

Algumas Notas Sobre o Controle Jurisdicional da Arbitragem

João Bosco Won Held Gonçalves de Freitas Filho

Mestre em Direito, Professor de Direito Processual Civil na UNESA, dos Programas de Pós-Graduação em Direito na Universidade Candido Mendes, na Escola Superior de Advocacia (OAB/RJ - 24ª Subseção) e no Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto (CEJ); Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado no Rio de Janeiro.

Marcelo Pereira de Almeida

Mestre em Direito. Professor de Direito Processual Civil na UNESA, de Direito Processual Civil e Direito Constitucional na EMERJ; do curso de Pós-Graduação na UNESA; do curso de Pós-Graduação de Direito Processual Civil na UFF; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP. Advogado no Rio de Janeiro.

1 - INTRODUÇÃO

É uniforme o sentimento de que o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, por diversas razões, não tem atendido plenamente aos anseios que a sociedade dele espera. De uma maneira geral, os processos têm trâmites morosos¹ e os feitos alcançam o seu término em tempo superior àquele que seria socialmente esperado, tornando a tutela jurisdicional inapta a produzir efeitos no plano prático e a possibilitar a fruição do bem jurídico pela parte vitoriosa.

¹ A propósito, o problema não é apenas brasileiro, sendo certo que inúmeros outros países, até mesmo os chamados de “primeiro mundo”, se encontram em situações calamitosas quanto ao problema da duração dos feitos. A esse respeito, Barbosa Moreira chama de mito (*rectius*: submito, segundo o autor) a crença materializada em pensar que este problema seja exclusivamente brasileiro (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos”. In: **Temas de direito processual**. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2).

Essa ineficiência, que não raro, obstaculiza ou, quiçá, dificulta o acesso ao consumidor da Justiça ao Poder Judiciário, constituindo em verdadeira má prestação no serviço jurisdicional², advém de vários fatores, dentre eles a enxurrada de processos individuais repetitivos, resultante da baixa racionalidade do Poder Judiciário, que desestimula o tratamento coletivo dos conflitos de massa, o que dá azo a explosão de demandas individuais desnecessárias; o formalismo exacerbado do sistema processual que gera uma demora desproporcional na solução do conflito; a tímida utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, incentivado por uma cultura judicialista, plasmada em escoar qualquer demanda ao Poder Judiciário.

A esse respeito, é discutível, em paralelo, que a problemática subjacente ao acesso à Justiça não seja, hodiernamente, apenas a questão do ingresso no Poder Judiciário, como também o seu egresso, pois a demora tem sido um dos seus estorvos mais acentuados.

Superar todo esse quadro impróprio é indispensável para o redimensionamento da Justiça, de sorte a criar condições para a tutela adequada dos interesses e propiciar, eficazmente, o acesso à ordem jurídica justa, na conhecida expressão difundida por Kazuo Watanabe³.

A busca da superação desses entraves teve seu marco inicial no início da década de setenta do século passado, em Florença, na Itália, no Congresso Internacional de Direito Processual, cuja proposta foi identificar os pontos de estrangulamento do sistema jurídico vigente que impediam ou dificultavam a tutela adequada dos interesses, dentre os quais, a necessidade de incentivar e criar condições para a utilização de “meios alternativos de solução de conflitos”⁴, dentre eles a arbitragem.

A arbitragem, verdadeiro meio de heterocomposição de litígios, tem como alicerce a autonomia da vontade das partes⁵, as quais livre-

2 Nesse particular, é de se cogitar se existe ou não uma relação de consumo entre o jurisdicionado (consumidor) e o Estado-juiz (fornecedor), na medida em que há um serviço a ser prestado (Jurisdição). A se adotar a tese de relação de consumo, há consequências interessantes no que diz respeito à falha na prestação, diante dos eventuais danos causados aos consumidores da Justiça. O tema, a despeito de sua relevância, não pode ser enfrentado nesta oportunidade, por fugir do escopo deste trabalho. Mas, de todo modo, é um incentivo à reflexão.

3 WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. In: **Participação e processo**. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

4 A moderna doutrina propõe a mutação da consagrada expressão, proveniente do sistema norte-americano da ADR (*alterative dispute resolution*), para “meios propícios a solução de conflitos” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A arbitragem no sistema jurídico brasileiro”. **Revista do Processo**, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 190-199, jan./mar., 1997, p. 194).

5 Carmona assevera que a autonomia da vontade é a “(...) bandeira maior da Lei 9.03/1996 (...)” (CARMONA, Carlos Alberto. “A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96”. **Revista do Processo**, São Paulo, ano 25, v. 99, p. 85-98, jul./set., 2000, p. 86).

mente escolhem um terceiro para decidir a controvérsia. Cuida-se de uma opção dos sujeitos litigantes (ou potencialmente litigantes) que, em vez de buscarem a proteção da jurisdição-estatal, resolvem optar pela via parajurisdicional⁶, assumindo o encargo de suportar a decisão arbitral, pondo fim à controvérsia.

2 – FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Desde há muito o homem busca formas profícuas de solução de conflitos. Esses mecanismos de resolução de controvérsias, como se sabe, constituem objeto de estudo do Direito Processual, embora possam ser examinados por outras ciências, como, por exemplo, a sociologia.

O processo, um desses métodos de resolução de controvérsias e que pode ser descortinado como instrumento que materializa a atividade jurisdicional, esta entendida como função do Estado de composição de controvérsia objetivando a aplicação do direito no caso concreto, ganhou novos contornos a partir do final do século retrasado, quando o Direito Processual começou a ser visto como um ramo autônomo da ciência jurídica, em superação à fase imanentista (ou clássica ou ainda sincrética), que entendia o processo como mero apêndice do direito material.

O selo de independência do direito processual em relação ao direito substancial, isto é, sua autonomia, se deu em 1868, através da publicação do clássico “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, de lavra do jurista alemão Oskar Von Bülow⁷, obra que evidenciou o processo como relação jurídica.

A partir de então, começou a chamada fase científica do Direito Processual, assim denominada diante do predomínio de estudos voltados para a fixação dos conceitos essenciais que compõem a ciência processual.

Os principais alicerces e diretrizes desta nova ciência foram construídos sob o manto desta fase, tais como o estudo da autonomia do direito de ação, os conceitos de processo e coisa julgada; daí a sua relevância.

Sob os auspícios desta fase (científica) é que surgem os maiores nomes do Direito Processual Civil de todos os tempos como Giuseppe

⁶ Desde já, a despeito de entendimentos em contrário, defende-se aqui a natureza parajurisdicional da arbitragem. O tema será enfrentado na terceira parte deste artigo.

⁷ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Adof Wach, James Goldschmidt, Enrico Tullio Liebman, e no Brasil, Alfredo Buzaid, Lopes da Costa, Moacyr Amaral Santos, dentre tantos outros, os quais desenvolveram teorias e estudos essenciais para a afirmação da autonomia científica deste ramo do direito.

Contudo, a cientificidade surreal, a autonomia descontextualizada e a dogmatização irrestrita do direito processual acarretaram um distanciamento deste instrumento estatal com o seu objetivo de servir de mecanismo social para a solução de controvérsias, notadamente para a defesa do direito substancial em crise.

Para a superação desse modelo em declínio, direcionou-se, então, o estudo do Direito Processual para a realidade, não como uma ciência construída e pensada numa redoma, mas sim canalizada para a efetividade do processo, com vistas a entregar ao consumidor da Justiça, de forma satisfatória, o que, concretamente, lhe é de direito.

Assim se inaugurou a fase denominada instrumentalista do Direito Processual, na qual os estudiosos voltaram seus esforços para descobrir mecanismos que melhorem a prestação jurisdicional, tornando-a mais segura e célere, ou seja, mais justa possível. O processo deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material, e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos⁸, de modo a privilegiar o consumidor da Justiça, buscando-se meios de administração da justiça que sejam capazes de assegurar ao titular de uma posição jurídica de vantagem uma tutela adequada e efetiva.

Desta sorte, os pensadores do Direito Processual apontaram suas baterias para o problema do acesso à justiça. É conveniente esclarecer que este acesso não pode ser entendido como mero acesso formal, em que se afirma a possibilidade de chegar ao Judiciário através do direito de ação, bastando para isso a contratação de um advogado. Absolutamente, esta garantia deve ser vista como penhor de acesso a uma ordem jurídica justa.

Com o desiderato de buscar esta garantia do acesso, a doutrina influenciada pelo jurista italiano Mauro Cappelletti⁹, reconhece três gran-

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193-272.

9 Sobre o tema cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

des fases de desenvolvimento deste tema que foi denominado de “as três ondas renovatórias do acesso à justiça”, que são soluções práticas para os problemas do acesso à Justiça¹⁰.

Inicialmente se fez necessário lutar pela assistência judiciária gratuita, pois é notório que a prestação desta atividade é dispendiosa, o que dificulta o acesso a este serviço dos economicamente necessitados. Esse obstáculo sempre dificultou a maioria da população a buscar a prestação jurisdicional, o que lhes retirava ou criava estorvos concretos de qualquer expectativa de acesso à Justiça. Então, o primeiro obstáculo a ser ultrapassado na busca do pleno acesso à ordem jurídica justa, era justamente, permitir que todos, tenham ou não condições econômicas, possam demandar perante os órgãos do Poder Judiciário.

Constatou-se, ainda, que, apesar da possibilidade de todos poderem levar suas demandas ao Poder Judiciário, independentemente da sua situação econômica, nem todos os interesses e posições jurídicas de vantagem eram ainda passíveis de proteção através da prestação jurisdicional, em virtude do Direito Processual ter sido construído com base em um sistema filosófico, político e jurídico dominante na Europa dos séculos antecedentes, no qual se instituiu um culto ao individualismo. Por esse motivo é que, pela estrutura tradicional do Direito Processual europeu, só se permitia que alguém fosse a juízo na defesa de seus próprios interesses.

Pareceria que, pelo fato de todos terem acesso ao Poder Judiciário independentemente da sua situação econômica, o objetivo alcançado pela primeira onda do acesso à justiça poderia ter resolvido este problema. Mas não foi bem assim, pois persistia o problema com os denominados interesses supraindividuais, já que estes, por estarem acima dos indivíduos, não são próprios de ninguém, o que impedia que qualquer pessoa levasse a juízo demanda em que manifestasse a pretensão de defendê-los.

Assim sendo, permaneciam desprotegidos os denominados interesses coletivos e difusos, os quais não podem ser adequadamente tutelados por intermédio dos mesmos instrumentos de tutela dos interesses individuais. Desta sorte, a proteção dos interesses transindividuais foi o

10 Resumidamente assim se manifesta Cappelletti sobre as três ondas renovatórias: “(...) a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e a terceira – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça”, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 31).

escopo da segunda onda de acesso à justiça, com a tentativa de descobrir mecanismos de proteção dos interesses difusos e coletivos.

Este anteparo dos interesses transindividuais se torna fundamental para a adequada garantia de acesso à ordem jurídica justa numa época como a que se vive hoje, quando surgem novos direitos, sem caracteres patrimoniais. Podem ser citados como exemplos destes a preservação do meio ambiente, do patrimônio cultural, histórico e artístico, a garantia da moralidade administrativa *etc.*

Ultrapassados estes pontos, foi indagado pelos estudiosos do Direito Processual se o consumidor da atividade jurisdicional estava satisfeito com a prestação deste serviço. A pergunta obriga o jurista a examinar a questão do acesso à justiça sob um novo enfoque, não mais do Estado, mas o do jurisdicionado, o que fez surgir a “Terceira Onda”, a qual Mauro Cappelletti chamou de “enfoque de acesso à Justiça”, descortinado não só na questão de solução dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, como também no florescer de uma tutela jurídica diferenciada.

Sob este aspecto, o processualista deve se ater a encontrar instrumentos capazes de assegurar uma prestação jurisdicional satisfatória ao cidadão, o que requer um longo caminho a ser percorrido.

A reforma do Poder Judiciário se coloca como um primeiro ponto a ser abordado. Aspectos controvertidos como a do controle externo da magistratura e a criação das súmulas vinculantes são temas bem debatidos, e devem ser mais amadurecidos para que se possa atingir um modelo de estrutura do Poder Judiciário mais democrático e mais justo.

É relevante, também, se buscar uma maior informalidade nos procedimentos em juízo, uma vez que o exagero formalista impede uma prestação jurisdicional tempestiva. Deve ficar consignado que a forma não deve ser abolida totalmente, não é esta a proposta, pois o processo judicial é formal, para que não se percam as garantias pelas quais as formas processuais são responsáveis. O que deve ser abolido é o formalismo exacerbado que frustra uma prestação jurisdicional efetiva.

O bom exemplo, no nosso ordenamento da busca de procedimentos mais simples e céleres, é a criação dos Juizados Especiais Cíveis no âmbito estadual pela Lei nº 9.099/1995, e no âmbito federal pela Lei nº 10.259/2001. Recentemente foi editada a Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que instituiu, em âmbito estadual, os juizados de Fazenda Pública. Não se pode esquecer, ainda, do esforço do legislador processual, nas constantes reformas do Código de Processo Civil, instituídas,

principalmente, a partir de 1994, com o escopo de proporcionar maior efetividade no processo. Atualmente, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 166/2010, instituindo o Novo Código de Processo Civil.

Questão de grande relevância a ser abordada neste novo enfoque do acesso à justiça é o prestígio aos mecanismos alternativos de solução de conflitos, como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem¹¹, em que a utilização destes métodos é indispensável para que se torne possível à completa satisfação do jurisdicionado.

Verifica-se, assim, que os processualistas de todo o mundo têm se preocupado em encontrar soluções para possibilitar a maior satisfação do consumidor da prestação jurisdicional, na qual deve ser efetiva e adequada a garantir verdadeira proteção às posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas de lesão.

Este árduo trabalho dos estudiosos do Direito Processual depende necessariamente da apresentação de propostas que contenham elementos a informar as novas bases do Processo Civil a possibilitar um pleno acesso a uma ordem jurídica justa¹².

Apesar das últimas alterações processuais, ainda existem pontos no sistema processual que precisam ser modificados, além da necessi-

11 Em linhas gerais, na negociação, os próprios sujeitos litigantes, ou através de seus representantes legais, tentam diretamente pôr fim ao litígio, independente da intervenção de qualquer terceiro imparcial. A mediação se caracteriza por ser um mecanismo em que existe a figura de um terceiro, o mediador, que é um mero facilitador das controvérsias. A postura do mediador não é uma posição ativa na condução das sessões de mediação, sendo certo que o seu papel é de um mero catalizador, cujo objetivo é deixar que as próprias partes cheguem ao consenso. Já a conciliação é uma forma de solução de conflitos em que o conciliador não é um mero expectador, tendo uma postura ativa, instando os sujeitos litigantes para chegar ao consenso. É comum o entendimento doutrinário em enquadrar a conciliação como termo genérico, de modo que são suas espécies a transação, a desistência e a renúncia.

12 Neste contexto, pode-se considerar que as várias reformas efetivadas no CPC de iniciativa da Escola Nacional de Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ao que tudo indica, já trouxeram resultados satisfatórios. Podem ser citados como exemplos a sistematização da tutela antecipada, o novo procedimento para o agravo de instrumento, a maior eficiência dada à ação de consignação em pagamento, a introdução da ação monitoria, a ampliação do elenco dos títulos executivos extrajudiciais e o início do sincretismo entre processo de conhecimento e de execução com a nova redação dada ao artigo 461, estabelecendo novos contornos para tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Nos anos de 2001 e 2002, com a entrada em vigor das leis nº 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, concretizou-se a segunda grande reforma do Código de Processo Civil, que teve como pontos mais relevantes a limitação dos casos de reexame necessário; a permissão à fungibilidade entre as providências antecipatórias e as medidas cautelares incidentais; o reforço à execução provisória com a permissão de alienação de bens sob caução idônea, atribuída à força executiva a sentença condenatória de entrega de bens com a criação do artigo 461-A; permissão ao relator à conversão do agravo de instrumento em agravo retido; limitação dos casos de cabimento de embargos infringentes; nova disciplina da audiência preliminar *etc.* Após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, o legislador continuou o seu intento em reformar o ordenamento processual para tornar a tutela jurídica mais eficiente, agora sob a influência dos novos comandos constitucionais, principalmente do razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII). Destaca-se, neste momento, o novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005), a sistemática mais efetiva da execução (Lei nº 11.232/2005 e Lei nº 11.382/2006); as formas de se obstar demandas repetitivas (Lei nº 11.276/2006, Lei nº 11.277/2006 e Lei nº 11.417/2006) e as normas de processamento dos recursos excepcionais de matérias semelhantes (Lei nº 11.418/2006 e Lei nº 11.672/2008).

dade de incentivar as soluções alternativas de conflito, tendo em vista que determinados tipos de litígio, pelas características que apresenta a jurisdição estatal, esta não se mostra apta a resolver com efetividade tais lides. Assim, por exemplo, em um conflito envolvendo duas empresas transnacionais, com representação em diversos países, em que se discute a abrangência de cláusula contratual¹³. Os aspectos de litígios dessa natureza, principalmente em relação às regras de competência, podem criar embaraços para se definir qual órgão jurisdicional teria essa atribuição para julgar a causa, bem como a jurisdição de qual país teria essa competência, além de se verificar qual seria a legislação aplicável ao caso. A experiência demonstra que, em casos como esse, a arbitragem representa um instrumento mais adequado para solucioná-lo, principalmente a arbitragem institucional, em que se tem uma organização dotada de representação em vários países¹⁴.

Pense-se também na hipótese do litígio versar sobre matérias que envolvam aspectos técnicos de complexidade, em que o juiz, para solucionar o conflito, tenha que recorrer a um perito. Nestes casos, o árbitro sendo técnico nesta área de conhecimento poderá solucionar com mais precisão a controvérsia.

Em outros casos, em que fica configurado o envolvimento emocional das partes, tais como os conflitos de família, métodos de negociação e mediação surtirão um maior efeito do que a utilização da jurisdição nos seus moldes tradicionais¹⁵.

Sem dúvida, o fomento à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos pode contribuir de forma sensível para se alcançar a tão almejada satisfação dos interesses.

3 – A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A arbitragem não é instituto recente no direito processual brasileiro, aliás sequer no cenário jurídico mundial, na medida em que, como reconhece a doutrina especializada, antecedeu a forma jurisdicional-estatal de solução de conflitos no direito romano¹⁶.

13 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias”. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, v. 17, p. 9-14, 2004, p. 10.

14 PINHO, *op. cit.*, p. 10

15 *Idem*.

16 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A arbitragem no sistema jurídico brasileiro”. *Revista do Processo*, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 190-199, jan./mar., 1997, p. 193; SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. “Considerações gerais sobre a arbitragem e seu reordenamento”. *Revista do Processo*, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 200-211, jan./mar., 1997, p. 200.

Nesse particular, no Brasil, a primeira previsão da arbitragem se deu na Constituição de 1824¹⁷, contemplando a facultatividade em sua instituição, conforme referia o art. 160 da Carta¹⁸.

Ainda sob o manto da Carta Imperial de 1824, mas no plano infra-constitucional, precisamente em 1850, a arbitragem foi prevista no vetusto Código Comercial, ainda parcialmente em vigor, e no Regulamento 737, este reconhecidamente o primeiro Código de Processo Civil no sistema jurídico brasileiro.

Contudo, à dessemelhança da arbitragem da Constituição de 1824, o mecanismo utilizado pela legislação “codificada” previa uma arbitragem obrigatória¹⁹, regime este que não perdurou por muito tempo, sendo extirpado do ordenamento em 1866, por força da Lei n.º 1.350²⁰.

O Código Civil de 1916 também cuidava da arbitragem (facultativa) pontualmente, nos arts. 1037 *usque* 1048, disciplina que veio a ser revogada expressamente²¹ em 1996 e não mais contemplada pelo Código Civil de 2002.

Os Códigos de Processo Civil subseqüentes²² passaram a prever também um regime facultativo de arbitragem. Com efeito, o Código de 1939 disciplinava a matéria em livro próprio, o de nº IX (arts. 1031 a 1052), ao

17 TIBÚRCIO, Carmen. “A arbitragem no direito brasileiro: histórico e Lei 9.307/96”. *Revista do Processo*, São Paulo, ano 26, v. 104, p. 79-99, out./dez., 2001, p. 80. Não obstante, a jurista reconhece que as Ordenações Filipinas já previam a arbitragem (*Ibidem, loc. cit., nota 1*).

18 “Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes” (*sic*).

19 Assim, “todas as questões que resultassem de contratos de locação mercantil (CCo, art. 245), que envolvessem matéria societária (CCo, art. 294), ou em casos de naufrágios (CCo, art. 739), avarias (CCo, art. 783) e quebras (CCo, art. 846) eram solucionadas obrigatoriamente pela via arbitral” (TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 81). No tocante ao Regulamento 737, o art. 411 previa o juízo arbitral compulsório se a causa fosse comercial (TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 195).

20 TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 81; TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 195. A respeito desta Lei de 1866, Roberto Rosas escreve que “a Lei 1.350, de 14.09.1866 (art. 14), foi o primeiro diploma legal que dispôs sobre o arbitramento; texto repetido pela Lei 221, de 20.11.1894 (art. 87), organizadora da Justiça Federal pelo Dec. 3.084, de 05.11.1898” (ROSAS, Roberto. “Arbitragem: importância do seu aperfeiçoamento. O papel do advogado”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 746, p. 78-80, dez., 1997, p. 79). Por fim, logo após a disciplina da Lei nº 1.350/1866, que aboliu a arbitragem obrigatória, foi editado o Decreto nº 3.900, de 1867 (Lei Processual Mercantil), que contemplou o juízo arbitral facultativo do comércio, conforme menciona a doutrina especializada (LIMA, Cláudio Vianna de. “Notícia da arbitragem no direito positivo”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 92, v. 334, p. 43-55, abr./jun., 1996, p. 44-45).

21 Lima, se baseando nos posicionamentos de José Carlos Barbosa Moreira e Carlos Alberto Carmona, entretanto, já reconhecia a revogação da disciplina da arbitragem no Código Civil quando da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, que cuidou inteiramente da matéria (LIMA, *op. cit.*, p. 44).

22 À época da possibilidade de competência de edição de codificação processual pelas unidades da federação, isto é, até a Constituição de 1937, a legislação de São Paulo voltou a tornar obrigatória a arbitragem em algumas causas (TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 81, nota 2).

passo que o Código de 1973 contemplou o instituto no capítulo XIV (arts. 1072 a 1102), dentro do Livro IV, que cuida dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa²³. Tanto no Código de 1939, quanto no atual Código de 1973, havia um regime semelhante, com a nota peculiar da necessidade de homologação em juízo do “laudo arbitral”.

A Lei nº 9.307/1996, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 78/1992, de autoria do Senador Marco Maciel²⁴, deu nova roupagem à arbitragem, alterando substancialmente o sistema anterior instituído no Código de Processo Civil.

Além de criar uma disciplina em lei específica em vez de alteração da norma codificada²⁵, trouxe duas substanciais mutações em relação ao sistema antanho: concedeu eficácia concreta e coercitiva ao pacto arbitral e tornou despicienda a chancela judicial da decisão arbitral, verdadeiros estorvos ao manejo da arbitragem no Brasil²⁶.

A nova lei, entretanto, à época de sua *vacatio legis* e, depois, no limiar de sua vigência, sofreu questionamento quanto à sua (in)constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, no âmbito de um processo de homologação de sentença arbitral estrangeira; questionamento esse que, posteriormente, restou superado²⁷, sobretudo diante do princípio da autonomia da vontade, inexorável esteio

23 Quando da vigência do regime arbitral na norma codificada, Lima escreveu: “causa acentuada espécie o posicionamento da arbitragem entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa do CPC (arts. 1.072 a 1.102). Isto sem relevar a impropriedade, igualmente visível, da sua disciplina no CPC, notoriamente destinado ao processo estatal, público” (LIMA, *op. cit.*, p. 43).

24 Segundo informação de Almeida Santos, “o Projeto de Lei foi fruto da operação denominada *Arbiter* desenvolvida pelo Instituto Liberal de Pernambuco, sob a coordenação do Dr. Petrônio R. G. Muniz, com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito Processual, e de debate no Seminário Nacional sobre Arbitragem, realizado em Curitiba (PR), em abril de 1992, sendo a Comissão Relatora do Anteprojeto constituída pelos Profs. Selma M. Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins” (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. “Considerações gerais sobre a arbitragem e seu reordenamento”. **Revista do Processo**, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 200-211, jan./mar., 1997, p. 203, nota 12).

25 A Lei de Arbitragem revogou expressamente os dispositivos do CPC que cuidavam do juízo arbitral (arts. 1072 a 1102), embora tenha realizado, em menor escala, alguma alteração pontual no texto do CPC, com o objetivo de adaptar a norma codificada à nova lei. Por exemplo: a Lei de Arbitragem (art. 41) deu nova redação aos arts. 267, VII e 301, IX, ambos do CPC.

26 A esse respeito, Santos reconhece que “pelo menos dois entraves se apresentavam inafastáveis na legislação revogada, a dificultar a adoção da arbitragem: a ausência de reconhecimento de efeitos coercitivos na chamada ‘cláusula compromissória’ e a necessidade de homologação da sentença arbitral pela jurisprudência” (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. “Considerações gerais sobre a arbitragem e seu reordenamento”. **Revista do Processo**, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 200-211, jan./mar., 1997, p. 206). Em relação à cláusula compromissória, Teixeira salienta que esta se constituía mera promessa de contratar, não ensejando execução específica com o objetivo de alcançar o resultado pretendido, mas apenas a resolução em perdas e danos. Percebe-se, assim, que o regime antigo era, inequivocamente, inoperante.

27 STF. SE-AgR 5206/EP - Espanha, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2001, DJ 30.04.2004, p. 29.

sagrado da arbitragem²⁸. Com efeito, através da convenção de arbitragem, as partes, sinalagmatically, renunciam a via estatal da jurisdição e buscam a solução da controvérsia ou de futuro litígio por meio dessa forma de heterocomposição. Ora, como já se escreveu, “se o titular de um direito disponível pode renunciá-lo, por que não, então, admitir-se possa ele escolher a forma de solver controvérsia em torno desse mesmo direito?”²⁹.

Ademais, como se verá, o controle dos aspectos formais da sentença arbitral poderá ser realizado perante o Poder Judiciário, caso em que a tese de violação do art. 5º, XXXV, da CRFB, cai por terra.

De qualquer forma, não se pode deixar de mencionar que a arbitragem ganhou, atualmente, *status* constitucional ao ser contemplada na seara trabalhista (art. 114, § 2º, da CRFB/1988). Nesse contexto, é possível inferir até mesmo que o texto constitucional acicata o uso dos equivalentes jurisdicionais, quando em seu preâmbulo assevera que há um compromisso com a solução pacífica de controvérsias.

Discute-se a natureza jurídica da arbitragem. Atualmente o debate cinge-se em saber se a arbitragem tem natureza jurisdicional³⁰ ou parajurisdicional. Sob o manto da nova lei, não mais se discute a tese dos privatistas, os quais exigiam a homologação da sentença arbitral. Parece que o melhor posicionamento é o que defende a ideia de natureza parajurisdicional da arbitragem³¹, na medida em que algumas características da Jurisdição não estão presentes na atividade arbitral³², como, por exemplo, a possibilidade de execução dos próprios provimentos arbitrais.

A arbitragem há de ser instituída através da convenção da arbitragem, seja por força da cláusula compromissória ou pelo compromisso

28 Sobre o tema da constitucionalidade da arbitragem, cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 381-383; TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 97-99; TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 197-198.

29 REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. “Aspectos do instituto da arbitragem”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 743, p. 64-73, set., 1997, p. 69.

30 Nesse sentido: RICCI, Edoardo F. “Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 24, v. 93, p. 45-59, jan./mar., 1999, p. 49; ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional”. In: **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 28. Pinho sustenta a natureza paraestatal da arbitragem (PINHO, *op. cit.*, 2007, p. 377).

32 Luiz Guilherme Marinoni escreve que “(...) a atividade arbitral não pode, ao menos segundo as teorias de jurisdição que se costumam adotar atualmente, ser tida como jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 764).

arbitral. *Grosso modo*, a distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral é temporal, na medida em que este é regulado para o presente, diante de um litígio já em foco, ao passo que aquela é contemplada *pro futuro*, com efeito prospectivo, sem que ainda exista um litígio entre as partes.

Nos termos do art. 21 da Lei nº 9.307/1996, o procedimento a ser utilizado na arbitragem é o estabelecido na respectiva convenção. Se for o caso de arbitragem institucional será possível a utilização das regras estabelecidas pela própria entidade.

Como se percebe, a Lei de Arbitragem confere uma plena discricionariedade aos (potenciais) sujeitos litigantes na instituição do procedimento a ser seguido. Não obstante, a despeito dessa liberdade procedimental, será imprescindível a observância da dos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2º), corolários do postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/1988).

Após o desenvolvimento válido e regular do processo, haverá a prolação da sentença arbitral, que será escrita e com os elementos apresentados no art. 26, os quais são semelhantes aos previstos no art. 458 do CPC para as sentenças judiciais. O prazo para que seja proferida a sentença arbitral poderá ser estabelecido na convenção de arbitragem (art. 11). Caso não seja estipulado pelas partes, o árbitro terá o prazo de seis meses para a prolação de sentença (art. 23).

Discute-se o cabimento ou não de recurso contra a sentença arbitral. A Lei de Arbitragem, em seu art. 30, contempla apenas uma espécie de embargos de declaração, cujo objetivo é instar o julgador para que reexprima ou integre a sentença prolatada, nos casos de erro material, obscuridade, contradição ou omissão.

Há tendência doutrinária em não admitir a interposição de recurso contra a sentença arbitral. Os defensores desta tese invocam o art. 18 da Lei de Arbitragem para subsidiar o entendimento.

Sem embargo, não parece acertada a visão. Com efeito, o que o mencionado dispositivo evidencia é a impossibilidade de interposição de recurso perante o Poder Judiciário, nada dispondo sobre a vedação à interposição de recurso contra sentença arbitral. Não se pode pretender alargar a interpretação do dispositivo para restringir o acesso de uma das partes a um “duplo grau” arbitral. A premissa é simples: considerando que

o procedimento arbitral é instituído pelas partes, por força de convenção, e não por força da lei, inexistindo mácula ao sistema arbitral a previsão de recurso(s) na convenção de arbitragem ou, eventualmente, no regimento ou estatuto de alguma entidade³³.

4 - O CONTROLE JURISDICIONAL DA ARBITRAGEM

A perspectiva da Lei de Arbitragem foi a de conferir uma autonomia ao poder decisório do árbitro na solução da controvérsia que lhe é submetida, de sorte que, em regra, não há intervenção do Poder Judiciário na condução do procedimento arbitral, tampouco no conteúdo do *decisum* imposto pelo árbitro.

Nesse contexto, malgrado não seja necessária a homologação da sentença arbitral perante o Estado-juiz (art. 18 da Lei de Arbitragem), até porque o árbitro é o juiz de fato e de direito da controvérsia que lhe é submetida, não é ela incólume ao controle jurisdicional em alguns casos. Em outros, há intervenção do Poder Judiciário para que a atividade arbitral seja profícua.

Assim é que, nestes casos, a Lei de Arbitragem contemplou um cooperativismo entre o juízo estatal e o arbitral, isto é, para que o árbitro possa, efetivamente, realizar a sua atividade de julgar as causas que lhe são postas, precisará do auxílio do Poder Judiciário. Aqui, a rigor, não se pode falar em controle da atividade arbitral, mas sim em verdadeira colaboração à arbitragem.

Na relutância, por exemplo, quanto à instituição da arbitragem, seja pela recusa em firmar o compromisso arbitral ou pela resistência quanto ao estabelecimento da cláusula compromissória, será possível, se for desejo do interessado, a intervenção do Poder Judiciário. Com efeito, nessa hipótese, após a tentativa frustrada de firmar o compromisso arbitral, mediante comunicação à parte contrária com comprovação de recebimento traduzindo interesse em iniciar a arbitragem³⁴, é facultada a

33 Também admite a possibilidade de interposição de recurso: CARNEIRO, *op. cit.*, p. 137; SANTOS, *op. cit.*, p. 209. Veja-se de Santos: “Recurso da sentença, no procedimento arbitral, pode existir, dependendo, apenas, da vontade das partes em determinar o duplo grau de jurisdição arbitral, a fim de que a sentença seja por outro árbitro revista ou por um colégio de árbitros. O órgão estatal é que não intervirá no procedimento enquanto não encerrado” (SANTOS, *op. cit.*, p. 209).

34 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro recomenda “(...) que esta manifestação contenha a) o objeto do litígio; b) proposta para indicação de árbitros; c) lugar onde se desenvolverá a arbitragem e será proferida a respectiva sentença e o prazo para tanto; d) o procedimento a ser adotado; e) modo de fixar os honorários dos árbitros, além da responsabilidade pelo pagamento dos mesmos e das despesas e, se for o caso, propor o julgamento por equidade ou outras alternativas já examinadas constantes do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da nova lei” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “Aspectos processuais da lei de arbitragem”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 339, p. 127-141, 1991, p. 129).

propositura de ação com o objetivo de fixar por sentença o compromisso arbitral, nos termos dos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem. Na verdade, cuida-se de uma tutela jurisdicional de obrigação de emitir declaração de vontade (art. 466-A do CPC), consubstanciado num processo de conhecimento³⁵. Na ação prevista na Lei de Arbitragem, além de a sentença que acolher o pedido autoral valer como compromisso arbitral (§ 7º, do art. 7º), incumbirá ao juiz, após ouvir as partes, nomear o(s) árbitro(s), se o compromisso não tiver qualquer previsão sobre a indicação do(s) julgador(es). Desta sentença caberá apelação, sem efeito suspensivo, nos termos do art. 520, VI, do CPC.

A Lei também exige a intervenção do Estado-juiz se não houver estipulação quanto aos honorários arbitrais, caso em que será possível ao árbitro requerer ao órgão judicial que os determine por sentença, consoante o parágrafo único do art. 11 da Lei de Arbitragem. Frise-se que se houver disciplina sobre os honorários dos árbitros no compromisso arbitral, este, sob o ponto de vista jurídico, é um título executivo extrajudicial (art. 585, VIII, do CPC), o qual propicia o manejo do processo de execução em juízo, em caso de inadimplemento. Em paralelo, se os honorários forem pactuados de forma verbal, evidentemente que não há de se falar em título executivo extrajudicial, caso em que o árbitro deverá fazer uso do procedimento sumário no âmbito de um processo cognitivo, nos termos da inteligência do art. 275, II, f, do CPC.

Ainda em relação ao árbitro, o art. 13, § 2º, da Lei de Arbitragem, prescreve que se não houver consenso quanto à sua nomeação, as partes postularão ao órgão jurisdicional para que o magistrado o nomeie, aplicando, no que for compatível, o procedimento previsto no art. 7º. Em sentido semelhante, o art. 16, § 2º, da Lei de Arbitragem, dispõe ser possível que a parte interessada busque a via jurisdicional para a nomeação do árbitro substituto, isto é, daquele que se escusou antes da aceitação da nomeação ou, uma vez aceita, tiver falecido. Nessas duas hipóteses de nomeação do árbitro também são medidas de apoio buscadas ao Poder Judiciário.

Na condução do procedimento arbitral, o árbitro, em respeito ao princípio do livre convencimento (§ 2º, do art. 21), pode, inclusive de ofí-

35 “Trata-se, na realidade, de um processo de conhecimento com rito próprio fixado na nova lei (art. 7º), aplicando-se, no que couber, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil” (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 130). *Aliter*, Gajardoni defende cabalmente que o rito desta ação é o da Lei nº 9.099/1995 (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal”. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 27, nº 106, p. 189-216, abr./jun., 2002, p. 213).

cio, colher toda a sorte de provas, desde que legítimas. Destarte, é possível que o árbitro tome o depoimento pessoal das partes, inquiria testemunhas, ordene a produção de prova pericial, faça a “inspeção arbitral” etc.

Não obstante, para a condução da testemunha renitente, é imprescindível que o árbitro requeira ao Poder Judiciário que a conduza, nos termos do § 2º, do art. 22. Isso porque, sem embargo tenham os árbitros alguns atributos dos juízes togados, outros poderes jurisdicionais não foram contemplados aos juízes arbitrais, como a *coertio* e a *executio*.

A Lei de Arbitragem exige, ainda, a intervenção do Poder Judiciário para concessão de medidas coercitivas e cautelares, consoante a previsão do art. 22, § 4º. Sendo assim, da análise literal do dispositivo, parece que a concessão de medidas cautelares pelos próprios árbitros sem a necessária intervenção do juiz togado está vedada pela Lei de Arbitragem³⁶. Sequer poderia a convenção de arbitragem permitir tal atribuição aos árbitros.

Como se sabe, o manejo da arbitragem é canalizado para a solução de direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). Sem embargo, não raro, pode surgir, como questão prejudicial, controvérsia no tocante a direitos indisponíveis, caso em que o eventual ingresso do árbitro nesta seara acarretaria a nulidade da sentença arbitral, eis que prolatada fora dos limites de atribuição do juízo arbitral.

Atento a essa realidade, o legislador criou, mais uma vez, um mecanismo de cooperação entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário, pois o surgimento de uma questão prévia prejudicial de caráter indisponível, acarretará a suspensão do procedimento arbitral para que esta questão seja conhecida e julgada perante o competente órgão do Poder Judiciário e, após a solução da controvérsia, o retorno ao procedimento arbitral,

36 Nesse sentido: THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. III. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 352. O autor mineiro escreve que “essas medidas, porém, não podem nascer de deliberação *ex officio* do árbitro. Cabe à parte requerê-las e, sendo julgadas cabíveis e necessárias, seu deferimento ocorrerá, ainda, no âmbito do juízo arbitral, sendo a execução solicitada, em seguida, ao juízo ordinário. Por outro lado, não é dado à parte dirigir-se diretamente ao juiz togado para requerer-lhe medida preventiva a ser aplicada sobre os bens e direitos disputados no procedimento extrajudicial” (THEODORO JR., *op. cit.*, p. 352). Pinho também não admite a postulação direta pelas partes ao juiz togado para a concessão de medidas cautelares (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 389). Ademais, Luiz Guilherme Marinoni escreve que a arbitragem não tem por objetivo trabalhar com situações de urgência, caso em que não se pode admitir a concessão de medidas cautelares (MARINONI, *op. cit.*, p. 773). Em sentido contrário, em posicionamento isolado, é o entendimento de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, para quem, diferente do sistema anterior, a nova lei, segundo o jurista, não tem dispositivo expresso vedando a concessão de medidas de urgência pelo árbitro. O Professor Titular da UERJ entende até mesmo que é possível que as próprias partes postulem diretamente ao magistrado togado a concessão de medidas urgentes, se a convenção de arbitragem não dispuser sobre o tema (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 138-139).

“(...) tomando-se a decisão judicial como pressuposto para o exame do litígio sujeito ao juízo arbitral (art. 25 da Lei 9.307/96)”³⁷.

Por fim, o art. 20, § 1º, da Lei de Arbitragem menciona que o reconhecimento da incompetência do juízo arbitral, bem como dos vícios da convenção de arbitragem, acarretam o deslocamento do feito ao Poder Judiciário³⁸.

Em todas essas hipóteses há colaboração do Poder Judiciário na concretização da arbitragem, seja pela impossibilidade de realização de determinados atos concretos pelos árbitros, seja pela falta de atributos dos julgadores ou, afinal, do próprio limite estabelecido pela Lei para o julgamento por intermédio dos árbitros em relação a determinadas matérias.

Por outro lado, apesar de a sentença arbitral brasileira dispensar atualmente homologação estatal³⁹, à semelhança de outros sistemas jurídicos estrangeiros⁴⁰, não é ela infensa ao controle jurisdicional. Não se pode negar que tal controle jurisdicional da arbitragem seja canalizado aos aspectos formais⁴¹, jamais em relação à justiça ou ao conteúdo substantivo da decisão prolatada, eis que a premissa geral da lei é a não intervenção do Judiciário e a ausência, em regra, de controle jurisdicional da arbitragem. Isto é, o controle jurisdicional sobre a sentença arbitral será por *error in procedendo* e não por *error in iudicando*.

A respeito dessa impossibilidade de o Judiciário se imiscuir no “mérito” da sentença arbitral⁴², é que alguns autores chegam ao ponto de falar

37 MARINONI, *op. cit.*, p. 777.

38 A Lei de Arbitragem, ao invés de mencionar a expressão deslocamento do feito ou correlata, menciona que “serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa”.

39 No sistema do Juizado Especial Cível, a arbitragem não prescinde de homologação, a teor do disposto no art. 26 da Lei n. 9.099/1995. Sobre o tema, cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizado especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 102-105; e ROCHA, Felipe Borring. **Juizados especiais cíveis**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129-131.

40 VIGORITI, Vincenzo. “Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação”. **Revista de processo**, São Paulo, ano 23, nº 91, p. 11-26, jul./set., 2002, p. 25.

41 Em sentido semelhante, escreve Didier Jr. que “há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade (arts. 32 e 33, *caput*, Larb). Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão de pedir sua anulação por vícios formais” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. I. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 91).

42 Com idêntica conclusão: Dinamarco, para quem “(...) no sistema brasileiro as decisões arbitrais jamais se sujeitam ao controle jurisdicional estatal no que se refere à substância do julgamento, ou seja, ao *meritum casae* e possíveis *errores in iudicando*; não comportam censura no tocante ao modo como apreciam fatos e provas, ou quanto à interpretação do direito material ou aos pormenores de sua motivação” (DINAMARCO, *op. cit.*, 2004, p. 33).

em uma verdadeira coisa julgada material⁴³, na medida em que a decisão do árbitro opera efeitos tanto no próprio procedimento arbitral, como fora dele, obstaculizando assim a possibilidade de propositura da ação perante o Estado-juiz para (re)discutir o que foi objeto de sentença arbitral. Sem embargo, parece que não se cuida, a rigor, de coisa julgada material, mas sim de uma espécie preclusão máxima da decisão do árbitro, pois que a *res iudicata* é atributo exclusivo da função jurisdicional⁴⁴.

Verdadeiro controle jurisdicional da arbitragem, nomeadamente da sentença arbitral, na qual será obrigatória a interferência estatal não como meio de colaboração, mas sim de aferição da legalidade do seu ato de império está na chamada “ação declaratória de nulidade da sentença arbitral”⁴⁵ (art. 33, *caput*, da Lei de Arbitragem)⁴⁶. Ademais, existe efetivo controle jurisdicional da arbitragem através dos embargos do executado (*rectius*: impugnação), apenas quando se tratar de sentença condenatória arbitral a ser executada perante o Poder Judiciário, segundo a previsão do artigo 33, § 3º, da Lei de Arbitragem.

No caso da ação cujo escopo seja a “declaração de nulidade da sentença arbitral”, o seu rito será o comum (§ 1º, do art. 33, da Lei de Arbitragem), seja o ordinário ou o sumário, a depender do valor da causa e deve ser proposta, peremptoriamente, no prazo (decadencial) de 90 dias após a comunicação da prolação da sentença. A procedência do pedido nesta ação, em regra, “decretará a nulidade da sentença arbitral”, mas pode, excepcionalmente, ter como consequência a necessidade de que o árbitro prolate uma nova sentença arbitral (§ 2º, do art. 33, da Lei de Arbitragem).

43 “A sentença arbitral, que não se sujeita à homologação judicial, produz os mesmos efeitos da sentença proferida por órgãos do Poder Judiciário (art. 31), dentre eles: coisa julgada material, salvo a previsão de recurso no próprio âmbito do procedimento arbitral, só podendo ser desconstituída pela ação anulatória de que trata o art. 33, da nova lei (...)” (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 137). Também defendendo a existência de coisa julgada material na arbitragem: TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 91; GAJARDONI, *op. cit.*, p. 205. Em sentido contrário, não admitindo coisa julgada na arbitragem: MARINONI, *op. cit.*, p. 762.

44 Aliás, a definição legal de coisa julgada prevista no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, é descontinuada na ideia de que o fenômeno é relacionado às decisões judiciais; fruto, portanto, de um processo judicial perante o Estado-juiz, isto é, no exercício da função jurisdicional.

45 Há quem entenda que, a rigor, esta ação não tem por objeto a declaração de nulidade da sentença arbitral, mas sim sua anulação, na medida em que o julgamento da procedência do pedido acarreta a desconstituição da sentença arbitral. Nesse sentido, posicionam-se CARNEIRO, *op. cit.*, p. 139; e MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Estrutura da sentença arbitral”. **Revista de processo**, São Paulo, ano 27, nº 107, p. 9-17, jul./set., 2002, p. 11.

46 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sustenta que a ação anulatória pode ser ajuizada ainda que não tenha havido prolação de sentença, de modo a ser possível o seu manejo durante o curso do procedimento arbitral para atacar eventual decisão interlocutória viciada prolatada pelo árbitro (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 137).

Discute-se a possibilidade de propositura ou não de ação rescisória objetivando a desconstituição da sentença arbitral. Não há previsão na Lei de Arbitragem. Afigura-se que o melhor entendimento seja o que nega a possibilidade de ação rescisória⁴⁷. Com efeito, a ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem faz às vezes da rescisória do art. 485 do CPC, cujo objetivo daquela é justamente a desconstituição da sentença arbitral, sendo certo que não há interesse de agir à propositura de eventual rescisória, com idêntico efeito. Ademais, há disciplina específica na Lei de Arbitragem, caso em que as hipóteses de anulação já estão estabelecidas em seu art. 32⁴⁸.

Além do uso da ação anulatória, é possível, como visto, que haja um efetivo controle judicial da arbitragem, no âmbito do processo de execução perante o Poder Judiciário, quando a sentença arbitral for condenatória.

De efeito, é cediço que a sentença arbitral tem eficácia de título executivo judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem)⁴⁹. A propósito, a equiparação da sentença arbitral aos títulos executivos judiciais foi salutar para se evitar a condução ao Poder Judiciário do mérito ali definido, o que fatalmente esvaziaria toda proposta do legislador de se incentivar essa forma de solução de conflito.

De qualquer forma, o eventual não cumprimento da obrigação consagrada no título propicia o manejo do processo executivo. De se ressaltar que, por força da nova sistemática do cumprimento de sentença (arts. 475-I *et. seq.* do CPC), a execução da sentença arbitral se dará em uma nova relação processual, em um processo autônomo, mas são apli-

47 *Aliter*, VERSIANI, Nelmo. "Ação rescisória de sentença arbitral". **Revista de processo**, São Paulo, ano 31, nº 135, p. 90-96, mai., 2006, p. 95. Versiani entende que o art. 485 do CPC (hipóteses de cabimento da ação rescisória) é mais amplo do que o art. 32 da Lei de Arbitragem (casos de "nulidade" da sentença arbitral) e, sendo assim, nem todas as proposições de desconstituição da sentença arbitral estão contempladas neste dispositivo, de modo que apenas não se admite a rescisória nos casos do art. 485 do CPC que já foram previstos no dispositivo da Lei de Arbitragem. Para o articulista, "o art. 32 da Lei 9.307/1996 não prevê a hipótese de ocorrência de dolo e de colusão das partes a fim de fraudar a lei; de violação de literal disposição de lei; do fundamento em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal; do autor obtiver documento novo de pois da sentença, cuja existência ignorava; e a hipótese da sentença ter sido fundada em erro de fato" (*Ibidem, loc. cit.*). Por fim, Versiani argumenta que considerando que "(...) não há disposição sobre o aviamento de qualquer recurso, dúvida não resta sobre a admissibilidade da propositura da Ação Rescisória contra julgamento arbitral" (*Ibidem, loc. cit.*).

48 Gajardoni sustenta que o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem não é taxativo, mas meramente exemplificativo (GAJARDONI, *op. cit.*, p. 211).

49 Luiz Guilherme Marinoni, em curiosa construção acadêmica, defende que melhor fortuna teria o legislador se colocasse a sentença arbitral em categoria apartada, eis que não se cuida de título executivo judicial, tampouco extrajudicial. Sendo assim, o autor defende que melhor seria enquadrá-la em "(...) categoria exclusiva, à qual se poderia denominar de título semi-judicial" (MARINONI, *op. cit.*, p. 783).

casas as regras do cumprimento de sentença, inclusive a incidência da multa de 10% pelo não pagamento no prazo de 15 dias.

Quanto ao meio de resistência ao cumprimento da sentença arbitral, parece haver um consenso doutrinário sobre o meio de defesa a ser utilizado na execução de sentença arbitral: a impugnação⁵⁰, na medida em que, após a edição da Lei nº 11.232/05, a forma de se obstar a execução fundada em título judicial passou a ser a impugnação. Assim, as causas de nulidades previstas na Lei de Arbitragem devem ser apontadas por este novo instrumento, pois os embargos à execução de sentença ficaram apenas direcionados à execução em face da Fazenda Pública, conforme prevê o art. 741 do CPC, com redação atribuída pela referida lei^{51 52}.

Em outro aspecto, saliente-se a possibilidade de homologação de sentença arbitral estrangeira, perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 34). No tocante à sua execução, processar-se-á perante a Justiça Federal (art. 109, X, da CRFB) e, evidentemente, será possível, também, a decretação de nulidade por meio da impugnação, conforme salientado acima.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que a existência da convenção de arbitragem é obstáculo processual para que a matéria seja discutida em juízo. Cuida-se, segundo Didier Jr.⁵³, de um pressuposto processual negativo, de modo que, para o desenvolvimento válido e regular do processo rumo a um provimento de mérito, é imprescindível que não esteja presente tal causa impeditiva da análise do objeto litigioso em juízo.

Assim, alegando o réu em preliminar de contestação a existência de convenção de arbitragem (art. 301, IX, do CPC)⁵⁴, o reconhecimento

50 THEODORO JR., *op. cit.*, p. 355, nota 21; MARINONI, *op. cit.*, p. 782.

51 ALMEIDA, Marcelo Pereira. **A Tutela Coletiva e o fenômeno do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007, p. 28.

52 Antes da reforma de 2005, o meio de resistência à execução então vigente eram os embargos do executado. E neste instrumento o devedor deveria formular sua defesa de forma mais ampla ou limitada, dependendo da natureza do título, se judicial ou extrajudicial. Os embargos à execução, fundados em título judicial, só poderiam versar sobre as matérias elencadas no art. 741 do CPC, que, basicamente, se referiam às questões atinentes às nulidades ou causas de extinção da execução, ao passo que na execução fundada em título extrajudicial os embargos poderiam apontar qualquer matéria que seria lícito deduzir em processo de conhecimento, justamente por não ter sido antecedida de processo de cognitivo. Assim, com o advento da Lei nº 11.232/05, a execução fundada em sentença quando a obrigação é por quantia passou a ser resistida por um instrumento denominado pelo legislador de impugnação, conforme prevê o artigo 475-J, § 1º do CPC, mas permaneceu a limitação das matérias que poderiam ser veiculadas.

53 DIDIER JR., *op. cit.*, p. 219.

54 O art. 301, § 4º, do CPC, dispõe que o magistrado não pode conhecer de ofício do compromisso arbitral, dependendo sempre, pois, de alegação da parte. Contudo, a legislação é omissa quanto à possibilidade (ou não) de o magistrado conhecer de ofício da cláusula compromissória em juízo, sendo certo que há tendência doutrinária em ampliar a impossibilidade de conhecimento de ofício pelo magistrado também relação à cláusula compromissória. Nesse sentido: GAJARDONI, *op. cit.*, p. 194.

do pacto arbitral pelo órgão jurisdicional acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC⁵⁵.

5 - CONCLUSÃO

A arbitragem se apresenta como excelente método de solução de conflitos. Apesar da timidez e desconfiança em seu uso diuturno no âmbito do direito interno, a técnica se mostra proveitosa em inúmeros casos. Não se pode admitir que um determinado método, estatal ou não, seja mais proveitoso do que o outro, sendo certo que a visão atualmente defendida é a da aplicabilidade casual das técnicas a depender da peculiaridade do caso concreto.

Nesse contexto, em algumas matérias, é extremamente aconselhável a utilização da arbitragem, diante de suas utilidades, como a celeridade, a especialidade do árbitro – pela complexidade da causa –, o sigilo do procedimento arbitral *etc.* Em outras hipóteses, afigura-se interessante o uso de outros meios, como a mediação ou a conciliação.

A autonomia da vontade é o arcabouço principiológico da arbitragem, na medida em que não apenas diante da escolha da via arbitral em renúncia à via judicial, como também pela escolha do(s) árbitro(s), do procedimento a ser aplicado, do prazo da conclusão da atividade arbitral *etc.*

A visão da nova Lei de Arbitragem foi a de fazer uma verdadeira reformulação no sistema arbitral, tornando despicienda a chancela judicial da sentença arbitral, até porque o árbitro é o juiz de fato e de direito da causa que lhe é submetida.

O objetivo pretendido pela nova lei foi o de evitar, ao máximo, um contato da arbitragem com o Poder Judiciário. Não obstante, em algumas hipóteses, isso se torna imprescindível para o sucesso no procedimento arbitral, na medida em que há um cooperativismo entre o juízo estatal e o juízo arbitral, ou seja, diante da necessidade de o árbitro exercer com plenitude a sua função, precisará da intervenção do Poder Judiciário para tanto.

⁵⁵ A extinção do processo sem resolução do mérito por parte do magistrado diante da convenção de arbitragem não se dá por ser ele (*rectius*: o juízo) supostamente incompetente para causa, como pensa Fernando da Fonseca Gajardoni (*op. cit.*, p. 194). A questão de impossibilidade de julgamento da causa pelo juiz togado liga-se com maior precisão à via eleita (ou como pensa Didier Jr. a um pressuposto processual negativo). Isto é, considerando que as partes renunciaram à via judicial e buscam solucionar a controvérsia pelo método paraestatal, não há sequer interesse jurídico para a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário, embora, em tese, seja o juízo competente.

De qualquer forma, a arbitragem não é intacta ao eventual controle judicial. Assim, por exemplo, é que a sentença arbitral pode ficar sujeita à ação estabelecida no art. 33 da Lei de Arbitragem ou, se condenatória for a sentença arbitral, ao uso da impugnação como meio de resistência. Tal controle jurisdicional da arbitragem, evidentemente, será canalizado apenas aos aspectos formais do procedimento arbitral, não em relação à justiça ou no tocante ao conteúdo substantivo da decisão, o que se mostra proveitoso para o incentivo do uso da arbitragem. ❖