistas para tutelar o que é de caráter coletivo e social.

Com isso, espera-se que a convenção de arbitragem seja cumprida com a expectativa legítima que se deve esperar das partes convenientes, já que o cumprimento do acordo é também o respeito à liberdade das partes, dentro dos limites legais, de estabelecerem a forma de resolução dos seus conflitos. As partes que de boa-fé cumprem seus acordos, realizam a função social dos mesmos, com o menor prejuízo social possível.

Outra questão importante que pode ser concluída a partir do presente estudo é acerca da efetividade da convenção de arbitragem. Neste sentido deve-se buscar a utilização da cláusula compromissória cheia sempre que possível, a qual deverá conter os requisitos mínimos de instauração imediata da arbitragem em caso de qualquer conflito, para que não haja necessidade de remessa do litígio ao judiciário para julgamento, tornando inócua a aplicação do instituto.

Há que se repensar ainda sobre a cultura do litígio, já que atualmente o processo judicial é absorvido pela sociedade brasileira como a forma normal de acesso à justiça, por não serem divulgadas de forma ampla e correta as outras

formas alternativas de solução de conflitos.

As faculdades e universidades de direito devem se preocupar em inserir o quanto antes as disciplinas relacionadas às formas extrajudiciais de solução de conflitos em suas grades curriculares, de forma que os futuros operadores do direito possuam conhecimento de suas características, visando uma transição cultural neste aspecto.

Para viabilizar, ainda, o acesso à informações pragmáticas do instituto, deve-se repensar a matéria relativa ao dever de sigilo e confidencialidade, que embora não previsto expressamente na lei de arbitragem, é regra que se impõe como corolário do dever de discrição que possuem os árbitros e as partes envolvidas no objeto litigioso.

Tal sigilo e confidencialidade acabam por velar os atos arbitrais e suas decisões, e com isso advogados e usuários ficam com poucos recursos de pesquisa voltada à prática, quando precisam de maiores informações acerca do direcionamento dado pelas instituições em suas sentenças arbitrais, bem como outros dados relacionados à quantidade, qualidade, e grau de satisfação dos usuários com os processos arbitrais.

Poderia haver por parte das Câmaras e Instituições de Arbitragem publicação de dados estatísticos que confortassem mais os usuários na busca de sua utilização. Com tais medidas, ocorreria um maior entendimento da arbitragem inclusive pela sociedade empresária, que certamente é a que mais necessita de soluções rápidas, válidas seguras, econômicas e eficazes em um mercado competitivo.

Muitas vezes, nem mesmo os próprios advogados que as auxiliam possuem conhecimentos práticos acerca de seu processamento, e sentem dificuldade em sugerir sua utilização, já que dificilmente um advogado conseguiria assistir a um painel ou qualquer outro ato do procedimento arbitral em decorrência do sigilo e confidencialidade.

Desde que reservados os direitos à privacidade e intimidade das partes, mantendo-se confidenciais informações referentes aos negócios, poderiam ser publicados apenas os extratos das sentenças, apenas para garantir um banco de dados de pesquisa de como estão sendo resolvidos os casos levados à julgamento

pela arbitragem.

Ressalte-se ainda a necessidade de buscar sempre o aconselhamento de um advogado na redação das cláusulas compromissórias ou do compromisso arbitral, o qual poderá verificar o cumprimento de todos os requisitos legais para a validade da convenção da arbitragem, de forma a eliminar os riscos de se tornar inócua a instalação da arbitragem quando da ocorrência do litígio e as partes se verem obrigadas a recorrer ao Poder Judiciário para julgamento da questão.

Especialmente os litígios empresariais, que em regra envolvem valores vultosos e questões tecnicamente complexas, não podem esperar tanto tempo por uma resposta, a ponto de verem seu negócio ser prejudicado por falta de uma solução. O preço da demora acaba causando prejuízos imensuráveis.

Deve-se repensar as questões a serem levadas para julgamento pelo Poder Judiciário, desobstruindo-o de causas que podem ser resolvidas por árbitros, para mentê-lo apenas com o que é próprio do Judiciário, estando mais apto a cuidar de casos de segurança pública, de ordem pública, de questões penais, de direitos da coletividade, questões relacionadas à vida, à liberdade, à personalidade, em fim, matérias que cabe ao Estado tutelar por não poderem ser livremente dispostas pelas partes.

Por fim cumpre apenas enfatizar que a arbitragem é um método extrajudicial de solução de conflitos válido, rápido, econômico, seguro, acessível, eficaz e principalmente necessário em uma sociedade que demanda por formas alternativas de solução de conflitos que auxiliem o Estado em sua missão de garantir e distribuir justiça a todos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos. In: **Revista dos Tribunais**, ano 89, n. 775, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18-31.

ALVES, André Camerlingo. Os percalços da arbitragem no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 393, 4 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5537>> Acesso em: 9 jun. 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. Contratualização da Justiça. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 6, Abr - Jun de 2005. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005, p. 46-51.

_____. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 13 set 2007.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: a prática internacional e os perigos da inexperiência brasileira. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 21-26.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

American Arbitration Association (AAA) – **Dispute Resolution Services Worldwide** - Dispute-Wise Business Management – Improving Economic and Non-Economic Outcomes in Managing Business Conflicts. Disponível em: <<http://www.adr.org/si.asp?id=4124>>. Acesso em: 05 out 2007.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A Revisão Contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo extrajudicial de solução de conflitos de interesses. In: **Revista dos Tribunais**, ano 85, n. 733, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 11-23.

BETTI, Emílio. Autonomia Privata. **Novíssimo Digesto Italiano**. Tomo I, v.2, Torino: Utet, 1959.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I, v.2. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 4. ed. v. V. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONILHA, Alessandra Fachada. Ética na Arbitragem: árbitros, advogados e partes. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 14-20.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, DF, 12 set. 1990.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a Arbitragem**. Diário Oficial, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2002/0079342-1 não conhecido. REsp 450881 / DF – Relator: Ministro Castro Filho – Terceira Turma. Brasília, 11 de abril de 2003. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], p. 360, RDDP v. 5 p. 135, RDR vol. 29, p. 411, 26 maio. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2004/0180930-0 parcialmente conhecido e improvido. REsp 712566 / RJ – Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma. Brasília, 18 de agosto de 2005. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], p. 407, 05 set. 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 124.217.4/0. – Recurso Provido. Relator: Dês. Rodrigues de Carvalho. 5º Câmara de Direito Privado. São Paulo, 16 de setembro de 1999.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: Alguns Aspectos do Processo e Procedimento na Lei nº 9.307/96**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000.

_____. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: **Âmbito Jurídico**. Rio grande, 35, 01/12/2006 (Internet). Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432>. Acesso em 28/08/2007.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.

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

_____. Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 6, Abr-Jun de 2005, São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005, p. 19-28.

Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBC). **Comunicação. Estatísticas. Dados Estatísticos**. Disponível em: http://www.ccbc.org.br/download/arbitragem_dados_estatisticos.pdf>. Acesso em: 12/09/2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

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

_____. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di diritto processuale civile**. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CRETELLA JUNIOR, José. Da arbitragem a seu conceito categorial. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 98, Brasília, p. 127-138, abril-junho 1998.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um Novo Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1-17.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. I.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FERNANDES, Simone. Justiça. A solução fora da corte. **Revista Amanhã - Gestão, Economia e Negócios**. Ano 20, nº 219, Abril de 2006. São Paulo: Editora Abril, 2006, p. 68-72.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FRANÇA, Rubens Limongi. Aplicação do Direito Positivo. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**. V. 7, São Paulo: Saraiva, 1981.

FROTA, Francisco Luciano de Azevedo. Breves reflexões sobre o Judiciário. A Justiça mais perto do cidadão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1513, 23 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10310>>. Acesso em: 13 set. 2007.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-09-1996**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 52-60.

GARCEZ, José Maria Rossani. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 163-201.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem: questionamentos e perspectivas**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: Conceito e Pressupostos de Validade: de acordo com a Lei 9.307/96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. In: **Revista do Advogado**, n. 51, ano XXVI, São Paulo: AASP, out 1997.

LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5-20.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Contrato no Estado Social**. Maceió: Edufal, 1983.

_____. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n.42, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 187-195.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-74. (Série GVlaw).

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem Através dos Tempos. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35-67.

MATTOS, Adherbal de Meira Mattos. **Direito Internacional Público**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 4. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 129-133.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-Econômicos do Negócio? In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 9, Jan-Mar de 2006. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005, p. 31-39.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à Justiça. In: **Scientia Iuris: revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL**. Vol. 1, n. 1, jul-dez 1997, Londrina: Editora da UEL, 1997, p. 225-242.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 10.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1999.

PINTO, José Emilio Nunes. A Confidencialidade na Arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 6, Ano 2, julho-setembro de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25-36.

_____. A Escolha pela Arbitragem e a Garantia de sua Instituição. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 67-75.

PITOMBO, Eleonora M. Bagueira Leal Coelho. Relevância do Advogado para a Arbitragem. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 46-51.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

PUCCI, Adriana Noemi. El Arbitrage en los Países del Mercosur. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Risetta, Lenita Maura Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. A Boa-fé no Código Civil. **Professor Miguel Reale**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br>. Acesso em: 16 ago. 2007.

_____. Crise da Justiça e a Arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 5, Ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-13.

_____. **O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

SALVETTI NETTO, Pedro. **Curso de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1982.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 22. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: (lei 9.307, 23.09.1996): mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Clóvis V. do Couto. O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, n. 620, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho 1987, p. 15-22.

SILVA, De Plácido e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. 2º v. Rio de Janeiro: Guará, 1941.

_____. **Vocabulário Jurídico**. 8. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 5, Ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52-74.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em Juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

TARTUCE, Flávio. A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil. **Mundo Jurídico**. Artigo 22 jul. 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 mai. 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A Sentença no Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à lei 9.307, de 23.09.93**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TIUJO, Edson Mitsuo. **Da Onerosidade Excessiva nos Contratos**. Londrina, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/trabalhos_defendidos.asp>. Acesso em: 21 jun 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. São Paulo: AIDE, 1999.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2731>>. Acesso em 05 jun. 2007.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Problemas da Arbitragem por Equidade. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 9, Jan-Mar de 2006. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2006, p. 40-61.

VAZ, Tatiana. Mais rápido e mais barato. Como a arbitragem, uma espécie de tribunal alternativo, facilita a vida das pequenas e médias empresas na solução de conflitos. **Revista Exame PME**. ed. 3, p. 76-77, Jul-Ago 2006, São Paulo: Editora Abril, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. A boa-fé Contratual no Novo Código Civil. **Societário.com.br**. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>. Acesso em: 16 ago. 2007.

WALD, Arnold. O Controle do processo arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio internacional – CCI. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 27-35.

WALDMEIR, Patti. A Reestatização da Justiça Americana. **Financial Times**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/fintimes>>. Acesso em: 14 nov 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. I. São Paulo: RT, 1999.

Sites de Instituições Arbitrais Consultados:

American Arbitration Association (AAA). Disponível em:
<http://www.adr.org/si.asp?id=4124>. Acesso em: 05 out 2007.

Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE): Disponível em:
http://www.cbmae.com.br/CACBSite/regulamento_interno.htm. Acesso em:
23/11/2007.

Câmara de Arbitragem Empresarial (CAMARB). Disponível em:
<http://www.camarb.com.br/principal/default.aspx>. Acesso em: 23/11/2007.

Câmara de Arbitragem Empresarial de São Paulo (SP Arbitral). Disponível em:
<http://www.trarbitral.org.br/>. Acesso em 23/11/2007.

Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBC). Disponível em:
http://www.ccbc.org.br/download/arbitragem_dados_estatisticos.pdf. Acesso em:
12/09/2007.

Câmara de Mediação e Arbitragem (ARBITAC). Disponível em:
<http://www.arbitac.com.br/>. Acesso em: 23/11/2007.

Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Disponível em:
<http://www.camaradearbitragemsp.org.br/>. Acesso em 23/11/2007.

Câmara de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro (CAMARJ). Disponível em:
<http://www.amchamrio.com.br/servicos/camarj.asp>. Acesso em: 23/11/2007.

Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.fgv.br/camara/>.
Acesso em: 23/11/2007.

Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP). Disponível em:
<http://www.caesp.org.br/>. Acesso em: 23/11/2007.

International Court of Arbitration (ICC). Disponível em:
<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id11088/index.html>. Acesso em: 23/11/2007.

Instituto Jurídico Empresarial (IJE). Disponível em: <http://www.ije.com.br/>. Acesso
em: 23/11/2007.

Tribunal Metropolitano de Mediação e Arbitragem de São Paulo (TRIMMASP).
Disponível em: <http://www.trimmasp.com.br/>. Acesso em 23/11/2007.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos. In: **Revista dos Tribunais**, ano 89, n. 775, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18-31.

ALVES, André Camerlingo. Os percalços da arbitragem no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 393, 4 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5537>> Acesso em: 9 jun. 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. Contratualização da Justiça. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 6, Abr-Jun de 2005. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005, p. 46-51.

_____. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 13 set 2007.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: a prática internacional e os perigos da in experiência brasileira. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 21-26.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

American Arbitration Association (AAA) – **Dispute Resolution Services Worldwide** - Dispute-Wise Business Management – Improving Economic and Non-Economic Outcomes in Managing Business Conflicts. Disponível em: <<http://www.adr.org/si.asp?id=4124>>. Acesso em: 05 out 2007.

ARANA, Josyler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa (Coords). **Direito Internacional: Seus Tribunais e Meios de Solução de Conflitos**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A Revisão Contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo extrajudicial de solução de conflitos de interesses. In: **Revista dos Tribunais**, ano 85, n. 733, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 11-23.

BAZO, Michelle Cristina Bazo. **Sentença Arbitral e a sua Natureza Jurídica**. Londrina, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina.

BETTI, Emílio. *Autonomia Privata. Novíssimo Digesto Italiano*. Tomo I, v.2, Torino: Utet, 1959.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I, v.2. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 4. ed. v. V. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONILHA, Alessandra Fachada. Ética na Arbitragem: árbitros, advogados e partes. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 14-20.

BRANDÃO, Renata Silva. **O Julgador e a Sentença como Expressão da Vontade Social**. Londrina, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, DF, 12 set. 1990.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a Arbitragem**. Diário Oficial, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2002/0079342-1 não conhecido. REsp 450881 / DF – Relator: Ministro Castro Filho – Terceira Turma. Brasília, 11 de abril de 2003. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], p. 360, RDDP v. 5 p. 135, RDR vol. 29, p. 411, 26 maio. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2004/0180930-0 parcialmente conhecido e improvido. REsp 712566 / RJ – Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma. Brasília, 18 de agosto de 2005. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], p. 407, 05 set. 2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 124.217.4/0. – Recurso Provido. Relator: Dês. Rodrigues de Carvalho. 5º Câmara de Direito Privado. São Paulo, 16 de setembro de 1999.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: Alguns Aspectos do Processo e Procedimento na Lei nº 9.307/96**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000.

_____. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: **Âmbito Jurídico**. Rio grande, 35, 01/12/2006 (Internet). Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432>. Acesso em 28/08/2007.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.

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

_____. Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 6, Abr-Jun de 2005, São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005, p. 19-28.

Câmara de Comércio Brasil Canadá. **Comunicação. Estatísticas. Dados Estatísticos**. Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/download/arbitragem_dados_estatisticos.pdf>. Acesso em: 12/09/2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

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

_____. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di diritto processuale civile**. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CRETELLA JUNIOR, José. Da arbitragem a seu conceito categorial. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 98, Brasília, p. 127-138, abril-junho 1998.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um Novo Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1-17.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. I.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FERNANDES, Simone. Justiça. A solução fora da corte. **Revista Amanhã - Gestão, Economia e Negócios**. Ano 20, nº 219, Abril de 2006. São Paulo: Editora Abril, 2006, p. 68-72.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FIÚZA, Ricardo (Coord). **Novo Código Civil Comentado**. 5ª. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. Aplicação do Direito Positivo. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**. V. 7, São Paulo: Saraiva, 1981.

FROTA, Francisco Luciano de Azevedo. Breves reflexões sobre o Judiciário. A Justiça mais perto do cidadão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1513, 23 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10310>>. Acesso em: 13 set. 2007.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-09-1996**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 52-60.

GARCEZ, José Maria Rossani. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 163-201.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem: questionamentos e perspectivas**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: Conceito e Pressupostos de Validade: de acordo com a Lei 9.307/96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. In: **Revista do Advogado**, n. 51, ano XXVI, São Paulo: AASP, out 1997.

LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5-20.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Contrato no Estado Social**. Maceió: Edufal, 1983.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n.42, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 187-195.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-74. (Série GVlaw).

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

_____. A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os Cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Direito Constitucional**. R, CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez.2004.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem Através dos Tempos. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35-67.

MATTOS, Adherbal de Meira Mattos. **Direito Internacional Público**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 4. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e padrões para teses, dissertações e monografias**. 6ª ed. atual. Londrina: Eduel, 2007.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006, p. 129-133.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-Econômicos do Negócio? In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano II, nº 9, Jan-Mar de 2006. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2005, p. 31-39.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à Justiça. In: **Scientia Iuris: revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL**. Vol. 1, n. 1, jul-dez 1997, Londrina: Editora da UEL, 1997, p. 225-242.

PAULA, Arquilau de. O acesso à justiça. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>>. Acesso em: 13 set. 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 10.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1999.

PINTO, José Emilio Nunes. A Confidencialidade na Arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 6, Ano 2, julho-setembro de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25-36.

_____. A Escolha pela Arbitragem e a Garantia de sua Instituição. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 67-75.

PITOMBO, Eleonora M. Bagueira Leal Coelho. Relevância do Advogado para a Arbitragem. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 46-51.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

PUCCI, Adriana Noemi. El Arbitrage en los Países del Mercosur. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). **A Arbitragem na Era da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Risetta, Lenita Maura Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. A Boa-fé no Código Civil. **Professor Miguel Reale**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br>. Acesso em: 16 ago. 2007.

_____. Crise da Justiça e a Arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 5, Ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-13.

_____. **O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Visão Geral do Novo Código Civil. **Professor Miguel Reale**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 16 ago. 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

SALVETTI NETTO, Pedro. **Curso de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1982.

SANTOS, Ana Célia de Julio. Da autonomia de vontade e os princípios informadores do direito contratual: da evolução à função social. In: **Revista Direito em (DIS)curso**. Vol. 1, n. 2, nov 2005, Londrina: Editora da UEL, 2005, p. 9-26.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 22. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: (lei 9.307, 23.09.1996): mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001.

SCIENCIA IURIS. **Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL**. Vol. 9. Londrina: Editora da UEL, 2005.

SCIENCIA IURIS. **Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL**. Vol. 10. Londrina: Editora da UEL, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. Vol. III. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SILVA, Clóvis V. do Couto. O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, n. 620, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho 1987, p. 15-22.

SILVA, De Plácido e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. 2º v. Rio de Janeiro: Guará, 1941.

_____. **Vocabulário Jurídico**. 8. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, Eduardo Silva da. Código Civil e Arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 5, Ano 2, abril-junho de 2005. Coord. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52-74.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em Juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

TARTUCE, Flávio. A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil. **Mundo Jurídico**. Artigo 22 jul. 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 mai. 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A Sentença no Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à lei 9.307, de 23.09.93**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TIUJO, Edson Mitsuo. Da Responsabilidade pré-contratual no Direito Civil Brasileiro. In: **Revista Direito em (DIS)curso**. Vol. 1, n. 2, nov 2005, Londrina: Editora da UEL, 2005, p. 27-46.

_____. **Da Onerosidade Excessiva nos Contratos.** Londrina, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/trabalhos_defendidos.asp>. Acesso em: 21 jun 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **O contrato e seus princípios.** São Paulo: AIDE, 1999.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2731>>. Acesso em 05 jun. 2007.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Problemas da Arbitragem por Equidade. In: **Revista Brasileira de Arbitragem.** Ano II, nº 9, Jan-Mar de 2006. São Paulo: IOB Thomson e CBAr, 2006, p. 40-61.

VAZ, Tatiana. Mais rápido e mais barato. Como a arbitragem, uma espécie de tribunal alternativo, facilita a vida das pequenas e médias empresas na solução de conflitos. **Revista Exame PME.** ed. 3, p. 76-77, Jul-Ago 2006, São Paulo: Editora Abril, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. A boa-fé Contratual no Novo Código Civil. **Societário.com.br.** Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>. Acesso em: 16 ago. 2007.

WALD, Arnold. O Controle do processo arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio internacional – CCI. In: **Revista do Advogado - Arbitragem e Mediação**, n. 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006. p. 27-35.

WALDMEIR, Patti. A Reestatização da Justiça Americana. **Financial Times.** Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/fintimes>. Acesso em: 14 nov 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** Vol. I. São Paulo: RT, 1999.

Sites de Instituições Arbitrais Consultados:

American Arbitration Association (AAA). Disponível em: <http://www.adr.org/si.asp?id=4124>. Acesso em: 05 out 2007.

Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE): Disponível em: http://www.cbmae.com.br/CACBSite/regulamento_interno.htm. Acesso em: 23/11/2007.

Câmara de Arbitragem Empresarial (CAMARB). Disponível em: <http://www.camarb.com.br/principal/default.aspx>. Acesso em: 23/11/2007.

Câmara de Arbitragem Empresarial de São Paulo (SP Arbitral). Disponível em: <http://www.trarbitral.org.br/>. Acesso em 23/11/2007.

Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBC). Disponível em: http://www.ccbc.org.br/download/arbitragem_dados_estatisticos.pdf. Acesso em: 12/09/2007.

Câmara de Mediação e Arbitragem (ARBITAC). Disponível em: <http://www.arbitac.com.br/>. Acesso em: 23/11/2007.

Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.org.br/>. Acesso em 23/11/2007.

Câmara de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro (CAMARJ). Disponível em: <http://www.amchamrio.com.br/servicos/camarj.asp>. Acesso em: 23/11/2007.

Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.fgv.br/camara/>. Acesso em: 23/11/2007.

Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP). Disponível em: <http://www.caesp.org.br/>. Acesso em: 23/11/2007.

International Court of Arbitration (ICC). Disponível em: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id11088/index.html>. Acesso em: 23/11/2007.

Instituto Jurídico Empresarial (IJE). Disponível em: <http://www.ije.com.br/>. Acesso em: 23/11/2007.

Tribunal Metropolitano de Mediação e Arbitragem de São Paulo (TRIMMASP). Disponível em: <http://www.trimmasp.com.br/>. Acesso em 23/11/2007.

ANEXO

ANEXO I

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a arbitragem.

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 discricção.

§ 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 convenionado, 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 – Presidente da República. *Nelson A. Jobim*