

## 1 INTRODUÇÃO

Em novembro de 1996, ao entrar em vigor a Lei de Arbitragem – Lei n. 9.307/96 –, deu-se início a uma fase de modificações para o ordenamento jurídico brasileiro, com a alteração não apenas do instituto da arbitragem em si, mas de toda a conjuntura instrumental de pacificação social.

Nas palavras de Carmona, a Lei de Arbitragem “trouxe a esperança de revitalização do instituto no Brasil”<sup>1</sup>. A arbitragem, que poderá ser utilizada para solução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, ressurgiu, com a nova lei, não apenas como meio alternativo de solução de conflitos, mas como forma eficaz de amenizar os problemas com o acesso à justiça, o que poderá propiciar, em curto período de tempo, o aumento da credibilidade do ordenamento jurídico brasileiro, seja no âmbito interno, seja no âmbito internacional, num momento em que a Justiça Estatal encontra-se sob profunda crise.

Isso porque a Lei 9.307/96, ao alterar o instituto da arbitragem, procura proporcionar maior praticidade ao procedimento, tentando resolver questões que tornavam impraticável a utilização do juízo arbitral como meio alternativo de pacificação de conflitos. Nesse sentido, o legislador fortaleceu a cláusula compromissória, que, até então, quase não produzia efeitos. Ademais, prezou pela desnecessidade de homologação das decisões judiciais, assemelhando as sentenças arbitral e estatal, e pôs fim ao sistema de dupla homologação, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal não homologava laudos arbitrais estrangeiros, sem que, antes, o executado obtivesse o *exequatur* da justiça do país onde o laudo fora proferido.

Carmona explica, sinteticamente, que a Lei de Arbitragem teria introduzido, no mínimo, três questões fundamentais capazes de modificar radicalmente a sua estrutura no país. A primeira delas diz respeito ao fato de a arbitragem poder ser

---

\* Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Direito – Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Professor Doutor Jorge Hage Sobrinho.

<sup>1</sup> CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei n.º 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos dos árbitros do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 45.

instituída por meio da chamada convenção de arbitragem, cujas espécies são o compromisso arbitral e a cláusula compromissória (art. 3º). A segunda, no que se refere ao fato de a sentença arbitral passar a ter a mesma eficácia da sentença proferida pelo Judiciário (art. 18), e, por conseguinte, se condenatória, constituindo título executivo judicial, nos termos do art. 584, II, do CPC. Assim, o laudo arbitral condenatório estaria equiparado, para todos os efeitos – inclusive quanto à oposição de eventuais embargos do devedor –, à sentença judicial de idêntica natureza. Como terceira modificação, o autor alude à competência do Supremo Tribunal Federal para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, de modo que, segundo ele, o art. 3º da Lei de Arbitragem estaria, convenientemente, interpretando o art. 102, I, *h*, da Constituição Federal, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para a homologação das sentenças estrangeiras, tanto as judiciais quanto as arbitrais.<sup>2</sup>

Após a entrada em vigor da Lei n. 9.307/96, em sede de incidente de inconstitucionalidade em Agravo Regimental de Sentença Estrangeira do Reino da Espanha (n. 5.206-7), surgiu discussão acerca da possibilidade de utilização do juízo arbitral para solucionar eventuais conflitos futuros decorrentes de execução de contrato perante a garantia do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Finda essa questão, pois o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem<sup>3</sup>, cabe observar que a discussão dos Ministros daquele egrégio Tribunal, apesar de adentrar em aspectos básicos do instituto, pautou-se na apreciação quanto à constitucionalidade ou não de alguns caracteres fundamentais da arbitragem, não se perquirindo, profundamente, quanto à natureza do instituto.

Entretanto, não deixa de ser relevante a análise da natureza jurídica da arbitragem em razão da necessidade de se estabelecerem quais são as consequências práticas do instituto. Determinar sua natureza jurídica significa entenderem seus efeitos práticos e garantir sua eficácia no ordenamento jurídico. Além disso, a natureza jurídica de um instituto pode estabelecer limites de aplicabilidade, bem como limites procedimentais para sua utilização.

A problemática da presente pesquisa consiste na identificação da natureza jurídica do instituto da arbitragem, por meio de uma análise das correntes publicista, que associa a arbitragem à jurisdição; privatista, que entende seja contratual a natureza jurídica do instituto, tendo em vista a sua origem; mista, pela qual o instituto teria características contratuais e jurisdicionais.

---

<sup>2</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 2001, p. 45-46.

<sup>3</sup> Agravo Regimental na SE n. 5.206-7, Rel. Min. Presidente, DJ de 30.04.2004.

Primeiramente, antes de adentrar na discussão do tema propriamente dito, é preciso esclarecer o que seria natureza jurídica. Trata-se de algo que muito se escuta, mas que todos encontram dificuldade em definir claramente. Mais importante do que encontrar uma definição, de forma exata, isto é, do que descrever o conceito de natureza jurídica, é ser capaz de determinar as prováveis consequências práticas diante da natureza que assume certo instituto jurídico. Assim, a natureza determina e é determinada pelas características do instituto, de forma que, pela sua análise, podem-se dizer as suas características essenciais ou se chegar a elas e vice-versa, visto que o seu caráter leva a seus fins.

Conclui-se, portanto, que a natureza jurídica de um instituto relaciona-se aos valores e aos fins das normas de que emana, a fim de se compreender, igualmente, como essas normas relacionam-se com outras, ou como o instituto em análise, no caso concreto, relaciona-se com outros institutos no âmbito de determinado ordenamento jurídico. Em suma, a razão de se entender a natureza jurídica de um instituto é compreender as suas consequências práticas no ordenamento jurídico em que vigora.

Quanto à natureza jurídica da arbitragem, Pucci, como adepta da corrente publicista, explica que a função jurisdicional encontra seu fundamento de origem na necessidade dos Estados de proibir particulares de resolverem – por si mesmos – os seus conflitos. Entretanto, com a sanção da Lei n. 9.307/96, modernizadora da arbitragem no país, seria possível concluir que o Estado brasileiro, exercendo sua função legislativa, editou uma lei para facultar aos cidadãos – eventualmente lesados em um direito subjetivo garantido pelo ordenamento jurídico nacional – procurar a satisfação de seu interesse e/ou reconhecimento de seu direito, seja perante o Poder Judiciário, seja por meio de árbitros, obedecendo-se aos limites estabelecidos na própria Lei de Arbitragem<sup>4</sup>.

Em contraposição à corrente publicista, existem autores que associam a jurisdição ao Estado exclusivamente, uma vez que somente seus órgãos poderiam exercê-la. Para esses doutrinadores, como Gusmão Carneiro<sup>5</sup>, a jurisdição é monopólio do Estado, precisamente, do Poder Judiciário. Essa construção de que a jurisdição constitui monopólio do Estado talvez seja o que mais distancie a arbitragem de um possível caráter jurisdicional. Daí a importância da análise do conceito de jurisdição, bem como de seu aspecto histórico.

---

<sup>4</sup> PUCCI, Adriana Noemi. Juiz & árbitro. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos dos árbitros do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6.

<sup>5</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8.

Sendo assim, igualmente, vale-se a presente pesquisa de uma análise histórica do processo civil para se verificar como se implementava a jurisdição em tempos remotos, bem como para se verificar, desde aquela época, a presença ou não da arbitragem atuando para a solução de controvérsias.

Surge, do fato acima descrito, o problema para os publicistas de encontrarem um conceito moderno de jurisdição no qual se possa inserir a arbitragem, de forma suficientemente capaz de convencer – sem que restem dúvidas – de que esta apresenta natureza jurisdicional.

Assim, Carmona, por exemplo, define a jurisdição como aquela função (também no sentido de atividade e poder) do Estado de aplicar concretamente as normas do ordenamento jurídico conforme seja o caso, expressando autoritativamente o preceito ou realizando efetivamente o que o preceito determina.<sup>6</sup>

Há, também, como fundamento para a corrente publicista sustentar que a arbitragem teria caráter jurisdicional, o fato de os efeitos da sentença arbitral serem idênticos aos da sentença jurisdicional, nos termos do art. 31 da Lei n. 9.307/96. Ocorre que, mesmo constituindo título executivo quando for condenatório o laudo, o árbitro não possui competência para executá-lo, caso não haja o cumprimento voluntário da obrigação pela parte sucumbente. Hipótese essa em que seria necessário o socorro do poder jurisdicional.

Assim sendo, é preciso responder ao questionamento de que seria ou não a execução característica básica da jurisdição ou, somente, mais um tipo de procedimento adotado para garantir a instrumentalidade e a efetividade do processo. O fato de o árbitro não possuir poder de império para executar seus julgados a requerimento da parte constitui, além de argumento contrário à corrente publicista, algo que pode vir a inviabilizar a utilização do instituto da arbitragem, não por falta de efetividade, economia e eficácia do procedimento arbitral, mas pelo problema do acesso à justiça associado à morosidade do Judiciário, que voltaria a impedir a rápida pacificação da controvérsia, um dos escopos dos meios alternativos de solução dos conflitos, como é o caso da arbitragem.

Aliás, o que retirou a eficácia da arbitragem prevista no CPC antes do advento da nova Lei foi, justamente, o fato de que era necessária a homologação do laudo pelo Judiciário. Em razão, entre outros, da morosidade e da falta de confidencialidade do procedimento homologatório, não havia motivo para que as partes se submetessem ao juízo arbitral, já que a decisão não teria validade para ser executada senão com a confirmação expressa do Poder Jurisdicional.

---

<sup>6</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 33.

Contrariamente ao entendimento sufragado pela corrente publicista, seria possível e suficientemente satisfatório determinar a natureza do instituto levando-se em consideração somente o efeito produzido pelo laudo? Repise-se a questão da possibilidade de execução do laudo e da sua identificação com a sentença judicial. Entendendo-se afirmativa a questão, significaria dizer que o efeito da sentença arbitral é o corolário básico que define as características e as consequências práticas do instituto, mas, para determinar sua natureza, não se pode esquecer da análise do seu escopo. Além disso, a principal finalidade de se definir o caráter da arbitragem é saber que consequências práticas vigorarão no ordenamento jurídico que a regula e recepciona.

Pucci, adepta da corrente publicista, ensina que, hoje, segundo o ordenamento jurídico-político brasileiro, o Estado é detentor do exercício da jurisdição, que se dá tanto pelo Poder Judiciário quanto pelos árbitros livremente escolhidos pelos particulares, desde que respeitadas as limitações previstas em lei; e, nesse último caso, isso se deve ao mandato outorgado pelo Poder Legislativo (do qual emanou a Lei n. 9.307/96)<sup>7</sup>.

Outros argumentos utilizados pelos publicistas referem-se à semelhança da atividade do árbitro e do juiz, principalmente em razão da norma inserida no art. 18 da Lei (que constitui o árbitro juiz de fato e de direito), das penalidades às quais se sujeita o árbitro, (que são as mesmas sanções impostas aos juizes) e da imparcialidade como um dever imposto a ambos. Ademais, tomam como base os princípios constitucionais que também devem ser observados no juízo arbitral, tais como a igualdade das partes, o contraditório, o *due process of law*, entre outros.

Surge, igualmente, a discussão acerca do poder de império do árbitro e de como será exercida a sua atividade diante do contrato em razão do qual teve origem o juízo de arbitragem.

A questão do poder de império do árbitro encontra limitações quanto à possibilidade de executar o laudo, conforme acima referido, e à possibilidade de aplicar medidas cautelares quando diante de situações que ensejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Nesses casos, o árbitro teria de recorrer ao auxílio do juiz togado, que estaria a exercer maior poder de império que ele próprio, ou, ainda, na opinião de alguns, o juiz togado seria o único capaz de exercer poder de império quando comparado ao árbitro. Indeferido o pedido de aplicação da medida cautelar pelo juiz, em princípio, numa primeira análise, não há muito que o árbitro possa fazer. Esse é também um dos argumentos que se opõe à corrente publicista.

---

<sup>7</sup> PUCCI, Adriana Noemi. *Op. cit.*, 2001, p. 6.

Kroetz realiza estudo acerca do direito comparado e demonstra que diferentes ordenamentos jurídicos, como é o caso dos ordenamentos italiano, francês e alemão, cada qual com suas peculiaridades, reconhecem a existência de duas modalidades de arbitragem, uma contratual e outra jurisdicional. Sem levar em conta os pormenores de cada ordenamento, tem-se que, quando contratual a arbitragem, fundamenta-se no *pacta sunt servanda*, não podendo o árbitro decidir além da vontade das partes. Ressalta Kroetz que a arbitragem contratual não se confunde com o arbitramento do direito italiano, pois que, neste último, o perito-árbitro (muitas vezes técnico) é constituído para aperfeiçoar o contrato, não para decidir controvérsia surgida do contrato (nem o arbitramento, nem a arbitragem em sua modalidade contratual confundem-se com a perícia judicial)<sup>8</sup>.

A modalidade contratual de arbitragem, assim como a jurisdicional, apresenta-se como meio alternativo de solução de controvérsias pactuado pelas partes; entretanto, naquela modalidade, o laudo não representa título executivo, tornando-se necessário que as partes utilizem-se da jurisdição, seja por meio do juiz togado, seja pelo árbitro jurisdicional, com vistas a eivar a decisão de executividade. Assim sendo, a modalidade contratual atua como meio de pacificação na medida em que as partes, voluntariamente, cumprem o estabelecido pelo árbitro. A decisão do árbitro assume força de disposição contratual, podendo seu cumprimento ser requerido em juízo. Não se trata de homologação do Judiciário, como previa o CPC brasileiro antes da vigência da nova lei, mas de socorro ao Judiciário ou ao juízo arbitral para ensejar o cumprimento da cláusula contratual determinada pelo árbitro<sup>9</sup>.

Dessa forma, Kroetz explica que a distinção entre a arbitragem contratual e a arbitragem jurisdicional estaria na forma de composição. Isso porque, na jurisdicional, o árbitro desempenha a função de composição da lide, efetuando o deslinde da controvérsia, enquanto, na contratual, ele deve apenas proferir uma opinião que será aceita pelas partes, pois, nessa modalidade, a lide já se encontra solucionada de forma amigável, diante da existência de convenção prévia entre as partes estabelecendo a obrigação de se conformarem com a decisão proclamada pelo perito amigável<sup>10</sup>.

Ademais, apenas, naquela de caráter jurisdicional, têm-se assegurados os efeitos da coisa julgada e a força executiva da decisão, sendo que aquele compromisso de obediência à decisão do árbitro, ao contrário do que ocorre na

---

<sup>8</sup> KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: conceitos e pressupostos de validade: de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 59.

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*, p. 59.

<sup>10</sup> *Idem, ibidem*, p. 59.

arbitragem contratual, pode sofrer controle jurisdicional (segundo Kroetz, ordinário ou arbitral), mas apenas para impor a aceitação da sentença do árbitro, além de alguma matéria de índole processual. Já na arbitragem contratual, a decisão proferida no âmbito da arbitragem poderá ser objeto de análise pelo Judiciário em toda a sua extensão, processual e material<sup>11</sup>.

O autor fundamenta seu entendimento no direito comparado, o que poderia nos levar a crer, em razão das explicações das quais se utiliza, que seria mista a natureza da arbitragem no Brasil, uma vez que, em sua formação, é, eminentemente, contratual, sendo o terceiro chamado a compor a lide, em contrapartida, ao pronunciamento de opinião, como ocorre no direito comparado. Ademais, a controvérsia não se encontra solucionada, pois que a arbitragem só será instituída, de fato, por ocasião do surgimento de algum litígio relativo ao contrato que ensejou a cláusula compromissória. E mesmo originando-se de um contrato, a lei determina que a decisão arbitral seja munida de executividade, como na modalidade jurisdicional.

Não obstante, Kroetz segue o entendimento majoritário de que seria jurisdicional o caráter do instituto, porque, segundo ele, o fato de a lei facultar aos jurisdicionados a opção pela arbitragem, para fins de composição de controvérsias sem a intervenção do Estado, faz com que o instituto tenha esse caráter jurisdicional, não obstante, ao Estado pertença, ordinariamente, a jurisdição. Destarte, exercer a arbitragem, conquanto obedecidos os pressupostos legais, seria realizar função jurisdicional assim preconizada pela lei; e, ainda segundo esse autor, essa tarefa de realizar tal função caberia somente aos árbitros, justamente porque de caráter jurisdicional<sup>12</sup>.

De todos esses temas, tratará esta monografia, a fim de que se possa ter subsídios para se chegar a uma conclusão acerca da natureza jurídica da arbitragem no Brasil.

## **2 OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Nos primórdios, não havia Estado, soberano e com autoridade, criador de leis e capaz de impor o direito. Aquele que tivesse uma pretensão a ser assegurada

---

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*, p. 59.

<sup>12</sup> *Idem, ibidem*, p. 139.

deveria fazê-lo por si mesmo, utilizando-se, para repressão de atos criminosos, da vingança privada.

Na escala da evolução, o Estado começa a exercer autoridade para punir, no regime da autotutela, ou seja, conforme sua própria discricionariedade, sem delegar essa atividade a “pessoas imparciais independentes e desinteressadas”. Esse regime, nos ensina Cintra, Grinover e Dinamarco, em *Teoria geral do processo*, era precário e aleatório, “pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte”<sup>13</sup>. O critério norteador das resoluções de conflitos era, assim, a lei do mais forte.

A autodefesa ou a autotutela foi a forma mais primitiva de resolução de conflitos, ocorrendo numa época em que ainda não havia “uma autoridade capaz de decidir e impor a sua decisão aos contendores”, de modo que aos indivíduos restava apenas, como meio de defesa, “o emprego da força material ou força bruta contra o adversário, para vencer a sua resistência”<sup>14</sup>.

Sendo assim, ocorrendo um conflito de interesses em torno de “determinado bem da vida”, aquele que desejasse conquistá-lo ou mantê-lo para si deveria utilizar-se de seus próprios meios para afastar os “que se opunham ao gozo daquele bem”<sup>15</sup>. Com efeito, dois seriam os principais aspectos da autotutela, quais sejam: “a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra”<sup>16</sup>.

A autodefesa ainda pode ser praticada no Estado moderno, em determinadas circunstâncias, para evitar a ocorrência de lesão a direito, nos limites da atividade individual. Carreira Alvim cita alguns exemplos de autotutela, quais sejam: “a legítima defesa, no âmbito penal, o desforço incontinente e o penhor legal, no âmbito civil; o direito de greve, no âmbito trabalhista”<sup>17</sup>.

À medida que o homem percebe que “os bens, pela sua importância e limitação, e pela sua qualidade e quantidade, não justificavam uma disputa”, evolui-

---

<sup>13</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.

<sup>14</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10-11.

<sup>15</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 11.

<sup>16</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>17</sup> Mas o autor ressalta que, “em muitos casos de autodefesa, o processo não é afastado definitivamente; o indivíduo é dispensado de dirigir-se ao juiz, mesmo porque não haverá tempo para isso, mas, posteriormente, o Estado-juiz poderá ser chamado a exercer o controle do ato e o fará através de processo”. E continua: “esta forma de resolução de conflito é altamente perniciosa, a uma, porque não satisfaz aos ideais de justiça, visto que o mais forte logrará sempre a satisfação do próprio interesse, e, a outra, porque, envolvendo inicialmente dois contendores, pode transformar o conflito numa verdadeira guerra” - ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 12.



se para a autocomposição como forma de resolução de conflitos<sup>18</sup>. Realmente, passa a haver, também, a possibilidade de solucionar controvérsias por meio da autocomposição, em que “uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou parte dele”<sup>19</sup>. Segundo Carreira Alvim, a autocomposição seria uma expressão altruísta<sup>20</sup>.

Por conseguinte, a autocomposição pode ocorrer pela desistência, pela submissão ou pela transação. Se uma das partes desiste, ela estará renunciando à pretensão; se ela renuncia à resistência anteriormente colocada em frente da pretensão, estará submetendo-se à vontade da outra; enquanto, se as partes transigem, fazem concessões recíprocas. Em todas essas situações, opera-se a autocomposição, que, segundo os autores do livro *Teoria geral do processo* supracitado, de certa forma, ainda pode ocorrer no que se refere aos direitos disponíveis<sup>21</sup>.

Na realidade, a autocomposição convivia com a autotutela, uma vez que se poderia solucionar o conflito utilizando-se da primeira, mas, muitas vezes, era preciso usar a força para obter o resultado, isto é, a execução, de fato, do que as partes haviam transacionado:

A espontaneidade, que deveria ser o requisito essencial de toda modalidade autocompositiva, pode estar ausente; muitas vezes, a desigual resistência econômica dos litigantes, a lentidão e a carestia dos procedimentos, dentre outras causas, conduzem as partes a autocomposições que são, no fundo, verdadeiras rendições, nas quais a decisão altruísta é provocada pela imposição egoísta da parte contrária. Sendo uma forma altruísta de composição de conflitos, poderia parecer a mais recomendável, mas não o é, porque, além das razões apontadas, oculta ou dissimula atos de autodefesa em que o litigante mais fraco, não podendo resistir, prefere renunciar<sup>22</sup>.

Como formas de autocomposição no Estado moderno, Carreira Alvim cita “a transação, no âmbito civil; o perdão do ofendido, no âmbito penal e a conciliação, nos âmbitos trabalhistas e civil”<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>19</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 1999, p. 21.

<sup>20</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 13.

<sup>21</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 1999, p. 21.

<sup>22</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 13.

<sup>23</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 14.

Sendo a autocomposição e a autotutela formas parciais de resolver litígios, gradativamente, passa-se a sentir necessidade de implementação de um sistema menos parcial, quando as pessoas começam a louvar-se de árbitros que tivessem a confiança mútua de ambas as partes<sup>24</sup>.

Em síntese, “num outro estágio da civilização, a esse subsequente, a autotutela foi sendo abandonada, chegando-se à solução dos conflitos entre os sujeitos mediante o concurso de terceiro desinteressado e imparcial eleito pelos contendedores. Tratava-se daquilo que se pode denominar de arbitragem facultativa”<sup>25</sup>.

Em princípio, como podemos verificar do estudo sobre o processo civil romano, essa atividade (arbitragem facultativa) era exercida pelos sacerdotes, sendo sua decisão “manifestação viva da vontade divina”. Dos sacerdotes, a análise dos conflitos passou aos anciãos, pois, “conhecendo eles os costumes de seus antepassados, estavam em melhores condições de decidir o conflito”<sup>26</sup>.

Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência ou inexistência do direito: o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela)<sup>27</sup>.

O Estado começa a se impor, de maneira gradativa, para limitar o grau de liberdade do indivíduo e determinar soluções às controvérsias, mas, ainda sim, o Estado não era exatamente da maneira como os doutrinadores, hoje, o descrevem, isto é, como um Estado monopolizador “da produção e aplicação do direito”, pois, nos primórdios da civilização, “o direito, antes de ser monopólio do Estado, era uma manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos Sacerdotes”<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 1999, p. 21.

<sup>25</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). [et al.]. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

<sup>26</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 14.

<sup>27</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 1999, p. 22.

<sup>28</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista. *Curso de processo civil*. Vol. I. Processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 23.

Ainda não se podia dizer da existência de uma jurisdição autêntica, pois esta teria surgido “a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social”. Mas podemos assim dizer que a atividade exercida pelo pretor foi um dos primeiros passos para se chegar ao que se tem, hoje, por jurisdição<sup>29</sup>.

Enfim, acerca da evolução do Estado para intervir na composição de litígios:

A história nos mostra que, no direito romano arcaico (das origens do direito romano até o século II a.C., sendo dessa época a Lei das XII Tábuas), já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante o pretor, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido [...]. Em seguida, escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa<sup>30</sup>.

Eram os dois estágios do processo civil romano: *in jure* e *apud judicem*. Não vamos nos alongar nessa questão, porque discorreremos sobre o processo civil romano em capítulo posterior. Convém, apenas, destacar, mais uma vez, que o sistema utilizado, primeiramente, foi o da arbitragem facultativa, passando-se, em seguida, à arbitragem obrigatória<sup>31</sup>.

No período da *cognitio extra ordinem*, “completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública”, nascendo o que temos, hoje, por jurisdição, exercida por meio do processo, e que tem como principal finalidade a pacificação<sup>32</sup>. Segundo Wambier:

Somente muito depois, com o desenvolvimento da noção de Estado e, conseqüentemente, com o nascimento das primeiras idéias a respeito daquilo que seria, mais tarde, o Estado de Direito, é que a tarefa de solucionar os conflitos [...] entre as pessoas foi admitida como função do Estado, primeiramente atribuída ao soberano, de quem emanava todo o Direito e, mais tarde, numa fase mais desenvolvida,

---

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*, p. 23-24.

<sup>30</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 1999, p. 22.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem*, p. 22.

<sup>32</sup> *Idem, ibidem*, p. 23.

mediante o concurso dos organismos do Poder Judiciário, dotados de independência estrutural diante dos demais órgãos de gestão das atividades estatais<sup>33</sup>.

Frederico Marques explica que o processo nasceu para suceder a autotutela, pois que seria forma mais civilizada de composição de conflitos, em razão de ter como base a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais. Ao falar sobre lide, pretensão e processo, o autor nos ensina que existem mandamentos jurídicos, traduzidos no direito objetivo, para disciplinar e regulamentar a vida em sociedade, pois são esses mandamentos que coordenam, de forma objetiva, as possíveis condutas entre os sujeitos, tutelando as diversas categorias de interesses e suas limitações. E, quando a norma do direito objetivo, abstrata e genérica, enquadra-se em determinada situação, ter-se-á a “vontade concreta da lei” impondo a regra de conduta para os indivíduos<sup>34</sup>.

A infração da lei, ou de outra regra de direito objetivo, alcança também o interesse que a ordem jurídica tutela na norma violada. E se o titular do interesse assim atingido não se conformar com a lesão sofrida e exigir a restauração do direito violado, desenha-se uma situação contenciosa ou de conflito, uma vez que o autor da lesão persista em não alterar o *status quo* e em não reparar essa lesão.

[...]

Através da aplicação da vontade concreta da lei, resolve-se o conflito com a prevalência do interesse que realmente for tutelado pelo direito objetivo.

Há, assim, no processo, uma pretensão, que qualifica o conflito de interesses, como pressupostos dos atos que nele devem ser praticados, e a aplicação da vontade concreta da lei, como fim imediato, para a composição da lide<sup>35</sup>.

Deve-se verificar, pois, que o processo é instrumento de solução de litígios capaz de realizar a vontade concreta da lei, pois o Poder Judiciário deveria agir porque pressupõe a existência de uma lei para poder aplicá-la aos casos concretos – ele não as cria, apenas dita-as. A arbitragem (objeto de estudo desta pesquisa), por sua vez, surge como meio alternativo de litígios, como veremos mais adiante, de caráter especial, quais sejam, aqueles litígios que envolvam direitos patrimoniais

---

<sup>33</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) [et al.]. *Op. cit.*, 2001, p. 36.

<sup>34</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Campinas: Millennium, 2000, p. 1.

<sup>35</sup> *Idem, ibidem*, p. 2.

disponíveis. Igualmente, a arbitragem, que tem origem contratual, nem sempre se aterá à aplicação da vontade concreta da lei, porque poderá ater-se e fundamentar-se na equidade.

Ainda que instrumento para concepção da lei material, o processo<sup>36</sup>, como tutela estatal, tem-se mostrado insuficiente para alcançar a pacificação de todas as controvérsias existentes no mundo jurídico, em razão, entre outros fatores, da demasiada formalidade processual, do tempo e da sua duração, traduzidos na morosidade do Judiciário<sup>37</sup>.

Wambier explica que, em razão de uma “nítida preferência pela solução estatal jurisdicional dos conflitos de interesses”, a doutrina tem afirmado “que a jurisdição é monopólio do poder estatal”. Ele defende, entretanto, que “esse caráter monopolizador da atividade jurisdicional do Estado” não estaria a impor obstáculos para que os interessados, uma vez autorizados por lei, possam “optar por meio não estatal de exercício da jurisdição, isto é, de realização de atividade capaz de por fim à lide”. Nesses casos, a jurisdição estaria sendo exercida por delegação do Estado, com a respectiva autorização legal e a manifestação expressa do interesse das partes em utilizarem-se desses meios<sup>38</sup>.

Assim, começa-se a abrir os olhos para outros meios, jurisdicionais ou não, de solução de conflitos com vistas a possibilitar o acesso à justiça<sup>39</sup>. Com efeito, surgem “vertentes alternativas”, que têm como preceitos: (a) a desformalização, como fator de celeridade; (b) a gratuidade, com o escopo de se tentar levar justiça a todos; e (c) a delegação, concedendo-se “amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional)”<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Marinoni escreve: “Para que o processo possa realmente atingir os objetivos a que se destina é importante termos em consideração que ele não é um fim em si mesmo, e que, portanto, as suas regras não podem sobrepujar as do direito material e as exigências de pacificação dos conflitos.

O processo, como instrumento, tem por fim realizar os direitos e eliminar os conflitos. O processo que não chega a produzir os seus efeitos normais não só não permite à jurisdição realizar os seus objetivos como, também, gera angústia e decepção àqueles que buscam a tutela jurisdicional. O processo, em outras palavras, é instrumento que apenas tem valor quando serve ao direito material e aos escopos da jurisdição”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 64-65.

<sup>37</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 1999, p. 26.

<sup>38</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) [et al.]. *Op. cit.*, 2001, p. 37.

<sup>39</sup> Sobre o tema acesso à justiça, recomendamos a leitura dos autores: MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, e CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

<sup>40</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 1999, p. 26.

Implementaram-se, assim, modalidades como a conciliação na busca pelo acesso à justiça. Desta, por sua vez, já tratava, inclusive, a Constituição Imperial Brasileira, aparecendo, posteriormente, na CLT (arts. 847 e 850) e no CPC (art. 125, IV, por exemplo).

Além do método estatal de resolução das lides, através do processo, existem outras ‘possíveis desembocaduras do litígio’ (Alcalá-Zamora y Castillo), dentre as quais a autocomposição (renúncia, reconhecimento, transação), a conciliação e a arbitragem. Algumas dessas formas de ‘composição das lides’ (Carnelutti) podem ter lugar por ocasião do processo (intraprocessuais), quando adquirem colorido jurisdicional, que lhes é passado pela sentença de homologação. É o caso da transação e da conciliação. Outras são, verdadeiramente, extraprocessuais, afastando, em princípio, o processo. É o caso da arbitragem brasileira que, depois da Lei 9.307/96, dispensa a homologação da sentença arbitral, dando-lhe força própria<sup>41</sup>.

A arbitragem faz parte de uma terceira onda de busca do acesso à justiça: “como exercício delegado da jurisdição estatal, serve de mecanismo alternativo à atividade do Poder Judiciário, pois também se insere no conjunto de meios para a solução da lide”<sup>42</sup>. A primeira delas teria sido a busca por meio da proclamação das liberdades civis e políticas. Entretanto, o obstáculo econômico sempre esteve a impedir o acesso à Justiça. Seguiu-se, então, a criação de meios para se garantir assistência jurídica.

Diante da insuficiência desses provimentos para garantir o acesso à justiça, verificou-se a necessidade de se tutelarem os direitos e os interesses de grupos (difusos e coletivos), dando origem a expedientes como as ações coletivas. Num terceiro momento, em razão dos obstáculos judiciais de caráter processual ao acesso à justiça, buscaram-se formas alternativas de soluções de conflitos, quais sejam: a conciliação, a mediação e a arbitragem<sup>43</sup>.

Segundo Silva, Moraes e Barbieri, “o judiciário estatal é, assim, meio por excelência, para a realização da justiça mas não o exclusivo”<sup>44</sup>. Mais adiante, referindo-se também aos juizados especiais e à justiça desportiva, esses autores dizem:

---

<sup>41</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 49.

<sup>42</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) [et al.]. *Op. cit.*, 2001, p. 37.

<sup>43</sup> LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 16.

<sup>44</sup> SILVA, Eduardo da. [et al.]. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

[...]. A Constituição, assim, assegura acesso à justiça por diversas formas, entre as quais o Poder Judiciário.

Tais assertivas não desconhecem a imprescindibilidade de um Poder Judiciário forte para julgar as lides que envolvam questões de direito público e de direito indisponível – como as de estado da pessoa, bem como todas aquelas em que se constate a hipossuficiência de uma das partes. Não se pleiteia, da mesma forma, substituição das tarefas do judiciário estatal por um modelo privado, mas reconhecimento da adequação de outros meios, que, em função da sintonia fina entre direito e instrumento, logram ser os mais próprios para resolução de alguns tipos de controvérsias<sup>45</sup>.

Tais autores explicam também que o processo de conhecimento regulado pelo CPC seria o eixo central de um sistema amplo de composição de litígios e que passa a agregar microssistemas – originados com o advento de “novas leis substanciais que exigiam adequada e específica tutela jurisdicional de direitos” – em torno de si. Essa interligação dos microssistemas ao eixo central ocorreria em caráter subsidiário e nunca de dependência. Ademais, em escala hierárquica superior a todos esses microssistemas e ao CPC, estaria a Constituição Federal, “garantindo-se caráter instrumental, tanto ao sistema como aos microssistemas, em relação à Lei Maior”<sup>46</sup>.

Concordamos com a visão dos autores, segundo a qual a arbitragem seria “um microssistema de diluição de controvérsias voltado precipuamente a atender determinada espécie de demanda por justiça. Esse microssistema, fiel à origem e à natureza do instituto, dirige-se precipuamente ao contencioso empresarial”<sup>47</sup>.

Aliás, a arbitragem estaria mesmo a se adequar à empresa e ao empresário e se compatibilizar com eles, em razão, principalmente, da sua celeridade, da sua confiabilidade e da sua confidencialidade, além de outras características do instituto conjugadas, que são fundamentais muitas vezes para as empresas: “a objetividade da atuação dos julgadores arbitrais se combina com o próprio espírito prático do gestor da empresa. [...] Com efeito”, explica Cláudio Vianna de Lima, “às técnicas mercantis, práticas e objetivas, bem se ajustam a simplicidade e o informalismo da solução amigável, sem desnecessários tropeços, mais indicada a, por vezes existente, complexidade, urgência e vulto dos negócios, não raro exigindo, no seu trato, conhecimentos especializados”<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> *Idem, ibidem*, p. 30-31.

<sup>46</sup> *Idem, ibidem*, p. 31.

<sup>47</sup> *Idem, ibidem*, p. 31.

<sup>48</sup> LIMA, Cláudio Vianna de. *Op. cit.*, 1999, p. 16.

### 3 O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Jurisdição é a “função que o Estado desenvolve no processo, para aplicar a lei e fazer justiça” e “pode ser definida como a aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão”<sup>49</sup>.

Calmon de Passos ensina que é preciso distinguir “prestação da atividade jurisdicional” e “tutela jurídica”. Para o autor, prestação da atividade jurisdicional seria um dever-poder a que o Estado está obrigado constitucionalmente e que corresponde à prestação devida, em face do exercício, pelo sujeito, do seu direito de ação (direito de obter, do Estado-Juiz, um pronunciamento em face da postulação que lhe é formulada)”. Já a tutela jurídica diria respeito ao “deferimento de certo bem da vida, reclamado como próprio ou como devido ao que exercitou o seu direito de ação”<sup>50</sup>.

De acordo com Frederico Marques, a resolução de conflito de interesses dá-se por meio de uma “trilogia estrutural de conceitos básicos”, quais sejam, a jurisdição, a ação e o processo. Sendo assim, o processo, como operação que se destina à pacificação dos litígios, “se realiza com a atividade jurisdicional, posta em movimento através da ação e desenvolvida por meio de um conjunto de atos que é o processo em sentido estrito”<sup>51</sup>. E a jurisdição seria atribuída ao poder público, sendo atividade específica do Judiciário, como órgão de autoridade estatal:

Se está proibida a autodefesa e só as vias processuais atendem, na composição de litígios, aos imperativos da vida jurídica que o Estado a todos impõe, a tutela jurisdicional às pretensões resistidas ou insatisfeitas é obrigação indeclinável do poder público. Se alguém, ao formular sua pretensão, através da ação, denuncia que a ordem jurídica foi violada ou está ameaçada de o ser, é dever do Estado estabelecer a paz e a justiça, aplicando os preceitos do direito em vigor para dar a cada um o que é seu<sup>52</sup>.

Nunes ensina que

a jurisdição pode ser vista sob três enfoques distintos: como poder, porquanto emana da soberania do Estado, que assumiu o monopólio de dirimir os conflitos; como função, porque constitui uma obrigação

---

<sup>49</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, 2000, p. 3.

<sup>50</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Arts. 270 a 331. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9.

<sup>51</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, 2000, p. 4.

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p. 266.



do Estado de prestar a tutela jurisdicional quando chamado; finalmente, como atividade, uma vez que a jurisdição atua através de uma sequência de atos processuais<sup>53</sup>.

Como pressupostos da jurisdição, Frederico Marques coloca a existência de processo e de uma pretensão que o qualifica, isto é, uma situação contenciosa anterior. No que tange às suas características, a jurisdição seria uma “atividade substitutiva”, ou seja, é exercida, como atividade pública, para substituir a atividade das partes quando afirma a existência ou não da vontade da lei ou quando cumpre essa vontade porque elas não o fizeram<sup>54</sup>. Ademais, a jurisdição deve ser inerte, pelo que os órgãos que a exercem só atuarão se tiverem sido provocados<sup>55</sup>.

Ovídio Baptista ensina que o conceito de jurisdição deve ser analisado levando-se em consideração o fato de ser ela inerte, isto é, de ter sempre que ser provocada pelo titular do direito protegido por lei; e o fato de a separação dos poderes ser o “princípio legitimador do Estado democrático”, de maneira que devem ser as funções legislativa, administrativa e jurisdicional atribuídas a órgãos mais ou menos autônomos entre si<sup>56</sup>.

Lacerda critica a doutrina que considera a jurisdição como uma atividade substitutiva, que tem por fundamento as concepções de Chiovenda e Rocco, segundo os quais “a essência da atividade jurisdicional consistiria em seu caráter substitutivo e secundário, já que as partes, direta e primariamente, deveriam saber cumprir por si mesmas as regras norteadoras de sua conduta”. Para ele, essa tese não seria capaz de explicar “a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que tiverem por objetivo conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes” e, também, não o faz no que tange às questões processuais, “como as relativas à competência e à suspeição” de juízes, “onde jamais se poderá vislumbrar qualquer traço de ‘substitutividade’ a uma atuação originária, direta e própria das partes”. Lacerda defende que, se há julgamento de questões (quaisquer questões no curso do processo que envolvam as pretensões e as razões das partes), por exemplo, questões incidentes, “estaremos em presença de ato jurisdicional”, tanto que a jurisdição também está presente em processos de natureza administrativa, como na chamada “jurisdição voluntária”<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> NUNES, Elpidio Donizetti. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 33.

<sup>54</sup> A tese que admite a jurisdição com caráter de substitutividade foi defendida por Chiovenda.

<sup>55</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, 2000, p. 257. Essa era, também, a concepção de Chiovenda. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoles, Jovene, 1965, p. 296. *Apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. I: Processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

<sup>56</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. cit.*, 2001, p. 24-25.

<sup>57</sup> LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 8, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 22-23.

Calamandrei explica que esse conceito de jurisdição, a partir de seu caráter de substitutividade, é válido quando a garantia jurisdicional se dá em face de uma transgressão prévia de um preceito primário e trate, com meios diversos postos em prática pelo Estado, de alcançar o mesmo efeito prático que derivaria do cumprimento voluntário do obrigado<sup>58</sup>.

Não obstante, o autor indaga sobre a possibilidade de se falar em sanção diante de uma garantia jurisdicional que consistiria “somente na constatação oficial de um preceito primário, ainda que não transgredido e idôneo, para ser voluntariamente cumprido por quem está obrigado a observá-lo”. Indaga, ademais, sobre a possibilidade de se falar em substitutividade “quando a garantia constitucional consiste no resultado que elas, mesmo que estejam de acordo, não poderão obter por si, e para consegui-lo, a atividade do juiz é indispensável, e, por essa razão, pode ser considerado substituto de uma atividade das partes”<sup>59</sup>. Sendo assim, para esses outros casos, o autor vislumbra a necessidade de um conceito mais amplo de jurisdição. Desse modo, tem-se, para ele, que:

sempre que o Estado, que geralmente no sistema da legalidade, confere à livre vontade dos indivíduos a individualidade e a observância dos preceitos, que nascem das leis concernentes a eles, sente a necessidade de intervir nas relações jurídicas dos cidadãos, para estabelecer, oficialmente, a certeza de um destes preceitos dirigidos aos indivíduos a fim de garantir sua eficácia prática, há jurisdição<sup>60</sup>.

Para Ovídio Baptista, a imparcialidade, em vez da substitutividade, seria o que define a jurisdição, já que:

As notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade

---

<sup>58</sup> CALAMANDREI, Piero. Noción unitaria de jurisdicción. In: GREIF, Jaime. *El proceso: vision y desafios*. Fundacion de Cultura Universitaria, 1993, p. 36.

<sup>59</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 37. Texto original: “¿Cómo se puede hablar de sanción cuando la garantía jurisdiccional consiste solamente en la constatación oficial de un precepto primario aun no transgredido y que todavía es idóneo para ser voluntariamente cumplido por quien está obligado a observarlo?. ¿Y cómo se puede hablar de sustitución cuando la garantía jurisdiccional consiste en la producción de las partes, aunque estuvieran de acuerdo, no podrían obtener por sí, y para conseguir el cual la actividad del juez es en absoluto indispensable y no se presta, por consiguiente, a ser considerada como subrogado de una actividad de las partes que falta?”

<sup>60</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 37. Texto original: “siempre que el Estado, que generalmente en el sistema de legalidad, confía a la libre voluntad de los individuos la individualización y la observancia de los preceptos que nacen de las leyes respecto de ellos, siente la necesidad de intervenir en las relaciones jurídicas de los ciudadanos, para establecer oficialmente la certeza respecto de uno de estos preceptos dirigidos a los individuos, a fin de garantizar su observancia práctica, hay jurisdicción”.

estatal, no caso pelo juiz, que realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir [...]; b) o outro componente essencial ao ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela por meio de sua atividade<sup>61</sup>.

Por outro lado, Calmon de Passos explica que as críticas à doutrina de Chiovenda não a invalidam, pois é preciso entender bem o significado de substitutividade. Para ele, a natureza substitutiva do ato jurisdicional implica, na verdade, a imparcialidade do juiz, pois este deve estar “sempre estranho aos interesses sobre os quais incidia sua atividade, mantendo-se numa posição equidistante das partes”<sup>62</sup>.

Na concepção de Frederico Marques, “a jurisdição, no Estado Moderno, é a atividade pública”, de monopólio estatal, e as modalidades de autodefesa e autocomposição que não foram extintas e os demais equivalentes jurisdicionais e formas de solução de conflitos submetem-se ao “controle, *a posteriori*, do Poder Judiciário”, se provocado, uma vez que o monopólio jurisdicional seria exercido por esse poder<sup>63</sup>. E, segundo Frederico Marques, o Poder Judiciário teria o seu monopólio, em razão do princípio do juiz natural, porque esse seria “o primeiro dos princípios que rege a jurisdição, o que significa que somente podem exercê-la os órgãos regularmente previstos na Constituição Federal”<sup>64</sup>.

Ademais, a jurisdição seria a garantia do direito ao processo, como direito público subjetivo. Somente seria possível exercer a função jurisdicional quando dela se estiver investido por ato legítimo. Ela só pode ser exercida por aquele que tenha, por uma investidura particular, o poder de julgar, pois, se ausente essa investidura, ter-se-á a “nulidade de pleno direito dos atos que praticar”<sup>65</sup>. Igualmente, a jurisdição não poderia ser transferida nem, tampouco, delegada<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. cit.*, 2001, p. 41.

<sup>62</sup> PASSOS, Calmon. *Da jurisdição*. 1957, p. 31. *Apud* SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74.

<sup>63</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, 2000, p. 257-259.

<sup>64</sup> *Idem, ibidem*, p. 277.

<sup>65</sup> *Idem, ibidem*, p. 277.

<sup>66</sup> “Caso especial de delegação é ainda aquele em que o juiz depreca a outro magistrado para a prática de atos processuais”. MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, 2000, p. 278.

Sobre o escopo da jurisdição, o autor nos ensina:

não é para impor direitos subjetivos que o Estado promulga regras sobre a jurisdição, e sim com o intuito de manter a ordem jurídica e de fazê-la observada por aqueles cujos interesses são por ela disciplinados. A jurisdição tem nos seus órgãos [...] a *longa manus* do legislador, e a vontade do Estado, impressa no preceito legal, se transfunde no julgado com caráter imperativo. Reconhecer o direito subjetivo é apenas fim mediato e resultante do exercício da jurisdição<sup>67</sup>.

Carreira Alvim revela que a jurisdição compreende a *notio, vocatio, coertio, iudicium* e *execution*, ou seja, “o direito de conhecer, ordenar, julgar, punir e constranger à execução”<sup>68</sup>. E, por emanar da soberania do Estado, consegue chegar “até onde chega a soberania estatal”. Isso se dá, também, pelo fato de ser a jurisdição, segundo explica o autor, “atuação da vontade da lei ao caso concreto”, de modo que não poderia “haver sujeição à jurisdição senão onde possa haver sujeição à lei”. Em vista disso, o poder de império do Estado seria o limitador da jurisdição. Ademais, como emana da soberania estatal, porque esta última é única, igualmente, será una a jurisdição, não comportando, assim, divisões. A doutrina fala, apenas, em espécies de jurisdição, por uma questão de divisão de trabalho, como, por exemplo, jurisdição civil e jurisdição penal<sup>69</sup>.

Anota Frederico Marques que a jurisdição estaria a se operar como tutela de conhecimento, execução e prevenção ou cautelar. A execução, igualmente, seria atividade jurisdicional porque nela, também, se dá a substituição de uma atividade para fazer valer a lei. Principalmente porque há a necessidade de que a pretensão seja completamente obtida, pois que, muitas vezes, faz-se necessário o processo de execução:

Se a jurisdição é atividade estatal cujo escopo reside no aplicar o direito objetivo em relação a uma pretensão, cumpre que essa missão se esgote para que esteja plenamente realizada. Se o Judiciário se limitasse a dizer qual o direito cabível, não estaria fazendo aplicação da vontade concreta da lei. Sua tarefa se realizaria pela metade e não atingiria, assim, o seu objetivo final<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p. 259.

<sup>68</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 59.

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*, p. 64-66.

<sup>70</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, 2000, p. 269.

Couture, quando discorre sobre as várias características que entende necessárias para se ter o ato como jurisdicional, também considera essencial o elemento de coercibilidade ou da possibilidade de execução das sentenças condenatórias, pois estes elementos estariam a pertencer à essência da coisa julgada e, por conseguinte, da jurisdição<sup>71</sup>.

E assim define jurisdição:

*función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución*<sup>72</sup>.

Uma outra concepção de jurisdição seria aquela que a tem como “a justa composição das lides”. Liebman explica que esse seria o conceito adotado por Carnelutti, o qual “considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto de vista sociológico, a que a operação conduz”<sup>73</sup>.

Para Liebman, a jurisdição é a atividade que irá fazer, após a edição das leis, com que se realize plenamente a função do direito. Sendo assim, segundo o autor:

há um ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas da sua atividade. Esses são os órgãos judiciários e a sua atividade chama-se, desde tempos imemoriais, jurisdição (*iurisdictio*); as pessoas que exercem a jurisdição chamam-se juízes e formam, no seu conjunto, a Magistratura [...]; sua atividade desenvolve-se em direção dupla, através da cognição [...] e da execução forçada<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesual civil*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002, p. 31.

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*, p. 34.

<sup>73</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I (Tradução e Notas: Cândido Rangel Dinamarco). Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 4.

<sup>74</sup> *Idem, ibidem*, p. 3.

Com efeito, agregando valores da doutrina de Chiovenda e Carnelutti, Liebman descreve a jurisdição “como a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”<sup>75</sup>.

Allorio e Calamandrei defendem que a jurisdição deve ser conceituada não pelos seus fins, mas por suas formas, de modo que a essência do ato jurisdicional estaria no fato de poder produzir coisa julgada, sendo esta, por sua vez, a característica principal da jurisdição<sup>76</sup>.

Calamandrei refere-se, ainda, à jurisdição como forma de o Estado confirmar-se a si mesmo, pois ele defende, com ela, sua atividade de legislador<sup>77</sup>.

Para Neves, a atividade jurisdicional é, de fato, a exercida no processo de conhecimento, especialmente no processo de “pura declaração”, pois aquilo que exceder à declaração estaria no plano de execução. Desse modo, “a jurisdição esgota-se no processo declaratório”, não sendo possível, para esse autor, exercê-la no processo de execução. Com efeito, o que se teria neste último, em vez de jurisdição, seria uma atividade jurissatisfativa, porque o que se pretende obter, “nos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada”, é a satisfação do interesse do litigante<sup>78</sup>.

Gusmão Carneiro ensina que a jurisdição constitui forma de exercício da soberania estatal. Segundo o autor, à jurisdição corresponde o direito subjetivo de ação. Para ele, jurisdição “é a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito concreto”<sup>79</sup>, já que o termo “eficácia vinculativa plena” refere-se ao fato de a sentença fazer coisa julgada e de sua eficácia revestir-se de caráter de definitividade, porque vincula as partes para

---

<sup>75</sup> *Idem, ibidem*, p. 7.

<sup>76</sup> CALAMANDREI, Piero. *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil. Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, p. 48; ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1948; e *Problemas de derecho procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1963, Vol. 2, p. 15 *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. cit.*, 2001, p. 30-31.

<sup>77</sup> CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 34: “*El Estado a través de los jueces, se confirma a sí mismo, haciendo que su autoridad, del empímero de las leyes abstractas, descienda al nivel de las vicisitudes humanas e intervenga con eficacia práctica en regular según las leyes la conducta de los ciudadanos: el Estado defiende con la jurisdicción su actividad de legislador*”.

<sup>78</sup> NEVES, Celso. Classificação das ações. In: *Justitia*, São Paulo, Vol. 88, p. 35 *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. cit.*, 2001, p. 37.

<sup>79</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.*, 1989, p. 3-4.

sempre<sup>80</sup>. Sendo assim, a coisa julgada seria “atributo específico da jurisdição”<sup>81</sup>. Para o autor, o escopo da jurisdição seria, primordialmente, a extinção do conflito de interesses entre os litigantes, sendo a lide “eliminada mediante a declaração e a aplicação do direito incidente ao caso concreto (processo de conhecimento), ou mediante a realização do direito (processo de execução)”<sup>82</sup>. Além disso, ele descreve o que considera como “características básicas da atividade jurisdicional”. Com efeito, a jurisdição seria uma atividade: (a) provocada; (b) pública, “constituindo no sistema jurídico brasileiro monopólio do Poder Judiciário, salvante os restritíssimos casos de jurisdições anômalas”; (c) substitutiva; (d) “indeclinável, a ser exercida pelo juiz natural”<sup>83</sup>.

Rose considera que “a jurisdição como expressão de poder é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, como o Estado vive em constante evolução histórica, nada mais natural que o conceito de jurisdição varie no espaço e no tempo”<sup>84</sup>.

Assim é que Silva, Moraes e Barbieri asseveram que, após as tentativas da doutrina clássica de definir a jurisdição por meio de seu caráter de substitutividade e de atuação da vontade concreta da lei, bem como pela formação de lide e/ou coisa julgada, modernamente, outros fatores surgiram para se discutir o conceito de jurisdição. A jurisdição teria sido redesenhada pela presença dos seguintes elementos: “um terceiro imparcial e o poder compositivo autoritário ou obrigatório (efeito vinculante da decisão)”. Seguem, então, esses autores dizendo que “ambos os traços estão presentes na arbitragem”, ensejando, “perfeitamente, seu enquadramento como atividade jurisdicional”<sup>85</sup>.

Na arbitragem, os traços da imparcialidade e da força vinculante da decisão são marcantes. O fundamento do poder dos árbitros advém da confiança que estes recebem das partes de justamente atuarem com imparcialidade e isenção de ânimos na condução do processo arbitral.

Por sua vez, a força vinculante da decisão ou o poder compositivo autoritário decorre também do caráter privado da arbitragem

---

<sup>80</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

<sup>81</sup> *Idem, ibidem*, p. 12.

<sup>82</sup> *Idem, ibidem*, p. 5.

<sup>83</sup> *Idem, ibidem*, p. 12-14.

<sup>84</sup> ROSE, Cristianne FonticIELha de. O conceito de jurisdição. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *In: Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 106.

<sup>85</sup> SILVA, Eduardo Silva da; MORAES, Henrique Choer; BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Teoria geral do processo. Op. cit.*, 2002, p. 42.

promovido pela cláusula compromissória. A decisão arbitral, ainda que não se caracterizasse como verdadeira sentença, detém o caráter de negócio jurídico, ou seja, é dotada de normatividade própria em relação a controvérsia enfocada, vinculando as partes pela incidência do princípio da boa-fé objetiva uma vez que de comum acordo deram causa à arbitragem<sup>86</sup>.

A lei de arbitragem não representa a privatização do Poder Judiciário, como acreditam alguns<sup>87</sup>. Ao contrário, “trata-se de uma lei que apenas revitaliza um instituto que precede historicamente a própria jurisdição estatal e que se insere em um microsistema típico de resolução de controvérsias – as do meio comercial”<sup>88</sup>.

Carreira Alvim completa essa idéia dizendo que a arbitragem, de fato, estaria representando “uma abertura no monopólio (estatal) da jurisdição, permitindo que a resolução dos conflitos possa ser obtida numa outra vertente, fora do processo. É o começo da desestatização dos litígios, pelo caminho da deformalização das controvérsias”<sup>89</sup>.

Entretanto, é preciso destacar a existência de entendimento contrário. Couture, por exemplo, considera que “*el juicio arbitral necesario tiene forma de proceso y órgano idóneo indicado por la ley, pero no tiene naturaleza jurisdiccional en razón de carecer los árbitros del imperium, que es uno de los atributos de la jurisdicción*”<sup>90</sup>.

Entendemos que o conceito de jurisdição deva evoluir na medida em que o Estado também o faz. Conforme assevera Calamandrei<sup>91</sup>, ao analisar as ponderações de Chiovenda, compartilhamos do entendimento de que a jurisdição pode ser, em muitos casos, uma atividade substitutiva, mas sempre revestida de imparcialidade. A jurisdição compreende o direito de conhecer, ordenar e julgar, podendo aquele que a exerce vir a ser revestido do poder de execução e coação, para garantir seja efetivada a tutela jurisdicional que prestou, de modo que, mesmo não possuindo esses poderes específicos, estará exercendo a atividade jurisdicional, fazendo valer a vontade concreta da lei, a fim de alcançar a pacificação social mediante critérios

---

<sup>86</sup> *Idem, ibidem*, p. 43.

<sup>87</sup> Entendimento contrário é aduzido por Antônio Sousa Prudente em PRUDENTE, Antônio Sousa. Inconstitucionalidade da justiça privada na nova lei de arbitragem. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n.º 132, out./dez. 1996.

<sup>88</sup> SILVA, Eduardo Silva da; MORAES, Henrique Choer. *Op. cit.*, 2002, p. 44.

<sup>89</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 72.

<sup>90</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, 2002, p. 30.

<sup>91</sup> CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, 1993, p. 34.



de justiça. Verifica-se, pois, que a execução não deve ser caracterizada como pressuposto essencial da jurisdição. Esta, por sua vez, constitui monopólio estatal, em razão da soberania, mas não se afigura como monopólio do Poder Judiciário – incumbido de exercê-la como função do Estado. Desse modo, pode o Estado, observando as normas e os princípios constitucionais – principalmente no que tange à separação de poderes, sem violar o sistema de pesos e contrapesos –, determinar a quem quer que seja o exercício da jurisdição para fazer concreto o desejo de pacificação social dos litígios. A tutela jurisdicional impõe caráter vinculativo e obrigatório às decisões que emana, realizando o que se denomina coisa julgada e produzindo os efeitos desta.

Estudando-se a arbitragem no Brasil, será possível verificar que esta se insere em todos esses pressupostos que definem a jurisdição e apresenta, portanto, além de um caráter contratual, aspectos jurisdicionais.

## **4 A ARBITRAGEM**

### **4.1 O PROCESSO CIVIL ROMANO COMO ANTECEDENTE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM**

A ação judicial é instrumento de garantia da tutela do direito subjetivo contra possíveis violações. Assim, para todo direito subjetivo, há ação judicial correspondente. Trata-se do meio pelo qual o Estado protege todo e qualquer direito subjetivo, evitando, dessa forma, que particulares utilizem suas próprias forças para atingirem o que entendem por justo.<sup>92</sup>

Para entendermos o processo civil moderno e analisarmos o instituto da arbitragem com vistas a determinar seus efeitos na ordem jurídica, isto é, detectar qual a sua natureza jurídica, convém estudar aspectos históricos do processo civil.

---

<sup>92</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano. I. História do Direito Romano – Instituições de Direito Romano: A) – Parte Geral; B) – Parte Especial: Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965, p. 201-202.

#### 4.1.1 A JUSTIÇA PRIVADA E A EVOLUÇÃO PARA O SISTEMA DAS AÇÕES DA LEI

No direito romano, primitivamente, havia a possibilidade de defesa privada dos direitos subjetivos de forma ampla. No direito romano clássico, a defesa privada passa a ser permitida apenas em algumas hipóteses, como era o caso da legítima defesa e do que Moreira Alves denomina “autodefesa privada ativa”. A esta última, por sua vez, as constituições imperiais vão impondo limites, passando o direito subjetivo, aos poucos, a ser tutelado pela ação. “No direito romano, a vinculação entre o direito subjetivo e a ação é ainda mais evidente do que no direito moderno”, porque havia ações específicas para cada direito. Ressalte-se que, em Roma, a ação era tida mais pelo seu caráter processual do que pelo aspecto material, razão pela qual aquele autor afirma: “o direito romano era antes um sistema de ações do que um sistema de direitos subjetivos. E isso se verifica sobremodo no direito clássico, quando a evolução dos institutos jurídicos romanos se faz principalmente através da atuação do pretor no processo<sup>93</sup>”.

Foram três os sistemas de processo civil romano: o das ações da lei (*legis actiones*), vigente, sobretudo, no período pré-clássico (desde a época da fundação de Roma – 745 a.C. – prevalecendo até os fins da República); o formulário (*per formulas*), que vigorou, principalmente, no direito clássico; e o extraordinário (*cognitio extraordinario*), utilizado no direito pós-clássico.

Na fase da justiça privada, o Estado intervinha, apenas, no que concernia à religião. Da justiça privada, na qual os próprios indivíduos ou grupo a que pertenciam defendiam seus interesses, passou-se à composição tarifada, intervindo um magistrado entre as partes.

Num primeiro momento, aquele que se sentia ofendido utilizava-se do que Moreira Alves chama de “arbitramento facultativo”<sup>94</sup>, isto é, ou fixavam uma indenização tida como justa tanto para a vítima como pelo ofensor ou utilizam-se de um árbitro para estabelecer um acordo.

Jhering, para nos explicar o direito romano, ressalta a influência do colégio dos pontífices na sua formação. Na antiguidade romana, a solução dos litígios de ordem religiosa competia, exclusivamente, aos sacerdotes, os quais, aos poucos, foram criando procedimentos que passaram a ser utilizados pelos tribunais que

---

<sup>93</sup> *Idem, ibidem*, p. 202-203.

<sup>94</sup> *Idem, ibidem*, p. 204.

se sucederam na Idade Média. Segundo Jhering, “o *fas* da Roma antiga é o *jus canonicum* da Roma da Idade Média”<sup>95</sup>. A influência dos pontífices foi tamanha que algumas ações deveriam ser intentadas perante o tribunal eclesiástico e as que não se sujeitavam a essa regra dependiam de decisão prévia dos pontífices<sup>96</sup>.

A prática do conhecimento e a inteligência jurídica, segundo Jhering, eram postas a serviço do público por meio das profissões de redator e escrivão dos atos jurídicos, de conselheiro e de árbitro. As duas primeiras, *cavere e scribere e respondere*, eram exercidas pelos eclesiásticos. Quanto ao *receptum arbitri*, como muitas questões de caráter religioso somente poderiam ser solucionadas pelos pontífices e tendo os juízes sido, originalmente, pessoas as quais as partes pediam conselhos, nada era melhor, na maioria das vezes, do que escolherem um pontífice como árbitro (após, os conselhos dos pontífices passaram a adquirir autoridade de sentença judiciária)<sup>97</sup>.

Assim, o colégio dos pontífices acolheu a arbitragem entre as suas funções, surgindo a necessidade de se criarem princípios e fórmulas de processo, o que deu origem às *legis actiones*. Jhering nos ensina que “as fórmulas do processo antigo se apoiavam na autoridade dos pontífices”<sup>98</sup>.

As ações da lei eram assim denominadas ou “porque se originavam de um texto legal (da Lei das XII tábuas ou de outro) ou porque as situações jurídicas por elas tuteladas se fundavam em uma lei, cujas palavras deveriam ser cuidadosamente repetidas no formulário da *actio*”<sup>99</sup>.

Essas ações, em geral, sujeitavam-se ao *ordo iudiciorum privatorum*, ou seja, eram propostas perante o magistrado (*in iure*), passando, logo após, ao juiz popular (*apud iudicem*). Eram, ademais, escassas e típicas, isto é, com uma estrutura

---

<sup>95</sup> JHERING, Rudolf Von. *O espírito do Direito Romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*. (Tradução de Rafael Benaion). Vol. I. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934, p. 272.

<sup>96</sup> *Idem, ibidem*, p. 274-275.

<sup>97</sup> “A influência dos pontífices na antiguidade [...] se estendia [*sic*] a todo o direito e a todo o processo civil. A arte de interpretar [*sic*] as leis e o depósito das fórmulas das *legis actiones* [...] pertenceu, exclusivamente, durante o primeiro século da República, ao colégio [*sic*] dos pontífices, que delegava a cada ano a um dos seus o cumprimento desse [*sic*] dever. [...]. Os pontífices, para poder manter a sua preponderância [*sic*], tiveram uma parte prática importante nas relações jurídicas e na administração da justiça. (Apesar de os pontífices não) [...] serem encarregados pelo Estado da administração do direito, conseguiram, por meio de delegações voluntárias [*sic*], adquirir nêle [*sic*] força [...] preponderante.” JHERING, Von Rudolf. *Op. cit.*, 1934, p. 275-276.

<sup>98</sup> *Idem, ibidem*, p. 277.

<sup>99</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 51.

individualizada para cada situação jurídica, expressamente, reconhecida em lei. Caracterizavam-se pelo formalismo, pela oralidade e pela solenidade. Na aplicação das ações da lei, por causa da tradição histórica, o *jus* e o *fas* conjugavam-se.

No princípio, conforme já dito, o formulário das ações da lei era conhecido apenas pelos pontífices e o *rex*, tendo sido publicizado aos cidadãos em 304. O *rex* (chefe religioso e político) era quem deveria transformar o litígio privado em lide processual, intervindo a fim de fazer cessar a violência. Assim, ele também conhecia e julgava os litígios.

Antes mesmo da Lei das XII Tábuas, nas quais se encontram traços remotos das ações da lei, já havia a *legis actio sacramento*<sup>100</sup> (*in rem* e *in personam*) e a *manus iniectio* (estas são as ações das leis mais antigas). A *legis actio sacramento* foi a primeira forma de processo institucionalizado. Essas ações tinham início por atos executivos das partes. Na *legis actio sacramento (in rem)*, por exemplo, o autor trazia para si a coisa e a apresentava ao magistrado. Se a sua atuação não encontrasse resistência, passava-se, diretamente, à execução. Contestando o réu, a cognição do magistrado estava pleiteada. Por essa razão, Tucci escreve: “na origem, o processo de conhecimento nasce como forma de oposição aos atos executivos de natureza privada<sup>101</sup>”.

A partir da *legis actio per iudicio arbitrate postulationem*, instituem-se o juiz e árbitro laicos. Essa praxe estende-se, posteriormente, à *legis actio sacramento* em decorrência da bipartição do procedimento e, principalmente, da criação do pretor urbano.

Assim sendo, a *legis actio sacramento*, de origem nas fórmulas criadas pelos pontífices, passou a não tramitar perante o tribunal eclesiástico, sendo o pretor competente para conhecê-la e quem obrigava a parte a prestar caução. Poderia, então, a sentença ser proferida por um juiz eclesiástico ou um juiz laico, pelo que as custas processuais destinavam-se, respectivamente, ao patrimônio eclesiástico ou ao erário público, dependendo do caso.

A evolução dessa matéria decorreu mais de uma alteração de costumes e usos do que de uma diminuição da justiça eclesiástica. Mesmo porque Jhering nos conta que “o conhecimento das leis, a arte da interpretação e as ações da lei [...] estavam, na época que se seguiu à Lei das XII Tábuas, nas mãos dos Pontífices, designando-se todos os anos um membro de seu colégio para administrar a justiça

---

<sup>100</sup> O sacramento era devido ao Estado pelo litigante que não demonstrasse, na fase *apud iudicem*, o direito que afirmara diante do magistrado (*in iure*). ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, 1965, p. 221.

<sup>101</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, 1956, p. 53.

(*qui praesset privatis*)”. Existia um tribunal eclesiástico e um processo privativo desse tribunal, que era a *legis actio sacramento*<sup>102</sup>.

Prevista na Lei das XII Tábuas, a *legis actio per iudicis arbitrativae postulationem* tinha por escopo a partilha de herança e a divisão de coisa comum, bem como a cobrança derivada de uma promessa.

No que tange, especialmente, à partilha, expunha-se a causa e, em seguida, requerer-se-ia ao magistrado a nomeação de um árbitro. Segundo Tucci, isso ocorria

porque, dada a natureza daquela ação, a tarefa do julgador não se restringia à aplicação das normas jurídicas, mas, na verdade, implicava a mediação e a avaliação de glebas de terra, de animais e de vários outros bens que compunham o patrimônio a ser por ele dividido, o que, certamente, reclamava conhecimento e experiência extrajudicial<sup>103</sup>.

Ele nos explica, ainda, que

o processo se iniciava *in iure*, diante do pretor (detentor da *iurisdictio*), incumbindo-lhe de organizar e fixar os termos da controvérsia; e, em seqüência, *apud iudicem*, perante o *iudex unus* que [...] tomava conhecimento do litígio a ele submetido e julgava, soberanamente, em nome do povo romano<sup>104</sup> (essa última fase, *apud iudicem*, ocorria perante o tribunal dos recuperadores).

É preciso, entretanto, distinguir duas situações. Primeira, na fase *in iure*, confessando o réu ou não se defendendo propriamente: (a) tratando-se de ação real, o magistrado adjudicava a coisa ao autor; (b) tratando-se de ação pessoal, o autor poderia mover ação executória contra o réu, caso este se recusasse a cumprir a obrigação. Segunda, apresentada a defesa de forma devida, as partes requeriam ao magistrado a nomeação de um juiz popular (*iudex*).

---

<sup>102</sup> Essa jurisdição era “o centro da justiça e da jurisprudência propriamente ditas. [...]. As leis eram acessíveis a todos, porém aos Pontífices estava reservada a sua interpretação; a publicidade das audiências dos tribunais podia dar a conhecer ao povo a marcha do processo e as fórmulas das ações, mas a simples assistência aos debates, não lhe podia ensinar a teoria da aplicação dessas fórmulas, nem descobrir a sua significação”. Ainda, “entre os usos populares e as leis, existia uma terceira fonte de direito, o direito científico, ou *jus civile* no sentido estrito, do qual o Pontífice era única e exclusivamente senhor”. JHERING, Rudolf Von. *O espírito do Direito Romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*. (Tradução de Rafael Benaion). Volume III. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 63-64.

<sup>103</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, 1956, p. 54.

<sup>104</sup> *Idem, ibidem*, p. 67.

Quase todas as ações da lei deveriam realizar-se perante o pretor e na presença do adversário, pelo que não era possível haver a revelia. Também, não se permitia a representação em juízo.

Após a escolha do *iudex* e passada a *litis contestatio*, as partes deveriam se apresentar no terceiro dia subsequente perante o juiz, que, não subordinado à estrutura hierárquica, se não formasse convicção acerca da causa, “poderia simplesmente declarar *sibi non liquere* (não me parece claro), ensejando que as partes retornassem ao magistrado para escolha de novo julgador<sup>105</sup>”.

Por outro lado, poderia proferir a *sententia*, não sendo necessária fundamentação. Feito isso, findava-se o processo, exaurindo-se a função do juiz privado. Cabe observar que, independentemente do resultado do processo, proferida a sentença, não se podia propor nova *legis actio* sobre a mesma *res in iudicium*.

Assim sendo, foram as *legis actiones* obra dos pontífices, contendo não só a forma do direito, mas, também, o próprio direito. A religião e o direito antigo possuíam traços característicos comuns, sobretudo, o formalismo excessivo e o rigor presentes tanto na aplicação das fórmulas das ações da lei como na administração religiosa.

O monopólio dos pontífices em relação à administração da justiça e à ciência do direito teria iniciado pouco depois da Lei das XII Tábuas, em 303, e subsistido por mais de um século, passando para as mãos dos Pretores, que, segundo Jhering, eram “os juristas que não estavam organizados em corporações”<sup>106</sup>, gradativamente.

Começava, então, uma terceira fase, a do arbitramento obrigatório (*ordo iudiciorum privatorum*), no direito romano. Moreira Alves explica que o arbitramento facultativo, além de utilizado apenas quando quisessem as partes, muitas vezes, não levava a acordo, não sendo capaz de evitar o emprego da violência (era a fase da vingança privada regulamentada). Por essa razão, o Estado, como único a quem se permitia distribuir justiça, passa a obrigar os litigantes a escolherem um terceiro para determinar ao ofensor o ressarcimento pelo interesse violado e garantir a execução da sentença, quando o réu não desejasse cumpri-la<sup>107</sup>. O arbitramento obrigatório ocorre, num primeiro momento, no período das *legis actiones*, passando, após, ao sistema do processo formulário.

O poder de julgar, até o momento, pertencia ao rei. A partir da República, o exercício da magistratura teria passado a dois cônsules, instituindo-se, em seguida,

---

<sup>105</sup> *Idem, ibidem*, p. 59.

<sup>106</sup> JHERING, Rudolf Von. *Op. cit.*, 1943, p. 70.

<sup>107</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, 1965, p. 204.

a figura do pretor, incumbido da administração da justiça. Com a criação da pretura, a partir de 367 a.C., os cônsules passam a atuar somente na jurisdição graciosa, exercendo o pretor a jurisdição contenciosa. Assim, durante a fase do arbitramento obrigatório, há divisão da instância em duas: a *in iure* (perante o magistrado) e a *apud iudicem* (perante o *iudex*, um particular, escolhido pelas partes para julgar o processo).

O magistrado, a que aqui se refere, exercia funções peculiares, não estas a que estamos acostumados: julgar, aplicar a lei ao caso concreto. Os magistrados romanos eram eleitos e não, necessariamente, especializados, atuando não apenas em funções judiciárias, mas também políticas, administrativas e, até mesmo, militares, porque aquela civilização não conhecia o princípio da separação dos poderes. Assim é que Cretella Júnior explica: os magistrados romanos tinham, concomitantemente, o *imperium* (poder de mando) e a *jurisdictio* (poder de dizer o direito)<sup>108</sup>. Porém, no sistema das ações da lei e no processo formulário, em virtude da separação das instâncias, a *jurisdictio* do magistrado não se referia à aplicação da lei ao caso concreto, pelo que não era ele quem prolatava a sentença. Já o *iudex*, o juiz romano, era um árbitro legal, encarregado de decidir uma determinada questão.

Em suma, as ações da lei, que com elas trouxeram o *ordo iudiciorum privatorum*, eram processos judiciários, legais e formalistas. Deveria haver uma correspondência da fórmula utilizada na ação com a lei, o que era, intimamente, ligada aos atos do processo. Essa correspondência entre a fórmula e a lei tinha como objetivo ligar o juiz à regra da lei, obrigando-o a ser claro e impondo-o a imparcialidade, tanto que, se a lei apresentasse alguma lacuna, deveria ele abster-se de decidir. A invocação da lei era a condição formal da ação.

Alguns dizem que existiam cinco espécies de ações da lei: *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis arbitrativae postulationem*, *legis actio per conditionem*, *legis actio per manus iniunctionem* e *legis actio per pignoris capionem*. Entretanto, Jhering, discordando dessa assertiva, explica que deveria ter sido considerável o número das ações da lei, tendo o Colégio dos Pontífices figurado como o depositário dos formulários, ficando o povo submetido à sua vontade. Segundo ele, o número das *legis actiones* correspondia não apenas ao das leis, mas, também, ao dos diversos artigos das leis que criavam direitos diferentes (*nulla actio sine lege*)<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 409.

<sup>109</sup> JHERING, Rudolf Von. *Op. cit.*, 1965, p. 226.

Para Jhering não eram todas as *legis actiones* que tiveram lugar perante o Pretor. Esta era a regra para as formas fundamentais do processo: *modi quibus lege abatur*<sup>110</sup>.

Eram ações de um rigorismo tão extremo, que o erro mínimo causava a perda do litígio. Isso fez com que surgisse a necessidade de substituir essa forma de processo por outra, a do processo formulário.

#### 4.1.2 O SISTEMA DO PROCESSO FORMULÁRIO

No sistema das ações da lei, o processo se desenvolvia desde que presentes as coisas e as pessoas nele envolvidas. Além disso, dependendo da matéria, estava subordinado a tramitar em lugar determinado, porque “todos os atos que exigiam a cooperação do povo, ou das autoridades civis e religiosas, devia tratar-se no próprio lugar em que um e outras exerciam seus poderes, ou seja, em Roma<sup>111</sup>”. A organização do processo romano e a forma dos atos de direito privado, durante séculos, fizeram do Direito Romano o direito de uma só cidade. Com a expansão de Roma, esse sistema foi se tornando ineficiente e pouco prático, problema esse que não se resolveu com a introdução da figura do pretor peregrino. Isso porque os atos e as relações de direito privado que apresentavam caráter religioso, da competência do Colégio dos Pontífices, deveriam ser resolvidas somente em Roma.

Diante dessa realidade, o processo formulário surgiu à época da expansão mediterrânea de Roma para suprir as lacunas das ações da lei, uma vez que estas eram exclusivas dos cidadãos romanos, tornando-se preciso reconhecer aos estrangeiros (habitantes dos territórios dominados por Roma) a possibilidade de instauração de processos judiciais. Nasce, portanto, o processo formulário, mais moderno, ágil, funcional e menos formalista do que as ações da lei, empregado, num primeiro momento, onde não vigoravam as *legis actiones*, passando, em seguida, a conviver com estas sem, entretanto, suplantá-las.

No momento de seu surgimento (últimas décadas do século III a.C.), o processo formulário não era reconhecido por lei, possuindo previsão, apenas, no edito do pretor. Por essa razão, também não tinha relevância para o *ius civile*, e, quando envolvia cidadãos romanos, não se equiparava às sentenças proferidas por juízes embasadas nas *legis actiones*. Assim, o sistema do processo formulário tem sua origem no processo que tramitava diante do pretor peregrino.

---

<sup>110</sup> *Idem, ibidem*, p. 227.

<sup>111</sup> *Idem, ibidem*, p. 245.



Moreira Alves assevera que, possivelmente, as ações da lei tenham sido substituídas pelo processo formulário em virtude das Leis *Aebutia* (século II a.C.) e *Iuliae Iudicariae* (ano 17 a.C.). Observe-se que as Leis Júlias foram promulgadas quase um século depois da Lei *Aebutia*, razão pela qual cumpre saber qual foi o real alcance desta última. Alguns romanistas acreditam que a Lei *Aebutia* somente determinou a acumulação do processo das ações da lei com a fórmula:

1 – os litigantes, primeiramente, cumpriam as formalidades das ações da lei diante do magistrado; e 2 – em seguida, solicitavam ao magistrado uma *formula*, onde se fixava o ponto litigioso e se dava poder ao juiz popular para condenar ou absolver o réu, conforme ficassem provadas, ou não, as alegações do autor<sup>112</sup>.

Outros acreditam que essa lei criou a faculdade aos litigantes de escolherem entre o sistema das ações da lei e o processo formulário. Em verdade, as leis júlias judiciárias desempenharam o papel de tornar obrigatório o processo formulário, ainda que admitindo a utilização das ações da lei em três casos: nos processos em trâmite perante o tribunal dos centúviro; tratando-se de *damnum infectum*; e nos casos de jurisdição graciosa.

Fórmula, nas palavras de Tucci, “é uma autêntico modelo abstrato pelo que se propicia litigar por escrito, em conformidade com esquemas jurisdicionais previstos, pelo direito honorário, no edito do pretor<sup>113</sup>”. No sistema das ações da lei, ao juiz popular cabia analisar a questão exposta, oralmente, pelas partes; enquanto, no sistema formulário, o litígio deveria ser julgado em conformidade com a fórmula. Moreira Alves nos dá uma explicação mais detalhada do que seria a *formula*, diferenciando-a do *iudicium*:

A *formula* é o esquema abstrato existente no Editto dos magistrados judiciários, o qual servia de modelo [*sic*] para que, num caso concreto, com as adaptações e as modificações que se fizessem necessárias, se redigisse o documento no qual se fixava o objeto da demanda a ser julgado pelo juiz popular. Já o *iudicium* é êsse [*sic*] documento que, num caso concreto, se redige tomando por modelo [*sic*] a *formula*<sup>114</sup>.

A introdução do processo formular foi paulatina. Na segunda fase (século III d.C.), a mais madura desse processo, vigora com a *cognitio extraordinaria*. Numa terceira etapa, passa a sofrer, cada vez mais, a influência do processo extraordinário, até a sua completa extinção em 342 d.C.

<sup>112</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, 1965, p. 235.

<sup>113</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, 1956, p. 74.

<sup>114</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, 1965, p. 238.

Por estar, também, no âmbito do *ordo iudiciorum privatorum*, o processo formular era, como na *legis actio*, bipartido em duas instâncias. Era, contudo, menos formalista e mais célere, passando a ser, parcialmente, escrito. Não havia necessidade de a sentença ser motivada, mas tinha caráter condenatório.

A instância *in iure* desenrolava-se perante o pretor, que passou a ter um controle maior sobre o procedimento, não se permitindo, por exemplo, o emprego da força. A sua atuação é bem mais intensa, visto que, no processo das ações da lei, desempenhava um papel limitado, praticamente, a fiscalização de formalidades. Igualmente, a partir do processo formular, passou-se a admitir a representação em juízo e o litisconsórcio.

Não ocorrendo nenhuma hipótese de extinção do processo, como, por exemplo, a confissão ou a falta de defesa do réu, e encontrando-se o pretor informado acerca do processo para redigir a fórmula, designava-se o *iudex unus* ou o colégio dos *recuperatores*, conforme o caso. Tanto as partes como o pretor poderiam recusar o juiz, devendo outro ser nomeado. Após a escolha do juiz, procedia-se à redação da fórmula, da qual deveriam constar todas as informações necessárias para que o *iudex* pudesse atuar. Redigida a fórmula, o pretor poderia conceder a ação (*datio actionis*), como simples ato decorrente da sua *iurisdictio*, ou denegá-la (*denegatio actionis*), mas, nesse último caso, apenas poderia fazê-lo, após se certificar quanto ao direito material deduzido. Somente depois da “admissibilidade” da ação, procedia-se à defesa do réu.

Quanto à natureza das fórmulas, Tucci nos explica que a posição majoritária dos romanistas a considera como mista, pois deveria ser elaborada pelo magistrado e pelas partes<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> “Os romanistas dos fins do século passado, partindo do pressuposto de que o processo formular era estritamente privado, imaginavam que a fórmula também tinha essa natureza, ficando a sua redação a cargo do autor, tendo o réu a faculdade de inserir determinadas cláusulas naquela. Todavia, com o progresso dos estudos sobre o processo romano, concluiu-se ser mista (pública e privada) a natureza da fórmula, uma vez que era elaborada pelo magistrado e pelas partes. Realmente, essa tese, agora dominante, baseia-se, de um lado, no fato de que a *nominatio iudex* (*Titius iudex esto*), no início da fórmula, consistia num ato formal e imperativo (*iussum iudicando*), como, ademais, os próprios termos empregados em sua redação evidenciavam o seu caráter público e jurisdicional. As importantes investigações feitas sobre o texto epigráfico da *lex Rubria de Gallia Cisalpina* [...] demonstram, inclusive, que a fórmula era entregue às partes mediante um *decretum* do magistrado. De outro lado, realçando o aspecto privado da fórmula, além da necessária participação dos litigantes na redação desta, predominava, quanto ao seu conteúdo, o que hoje se denomina de princípio dispositivo, podendo os contendores valerem-se dos argumentos que bem entendessem.” TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, 1956, p. 87.

Contudo, Moreira Alves escreve que a *litis contestatio*, que punha fim a instância *in iure*, era um contrato judicial em que o autor e o réu acordavam a submissão do litígio à análise do juiz popular conforme os termos da fórmula<sup>116</sup>. De fato, o autor necessitava da adesão do réu à fórmula para que se pudesse seguir o procedimento nela descrito. Ademais, ambas as partes deveriam se comprometer a litigar respeitando-se os limites, expressamente, previstos na fórmula. Esses compromissos eram firmados com a *litis contestatio*.

Em suma, a instância *in iure* tinha início perante o magistrado, indicando o autor a *actio*, e terminava com a nomeação do *iudex* e a redação da fórmula, seguida pela *litis contestatio*. Segundo Tucci, esta última tomava forma diante de um comportamento processual das partes, dirigido a uma finalidade comum: o compromisso de levarem a causa ao juízo *apud iudiciem* e aceitarem seu julgamento<sup>117</sup>. Nesses termos, “o escopo primordial da *litis contestatio* seria, portanto, o de fixar o ponto ou os pontos litigiosos da questão, definindo os lindes da sentença a ser proferida pelo *iudex* e obrigando os litigantes a respeitá-la<sup>118</sup>”.

Com a efetivação da *litis contestatio*, não mais era permitida qualquer modificação na fórmula. Além disso, tinha como consequência a preclusão da ação, ficando vedada a propositura de outra com base na mesma relação jurídica. Assim, cuidando-se de uma *actio in personam*, extinguiu-se, com a *litis contestatio*, a relação obrigacional que originou a demanda, impossibilitando a propositura pelo autor de nova ação em face do mesmo réu com igual pretensão. Isso se dava em razão da idéia que tinham os romanos acerca do binômio *obligatio/actio*: pela obrigação, poderia o credor atuar em juízo contra o devedor utilizando-se da *actio*; esta, por sua vez, será exercida, no processo formular, pela existência da *litis contestatio*, na qual se verificava a exposição do direito do autor. Vale dizer, então, que a preclusão da *litis contestatio* extinguiu a relação obrigacional e o próprio direito.

Moreira Alves nos explica que a *litis contestation* tinha, também, efeitos criador e fixador. Criador porque, extinguindo o direito de ação, o juiz popular deveria condenar o réu, desde que verdadeiras as condições descritas na fórmula. Segundo ele, tratar-se-ia de “um direito nôvo [*sic*] cujo fundamento é diverso do (fundamento) do direito trazido a juízo”, além de ser, “sempre, um direito de crédito de quantia certa<sup>119</sup>”. Por sua vez, como consequência do efeito fixador, na

---

<sup>116</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, 1965, p. 251-252.

<sup>117</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, 1956, p. 99.

<sup>118</sup> *Idem, ibidem*, p. 100.

<sup>119</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, 1965, p. 253.

análise do litígio, o juiz deveria considerá-lo da maneira em que existia ao tempo da *litis contestatio* e havia sido fixado na fórmula.

Diante da verificação de novas exigências sociais, foi dada ao pretor a possibilidade de implantar meios processuais de tutela que, em regra, destinavam-se a corrigir iniquidades ocorridas em razão da estrita observância das normas do *ius civile* ou, ainda, a preencher suas lacunas.

Assim, fundados com base no *imperium* do magistrado e na equidade, os romanos tiveram: os *interdicta*, as *missiones in possessionem*, as *stipulationes praetorial* e as *restitutiones in integrum*.

No *interdicta*, por exemplo, caso a ordem do pretor não fosse respeitada, cabia à parte interessada propor um procedimento pela via ordinária, o que significa dizer que a ordem conferida pelo pretor era revestida de um caráter de provisoriedade, podendo ou não ser ratificada pelo *iudex*.

Se a controvérsia envolvesse interditos restituitórios ou exhibitórios, o réu, na fase *in iure*, tinha a faculdade de requerer a presença de um árbitro. Trata-se do processo denominado *per formulam arbitriariam*. Com a nomeação do árbitro, redigia-se uma fórmula arbitral para que a questão pudesse ser decidida. O árbitro deveria apurar a verdade e decidir quanto à necessidade de restituição ou exibição da coisa.

Enquanto no processo das ações da lei o juiz estava vinculado à prova, no processo formular, vigia a regra da livre convicção. Semelhante às *legis actiones*, o juiz não estava obrigado a proferir sentença, que, se proferida, não requeria motivação, bastando declarar a procedência ou a improcedência do pedido para condenar<sup>120</sup> ou não o réu. Uma vez proferida a sentença, sendo ela condenatória, poderia o autor exigir do réu o pagamento do valor da condenação por meio da *actio iudicati*: a ação de execução cabível por ocasião do não-cumprimento espontâneo da sentença pelo réu. Tanto a sentença condenatória como a absolutória faziam coisa julgada, impossibilitando as partes de irem a juízo em decorrência da mesma relação jurídica.

### 4.1.3 O SISTEMA DO PROCESSO EXTRAORDINÁRIO

Em Roma, a partir do início da era Cristã, existiam dois tipos de processo: o processo formulário e o processo extraordinário, predominando, num primeiro momento, o *per formulas*. Gradativamente, o processo *extra ordinem* foi tomando o lugar do processo formulário até extingui-lo, completamente, no século III d.C.

---

<sup>120</sup> A condenação era sempre pecuniária.

A *cognitio extraordinaria* estaria inserta na quarta fase do processo civil romano, em que o Estado afasta, completamente, a justiça privada para solucionar, por meio de seus funcionários, os litígios entre indivíduos, garantindo a execução da sentença.

Algumas questões, à época em que vigorava o processo formular, eram decididas fora do *ordo judiciorum privatorum*: cuidam-se de ações que versavam sobre tutelas e fideicomissos cujas decisões eram proferidas em única instância. Ademais, os imperadores tinham o hábito de julgarem processos sem que atendessem às fórmulas, não se preocupando com o procedimento dos processos tradicionais.

Assim sendo, paulatinamente, as duas instâncias – *in iure* e *apud iudicem* – vão sendo suprimidas para dar lugar ao magistrado, concentrando todo o processo em seu poder, o qual passou a conhecer e julgar o litígio sem que fosse preciso a interferência primeira de um árbitro. O processo formular é abandonado, dando-se início ao sistema *extra ordinem*, isto é, aquele em que o Estado passava a ter organização própria para a solução de controvérsias. A distribuição da justiça, a partir de então, cabia, exclusivamente, ao Estado romano. É o que nos conta Antônio Filardi Luiz em seu livro *Curso de Direito Romano*:

a justiça [...] passa a ser de responsabilidade total do Estado em sua distribuição, não mais entregues os casos aos árbitros leigos e sem qualquer conhecimento de Direito. Ao contrário, os juízes, agora, são elementos pertencentes ao Estado, especializados, e com função precípua de conhecer e julgar as ações<sup>121</sup>.

Podem-se apontar como principais características desse novo sistema processual: a) em contradição ao *ordo judiciorum privatorum*, não mais ocorre a divisão da instância. O processo tramita diante do Estado, representado por um de seus funcionários; b) separação entre o processo e o direito privado, não mais ocorrendo o arbitramento como no processo formulário (no qual um particular era escolhido, em regra, pelas partes para resolver o litígio), regendo-se, dessa forma, pelo direito público; c) desaparecimento da fórmula; d) cabimento de recurso contra a sentença; e) possibilidade de execução da sentença com emprego da força pública porque o juiz era um representante do Estado<sup>122</sup>.

Quanto à evolução do sistema privado para o público, cabe transcrever um trecho da obra de Tucci:

---

<sup>121</sup> LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 101.

<sup>122</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, 1965, p. 279-280.

Com a gradativa oficialização das instituições processuais, em consequência da consolidação da *cognitio extraordinaria*, o magistrado, agora também juiz, passa a ser o titular do poder-dever de examinar provas (*cognoscere*) e proferir a sentença, a qual, pela primeira vez na história do processo civil romano, não mais consistia num ato exclusivo do cidadão romano, não tinha mais caráter arbitral, mas, sim, consubstanciava-se numa atuação em que era exprimida a vontade do soberano: *ex auctoritate principis*.

Mesmo ainda persistindo a possibilidade de o magistrado, num determinado caso, atribuir funções jurisdicionais a um juiz delegado (*iudex datus ou pedaneus*), a investidura deste deixava de ser subordinada à vontade das partes, posto que decorria exclusivamente do ato da autoridade judicial.<sup>123</sup>

Assim, Cretella Júnior completa esse pensamento asseverando que, “no sistema da *cognitio extra ordinem*, o magistrado se vincula à lei, originando-se a força de seu poder judicante da confiança que o imperador nele deposita<sup>124</sup>”.

Assim, diante das vantagens do procedimento, do aumento da autoridade do juiz e da diminuição do formalismo, o sistema do processo extraordinário expandiu-se para ser aplicado em Roma e nas províncias.

## 4.2 OUTRAS BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O primeiro grande período da história da Humanidade terminou com a queda do Império Romano do Ocidente no final do século V, surgindo, assim, o segundo período, que se conhece como Idade Média, em que predominava o regime feudal.

A razão da queda do Império Romano do Ocidente teria sido, além da revolta dos escravos e dos colonos, a conquista dos povos bárbaros. Estes últimos dedicavam-se cada vez mais à agricultura, ao pastoreio e à caça, sendo que os chefes do clã possuíam os maiores e melhores lotes, o que deu origem à nobreza do clã.

As tribos bárbaras guerreavam com frequência, pois os homens sobreviviam da guerra e do saque, repartindo entre si as conquistas decorrentes e entregando ao chefe do clã a maior parte. Com efeito, foram criando-se, nas tribos bárbaras, a nobreza do clã e a militar. Mas, no século XII, ocorreu a luta entre os Imperadores e os papas: era a Igreja reagindo contra a vontade soberana do Rei de ser a lei.

<sup>123</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, 1950, p. 279-280.

<sup>124</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, 1989, p. 440.

Como consequência, a corte dos papas se transformou no centro da vida eclesiástica e política de toda a Europa Ocidental, época em que a arbitragem começa a ter um caráter mais definido.

Tobal<sup>125</sup> sustenta que, durante o século XIII, registraram-se na Itália em torno de 100 juízos arbitrais. A utilização da arbitragem teria declinado nos séculos XIV e XV, praticamente desaparecendo nos séculos XVII e XVIII.

A Igreja Católica teria realizado papel fundamental no que concerne à arbitragem. Os papas ou o Imperador eram nomeados como árbitros para dirimir litígios, perfazendo uma arbitragem distinta da que ocorria, voluntariamente, entre as partes.

Retorna-se à utilização da arbitragem, em larga escala, a partir da segunda metade do século XIX; contudo, segundo Tobal<sup>126</sup>, a origem do instituto, em sua concepção atual, nasce com um Tratado celebrado entre Inglaterra e Estados Unidos em 1794.

Assim, a arbitragem que, durante a Antiguidade e a Idade Média, consistia numa medida conciliatória para evitar soluções violentas, passa a instituição sob a qual as partes convencionam submeter suas disputas porque serão decididas por um juízo de pessoas imparciais – os árbitros – anunciando acatar tal decisão.

Após o referido Tratado de 1794, seguiu-se a celebração de várias outras convenções e tratados internacionais sobre o assunto.

Após todo o exposto, deve-se passar a análise da arbitragem no Brasil, dentro de uma perspectiva histórica, principalmente para que se possa entender o porquê da necessidade de implementação de uma lei que introduzisse alterações nas regras ditas pelo Código de Processo Civil e pelo Código Civil de 1916.

### 4.3 A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A origem legislativa da arbitragem no Brasil remonta à época da colonização portuguesa. As Ordenações Filipinas, no Livro III, Títulos III, XVI e XVII, já tratavam da arbitragem como meio de solução de controvérsias. Esse sistema previsto nas Ordenações foi modificado pela Constituição Política do Império do Brasil de 1824<sup>127</sup>, que, em seu art. 160, determinava que as sentenças proferidas

<sup>125</sup> TOBAL, Vinício. *El arbitraje internacional*. República Dominicana: Alfa & Omega, 1998.

<sup>126</sup> *Idem, ibidem*, p. 11-14.

<sup>127</sup> Os juízes arbitrais poderiam ser nomeados “nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, cujas sentenças seriam executadas sem recurso, se assim convencionado pelas partes”. VIANNA, Duval. *Lei de arbitragem*:



pelos árbitros, em conformidade com o acordado entre as partes, poderiam ser executadas sem a possibilidade de recurso<sup>128</sup>.

Em 1850, o Código Comercial<sup>129</sup> (Lei n.º 556) regulou a arbitragem, estabelecendo, inclusive, casos de uso obrigatório dela<sup>130</sup>, o que foi revogado, em 1866, pelo art. 3 da Lei n. 1.350, preservando-se, apenas, a arbitragem voluntária. A possibilidade de as partes escolherem o julgamento por equidade se deu com a edição do Decreto n. 3.900, de 1.867<sup>131</sup>. O Decreto n. 3.084, de 1898, que dispunha sobre a consolidação das leis referentes à justiça federal e à sua organização, dedicou capítulo específico à previsão do juízo arbitral, prezando pelo fato de que deveria ser instituído pela vontade das partes e capaz de obrigar somente com a assinatura do compromisso, judicial ou extrajudicialmente.

Vianna conta-nos que, apesar de ter sido extinta a instauração de juízo arbitral obrigatório, em 1914, pela Lei estadual n. 1.416, regulamentada pelo

---

*comentários à Lei 9.307, de 23.9.96, DOU de 24.9.96.* Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 13.

<sup>128</sup> Sepúlveda Pertence, no voto proferido na SE 5.206-7-AgR, DJ de 30.04.2004, em julgamento realizado em 12.12.2001, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, citando Machado Guimarães (*Juízo arbitral*, RF 118/376; *Estudos de Dir. Proc. Civil*, 1969), faz a seguinte exposição: “a recorribilidade da decisão arbitral, desde as Ordenações, tem sido a tendência predominante em nosso direito, (Machado Guimarães, *op. loc. cit.*, p. 292): ainda à luz da Constituição do Império, cujo art. 160 previa a execução das sentenças arbitrais ‘sem recurso, se assim convencionarem [...] as partes’, atesta o mestre que sempre se entendeu que a cláusula ‘sem recurso’ visava apenas a ‘tolher o efeito suspensivo à apelação, e não impedir esse mesmo recurso, com efeito meramente devolutivo’; e o C. Civil manteve-se na mesma linha; os códigos processuais é que limitaram o cabimento da apelação à interposta da decisão que homologasse ou não o laudo arbitral.”

<sup>129</sup> Esse Código continuou em vigor até a vigência do Código Civil de 1916, que versou sobre o instituto em seus artigos 1.037 a 1048. O Código Comercial de 1850 previa a arbitragem em seus artigos 245, 294, 348, 739, 783 e 846.

<sup>130</sup> O procedimento arbitral obrigatório previsto no Código Comercial de 1850 foi regulado pelo Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850 (arts. 411 a 475), posteriormente revogado pela Lei 1.350, de 14 de setembro de 1867, e pelo Decreto 3.900, de 26 de junho de 1867, modificando o funcionamento do juízo arbitral para torná-lo voluntário e dependente da assinatura do compromisso para sua instituição. Duval Vianna acredita que o Decreto 3.900, ao revogar o Código Comercial quanto à obrigatoriedade da arbitragem, teria sido, provavelmente, o primeiro ato legislativo que mencionou, de forma expressa, a cláusula compromissória, estabelecendo que esta teria o valor de uma promessa, dependendo, desse modo, de novo acordo – compromisso arbitral – quando surgisse a controvérsia, para atingir sua perfeição. Ademais, esse decreto teria influenciado a legislação, a doutrina e a jurisprudência posteriores no sentido de perfazer o entendimento de que a simples previsão da cláusula compromissória em contrato não teria o condão de obrigar as partes a estabelecer o compromisso e, em consequência, utilizarem-se do juízo arbitral. Somente o compromisso tinha a força de fazer com que as partes se submetessem ao juízo arbitral. VIANNA, Duval. *Op. cit.*, 1998, p. 19-20.

<sup>131</sup> LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem no Brasil: Programa de Fortalecimento da Arbitragem e da Mediação Comercial no Brasil*. Brasília: Confederação das Associações Comerciais do Brasil – CACB e Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, 2002. p. 51.



Decreto n. 2.515, “foi instituído o juízo arbitral obrigatório, para resolver as questões oriundas das operações realizadas na Bolsa de Café”<sup>132</sup>. Entretanto, há entendimento doutrinário no sentido de que esse juízo arbitral obrigatório teria sido inconstitucional porque estaria a violar a garantia de que todo cidadão teria de ver assegurados seus direitos pelo Poder Judiciário, como ente independente e autônomo, criado com a finalidade precípua de dirimir controvérsias relativas a esses direitos.

Aliás, um dos argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence<sup>133</sup>, para ver declarado inconstitucionais o parágrafo único do art. 6º, o art. 7º e seus parágrafos, o art. 41, atribuindo nova redação ao art. 267, VII, e 301, IX, do CPC, e o art. 42 da Lei 9.307/96, é justamente o fato de que a nova Lei de Arbitragem estaria trazendo à tona espécie de juízo arbitral obrigatório. Vejamos:

O que [...] tem preocupado não é a legitimidade constitucional da arbitragem instituída consensualmente, mas [...] a necessidade de predispor cautelas eficazes contra o risco de que, sob o pálio da liberdade contratual, se imponha na realidade o poder da parte economicamente mais forte [...].

De minha parte – sem perder de vista, é claro, o imperativo de tais precauções contra a imposição abusiva da arbitragem –, alinho-me à afirmação vitoriosa e quase unânime de sua constitucionalidade, sob a legislação anterior.

O que a constituição não permite à lei [...] é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem (Hamilton de Moraes e Barros, Comentários ao C. Pr. Civil, Forense, v/d, IX/377). [Sem sublinhas no original]

O Código Civil de 1916 chegou a tratar da arbitragem nos artigos 1.037 a 1.048<sup>134</sup>. Regulava-se o compromisso, de natureza jurídica contratual<sup>135</sup>, que

<sup>132</sup> VIANNA, Duval. *Op. cit.*, 1998, p. 19.

<sup>133</sup> Julgamento Plenário do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7, Reino da Espanha, realizado em 12.12.2001, DJ de 30.04.2004.

<sup>134</sup> Capítulo X do Código Civil de 1916: Do compromisso: Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais. Art 1.038. O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro pode celebrar-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, por onde correr a demanda; o segundo, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes e duas testemunhas. Art 1.039. O compromisso, além do objeto do litígio a ele submetido, conterà os nomes, sobrenomes e domicílio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados

vinculava o árbitro no momento da aceitação, sujeitando-o a formalidades rígidas e estipulando as condições para interposição de recurso contra o laudo arbitral, além de sujeitar a sua executividade à homologação judicial<sup>136</sup>. Equiparava-se o compromisso à transação, pois as regras desta eram aplicadas àquele<sup>137</sup>. Valença faz a seguinte observação:

---

para os suprir, no caso de falta ou impedimento. Art 1.040. O compromisso poderá também declarar: I - O prazo em que deve ser dada a decisão arbitral. II - A condição de ser esta executada com ou sem recurso para o tribunal superior. III - A pena, a que, para com a outra parte, fique obrigada aquela que recorrer da decisão, não obstante a cláusula sem recurso. Não excederá esta pena o terço do valor do pleito. IV - A autorização, dada aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito. V - A autoridade, a eles dada, para nomearem terceiro árbitro, caso diverjam, se as partes o não nomearam. VI - Os honorários dos árbitros e a proporção em que serão pagos. Art 1.041. Os árbitros são juízes do fato e direito, não sendo sujeito ou seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes. Art 1.042. Se as partes não tiverem nomeado o terceiro árbitro, nem lhe autorizado a nomeação pelos outros (art. 1.040, n. V), a divergência entre os dois árbitros extinguirá o compromisso. Art 1.043. Pode ser árbitro, não lhe vedando a lei, quem quer que tenha a confiança das partes. Art 1.044. Instituído, judicial ou extrajudicialmente o juízo arbitral, nele correrá o pleito os seus termos, segundo o estabelecido nas leis do processo. Art 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado pelas partes. Art 1.046. Ainda que o compromisso contenha a cláusula sem recurso e pena convencional contra a parte insumissa, terá esta o direito de recorrer para o tribunal superior, quer no de ter o árbitro excedido seus poderes. Parágrafo único. A este recurso, que será regulado por lei processual, precederá o depósito da importância da pena, ou prestação de fiança idônea ao seu pagamento. Art 1.047. O provimento do recurso importa a anulação da pena convencional. Art 1.048. Ao compromisso se aplicará, quanto possível, o disposto acerca da transação (arts. 1.025 a 1.036).

<sup>135</sup> Quanto à natureza jurídica do compromisso, havia divergência doutrinária. Alguns entendiam tratar-se de um contrato, outros, de um pré-contrato, enquanto outros taxavam-no de ato jurídico, simplesmente. A respeito do tema, tecemos algumas considerações na parte do presente estudo que versa sobre os “Aspectos Gerais da Arbitragem”.

<sup>136</sup> Caio Mário (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II. p. 231) discorria, inclusive, sobre a possibilidade de recurso da decisão homologatória do laudo. Vejamos a sua colocação: “E, como à sua vez, a homologação é um ato jurisdicional, comporta recurso também (Código de Processo Civil, art. 1046), cuja extensão é discutida. De um lado, os nossos escritores mais antigos entendiam que a instância superior estava adstrita a verificar a validade do laudo, a observância do prazo, a capacidade das partes e dos peritos, etc., sem poder de redecidir o caso. Hoje em dia, ante os termos em que o Código de Processo Civil é vazado, admite-se que a apelação interposta da sentença que homologa ou não a decisão arbitral devolve à instância superior a apreciação da espécie, tanto sob o aspecto de forma quanto de fundo, no sentido de que é lícito manter a homologação, ou ordenar que os árbitros profiram novo laudo; declarar extinto o compromisso, como aplicar o direito à espécie”. [Sem sublinhas no original].

<sup>137</sup> “Os dois institutos diferem na medida em que a transação encerra o litígio e o compromisso não, por remeter a respectiva decisão para um terceiro” VIANNA, Duval. *Op. cit.*, 1998, p. 21-22.

Quanto a esse aspecto, veja, também, a lição de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*. Vol. II. p. 227): “Há notória semelhança entre o compromisso e a transação, similitude que não deixou de impressionar o legislador, mandando o Código Civil de 1916 (art. 1.048) que ao compromisso se apliquem as normas relativas à transação, quanto seja possível. Ambos perseguem o objetivo genérico de por fim a uma

nesse momento, entretanto, o direito brasileiro da arbitragem ainda não era satisfatório. O código civil ignorava, por exemplo, a validade da cláusula compromissória. E, ainda, na falta de disposições sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, o Supremo Tribunal Federal exigia o duplo *exequatur*<sup>138</sup>.

Com efeito, havendo controvérsia sobre seu direito, podiam as partes interessadas utilizar-se do compromisso, instituto esse de direito processual civil<sup>139</sup>, para chamarem árbitros a dirimirem tal controvérsia. Nesses termos, as partes poderiam louvar-se do compromisso quando pendente uma ação já ajustada, não importando em que instância estivesse, ou, ainda, mesmo quando não existisse litígio formalizado, mas controvérsia capaz de gerar demanda judicial. Em ambos os casos, o compromisso era ato jurídico que subtraía ou afastava a demanda da jurisdição da Justiça ordinária. Essa foi a lição que nos ensinou Caio Mário em sua obra *Instituições de Direito Civil*<sup>140</sup>.

Podemos citar, também, a lição de Beviláqua no que tange à eficácia da cláusula compromissória no regime anterior à Lei 9.307/96. Segundo ele, o fato de as partes incluírem, em um contrato, cláusula pela qual se comprometem a submeter controvérsias decorrentes desse contrato à análise de árbitros caracteriza a existência de cláusula compromissória, ou seja, apenas a obrigação de celebrar o compromisso. Assim sendo, essa cláusula, em nosso direito, estaria somente a criar uma obrigação de fazer. Trata-se de pacto preliminar, que teria como objeto a realização de um compromisso. Nesses termos, sendo pacto de caráter privado, não teria o condão de tornar incompetente o juízo natural das partes, se entenderem por bem a ele recorrer.

Como obrigação de fazer, não obrigava, necessariamente, a celebração do compromisso, podendo ensejar responsabilidade civil caso uma das partes decida não celebrá-lo<sup>141</sup>.

---

controvérsia. Mas existe uma diferença essencial entre eles, e reside em que, pela transação, as partes previnem ou fazem cessar o litígio, enquanto que pelo compromisso apenas subtraem-no ao pronunciamento da Justiça comum, e submetem-no a uma jurisdição excepcional, particular e de eleição dos próprios interessados, que é o juízo arbitral” [Sem sublinhas no original].

<sup>138</sup> LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Op. cit.*, 2002, p. 52.

<sup>139</sup> Igualmente, havia divergência sobre o fato de ser o compromisso instituto de direito material ou de direito formal. Quanto ao tema, reportamo-nos, novamente, ao subtítulo que versa sobre os “Aspectos Gerais da Arbitragem” para maiores considerações.

<sup>140</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 1972, p. 227.

<sup>141</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Vol. IV. 3ª tiragem. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 156.

Caio Mário também discorre sobre os efeitos da cláusula compromissória sobre a exegese da lei ultrapassada:

Justamente esse aspecto da cláusula de não ter força para obrigar a realização do compromisso e o caráter consensual deste último fizeram com que – a despeito das Constituições de 1946 e 1967, como veremos logo adiante – a arbitragem, no regime anterior à Lei 9.307/96, fosse tida como constitucional pela doutrina dominante.

Era pressuposto para a constitucionalidade do instituto a manifestação da vontade da qual surgisse a instituição do juízo arbitral em um ordenamento jurídico com previsão de garantia, na Constituição, da universalidade da jurisdição judicial, pelo que o direito de ação não poderia anteceder ao nascimento do litígio o qual se pretende solucionar pela via da arbitragem, renunciando-se a sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Assim sendo, o Ministro Sepúlveda Pertence justifica o caráter não obrigatório da cláusula compromissória, nos termos da legislação precedente, em conformidade com a exposição supracitada de Beviláqua:

A esse pressuposto de constitucionalidade do juízo arbitral, atende o compromisso, mas não a cláusula arbitral: esta, no texto de Luiz Olavo Baptista (ob. loc. cit., p.32), ‘é genérica, objetivando resolver número não definitivo ou não definido de controvérsias’, ao passo

---

“constitui um pacto preliminar, pelo qual se estabelece que, na eventualidade futura de uma divergência, os interessados deverão recorrer ao juízo arbitral. Essa cláusula vem adjeta habitualmente aos contratos civis como mercantis. Mas pode acompanhar qualquer ato jurídico, mesmo unilateral, como no caso do testador estatuir que as divergências acaso ocorrentes entre os herdeiros ou legatários se dirimam por essa via. A cláusula compromissória no nosso direito tem as características de um *pactum de contrahendo*, valendo como simples promessa de comprometer, e tal é não somente a concepção da nossa doutrina, como o direito positivo desde o Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867. Tal como inserida nos contratos, com o caráter abstrato de fórmula tabelioa, e especialmente traduzindo o recurso voluntário ao juízo arbitral, é inócua e inútil, e jamais impediu o recurso à jurisdição ordinária. Para que a cláusula compromissória possa converter-se em compromisso, e entrar em função quando surgir a controvérsia entre as partes, necessitará de ser completada com todos os elementos indispensáveis à constituição do compromisso: escolha dos árbitros, redação a escrito, fixação do ponto controvertido, etc. o que confirma ainda a sua inocuidade, pois que, se tudo é necessário desde o começo, ao mesmo se atingirá independentemente de ser pactuada uma cláusula compromissória adjeta ao contrato. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 1972, p. 232.

Observemos, também, a lição de Carmona: “É preciso observar a gravidade da escolha levada a cabo pelo legislador: mesmo tendo as partes estipulado em determinado contrato (que não esteja incluído entre aqueles a que se refere o Pacto de Genebra de 1923) uma cláusula compromissória, nada impede que uma das partes, ao invés de conclamar o adversário a instituir o tribunal arbitral, apresente demanda em juízo, sendo inútil a alegação do réu de que os contratantes se haviam obrigado a resolver eventuais litígios resultantes de negócio jurídico através da arbitragem (o princípio *pacta sunt servanda*, como se vê, acaba sendo totalmente desprestigiado). CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem internacional. In: *Revista Forense*, vol. 329, jan./fev./mar. 1995, p. 26.

que, no compromisso, o objeto é ‘específico, visando solução de controvérsia ou controvérsias já definidas. É o futuro condicional’ – conclui – ‘por oposição ao presente’<sup>142</sup>.

Voltando ao raciocínio histórico, temos que a Constituição de 1934, responsável pelo estabelecimento do sistema da unidade processual em todo o país, determinava, no art. 5º, XIX, alínea *c* e § 3º, que teria a União Federal competência privativa para legislar sobre normas fundamentais de arbitragem comercial, ficando os Estados, supletivamente, autorizados a legislar a fim de suprir lacunas da legislação federal. A Constituição de 1937, mesmo conservando esse sistema centralizado, em seu art. 18, alínea *d*, autorizou os Estados a disporem sobre organizações públicas que tivessem por finalidade a conciliação extrajudiciária dos litígios ou a sua decisão arbitral, mas, apenas, na falta de legislação federal que versasse a esse respeito ou, em havendo, deveriam fazê-lo de forma supletiva<sup>143</sup>.

Os Códigos estaduais de processo, vigentes até a edição do Código de 1939, faziam menção à arbitragem, mas não alteravam, substancialmente, a legislação anterior. Disso resulta o fato de a maioria deles estabelecer que, diante da cláusula do compromisso e da equidade, teria o árbitro liberdade, sendo esta, entretanto, relativa. A decisão arbitral estava sujeita à homologação do Poder Judiciário, que poderia deixar de fazê-la em casos como de nulidade do processo, extinção do compromisso e excesso de poderes dos árbitros. A homologação somente poderia ser dispensada se o árbitro fosse um juiz. Semelhante à legislação anterior, poderiam as partes convencionar a impossibilidade de recurso contra a sentença arbitral, podendo, entretanto, ser interposto em alguns casos pagando-se uma multa ou procedendo à prestação de fiança<sup>144</sup>.

Em seguida, para unificação do processo civil, tivemos o Código de Processo Civil de 1939, que, também, regulou a arbitragem no livro IX, capítulos I, II e III, sendo também revogado, posteriormente, pelo Código de 1973.

O Código de Processo Civil de 1939 não trouxe modificações relevantes ao instituto, uma vez que prezava pela homologação do laudo em juízo, acrescentando que tal homologação deveria ocorrer, inclusive, quando o árbitro fosse um juiz. A partir de então, não havia exceções: todas as sentenças arbitrais deveriam ser homologadas pelo Judiciário. Ademais, as partes tinham “um prazo de cinco dias,

---

<sup>142</sup> BAPTISTA, L. O. *Arbitragem Comercial*, Ed. Freitas Bastos, 1986, *apud* voto do Ministro Sepúlveda Pertence proferido no RE 5.206-7-AgR, DJ 30.04.2004.  *Vide*, em sentido contrário, o voto do Ministro Nelson Jobim.

<sup>143</sup> VIANNA, Duval. *Op. cit.*, 1998, p. 14.

<sup>144</sup> *Idem, ibidem*, p. 22.

contados da data de assinatura do laudo, para o seu depósito no juízo competente para a homologação, sob pena de ser considerada nula a decisão arbitral”<sup>145</sup>.

O Código de Processo Civil de 1973 também não trouxe inovações relevantes em relação ao Código de 1939, mas não sujeitava as partes à pena de nulidade se não apresentassem o laudo ao juízo para homologação no termo determinado.

Sobre o procedimento homologatório, vejamos as considerações de Carmona:

De fato, a celeridade fica prejudicada, não só pela demora do procedimento homologatório em primeiro grau de jurisdição (competente para homologar o laudo arbitral é o juízo do local onde originariamente teria sido proposta a demanda, se não tivesse havido solução arbitral), mas especialmente pela lentidão do julgamento da apelação que caberá da sentença do juiz que homologar ou não o laudo arbitral. E isso não bastasse, contra a decisão do tribunal caberá ainda, possivelmente, recurso especial ao STJ, e, eventualmente, recurso extraordinário ao STF, tudo com enorme retardamento para a final solução do litígio”<sup>146</sup>.

Não obstante a legislação brasileira não reconhecer, até então, a força obrigatória da cláusula compromissória para instituir o juízo arbitral, é importante observar que o Protocolo de Genebra de 1923, ratificado pelo Brasil em 1932, reconhecia a executividade da cláusula compromissória estabelecida em contrato internacional a ele submetido. Entretanto, o Brasil o ratificou apenas no que se refere à cláusula compromissória inserta nos contratos considerados de direito comercial pela legislação brasileira. Apesar disso, há julgado do Supremo Tribunal Federal prezando pelo entendimento segundo o qual, com a edição dos Códigos de 1939 e 1973, que não reconheciam executividade à cláusula, tal protocolo teria sido revogado<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> *Idem, ibidem*, p. 23.

<sup>146</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1995, p. 26. O autor também destaca os problemas com a elevação do custo da arbitragem e o sigilo do procedimento que desapareceria, por completo, diante da necessidade de homologação do laudo.

<sup>147</sup> Carmona nos conta que, quanto às convenções internacionais, o Brasil também firmou, mas não ratificou, a Convenção do Panamá (1975) e a Convenção de Montevidéu (1979). No que tange ao Protocolo de Genebra, que o Brasil teria aderido, se a cláusula arbitral fosse inserida “em contratos internacionais (o Brasil usou a faculdade de limitação da aplicação da Convenção apenas aos contratos comerciais, conforme previsto no § 2º do art. 1º do Tratado) firmados entre nacionais de estados signatários, a cláusula compromissória dispensa o ato subsequente do compromisso, razão pela qual se institui desde logo o juízo arbitral”. Ele continua explicando que “houve, porém, quem entendesse que a vetusta Convenção Internacional de 1923, promulgada no Brasil em 1932, teria sido derogada, já que o C. Pr. Civ. estabelece que apenas o compromisso arbitral (e não a cláusula) extingue o processo sem julgamento de mérito (impedindo, portanto, a atuação do juiz togado para a solução

Em suma, a cláusula compromissória, nesse regime anterior à Lei 9.307/96, não vinculava as partes, constituindo-se em mera promessa, isso porque “o devedor de prestação de fazer não pode ser compelido a cumprir especificamente o prometido”, de modo que “a recusa converte a obrigação de fazer em obrigação de indenizar”<sup>148</sup>.

Sobre o direito arbitral brasileiro no regime do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973, Couto e Silva assevera que havia muitos embaraços à constituição do juízo arbitral, como a exigência da indicação do nome dos árbitros e do objeto do litígio, bem como a falta de efeito da cláusula compromissória. Essas e outras questões fizeram com que a arbitragem perdesse prestígio<sup>149</sup>.

Entre os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, tivemos as Constituições de 1946 e 1967. Pela primeira vez, em 1946, garantia-se a apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão a direito individual. Nessa mesma Constituição, também, pela primeira vez, não se mencionou a arbitragem civil ou comercial, ocorrendo o mesmo nas constituições posteriores. Isso fez com que a doutrina e jurisprudência divergissem acerca da permissibilidade ou não da arbitragem a partir da promulgação dessa Carta.

Alguns defendiam ser inconstitucional a utilização do juízo arbitral. Nesse sentido, tem-se o entendimento de Mendonça Lima que o justificava afirmando

---

do litígio). Concluíram a doutrina e a jurisprudência que o disposto nas leis do processo não afasta a aplicação do Pacto de Genebra, uma vez que a convenção impôs disposições especiais em relação às regras gerais do processo, sendo perfeitamente harmônica a convivência das duas disciplinas”. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1995, p. 27.

<sup>148</sup> VIANNA, Duval. *Op. cit.*, 1998, p. 55. A respeito da cláusula compromissória no regime anterior à Lei 9.307/96, Carmona nos conta que, como um pré-contrato, as partes poderiam tentar a sua execução específica, socorrendo-se do Judiciário para que a sentença fosse equivalente ao compromisso não firmado. Mas, ressalta que, para ocorrer essa possibilidade, seria necessário que a referida cláusula contivesse “os elementos mínimos que permitam ao juiz aferir a vontade das partes, quais sejam: qualificação das partes, referência a um determinado negócio jurídico e estipulação do procedimento. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1995, p. 29.

<sup>149</sup> “A sua principal característica está na exigência da indicação do nome dos árbitros e também da especificação, com extremo rigor, do objeto do litígio, dando-lhe, inclusive, o seu valor. Tudo isso colaborou para que o juízo arbitral seja um acontecimento raro no direito brasileiro. Não se deu nenhum efeito à cláusula compromissória, ou seja, à convenção do juízo arbitral a respeito de litígio futuro. Somente depois de existente a controvérsia, é que se poderá realizar o contrato de compromisso, no qual se indicarão os requisitos do litígio. Tudo isso embaraça, extraordinariamente, a constituição do juízo arbitral. Não se faculta, ainda, a terceiros, a indicação de árbitro. Em consequência, perderam em importância os órgãos institucionais de arbitragem, porquanto, se fosse feita a indicação de uma Câmara de Comércio, ela não poderia designar os seus árbitros como juízes arbitrais, pois seria o mesmo que autorizar a terceiros a indicação de árbitro, o que não é permitido. As disposições do Código de Processo Civil que hoje regulam a matéria endereçam-se à arbitragem *ad hoc*. Por outro lado, não existindo órgãos institucionais de arbitragem, que verdadeiramente o sejam, não adquire a arbitragem prestígio perante os possíveis interessados, preferindo estes que suas questões sejam julgadas pelo Judiciário. Há, por igual, o temor de que o julgamento não seja proferido com a necessária isenção” (SILVA, Clovis V. do Couto e. O juízo arbitral no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Ano 25, n. 98, abr./jun. 1998, p. 150).



somente seria possível se dar a exclusão do Poder Judiciário, para apreciar uma lesão a direito individual disponível, em face de autorização legal para se instaurar a arbitragem<sup>150</sup>. Assim sendo, por ocasião da promulgação do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1939, as Constituições vigentes à época – 1891, 1934 e 1937 – silenciavam quanto à possibilidade de excluir-se do Poder Judiciário a apreciação de lesões ou ameaça de lesões a direitos.

Porém, com o advento da Constituição de 1946 (art. 141, § 4º)<sup>151</sup>, tornar-se-ia duvidosa a instauração de juízo arbitral. Segundo ele, não se estaria vedando,

em absoluto, a composição direta das partes para solverem um conflito de interesses de direitos disponíveis: o que se veda é atribuir a terceiro, fora do Poder Judiciário, aquela composição, mediante decisão, que terá o concurso obrigatório do juiz, para torná-la exequível, sendo normalmente intocável para o poder judiciário<sup>152</sup>.

Nesse caso, o Poder Judiciário deveria dar força obrigatória a uma decisão, mesmo sendo esta errada ou ilegal, proferida por um árbitro, isto é, um indivíduo não pertencente àquele poder. Para ele, até mesmo os juízes podem proferir decisões erradas ou ilegais, mas estariam respaldados por serem membros do Poder Judiciário, sendo desse último toda a responsabilidade por tudo que faça parte da sua estrutura.

Vejamos trecho da exposição de Mendonça Lima citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence<sup>153</sup> em voto proferido no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7, cujo acórdão foi publicado em 30 de abril de 2004:

Nos demais povos’ – observa o professor gaúcho – ‘não há nenhuma super norma, de caráter constitucional – pelo menos a doutrina não indica – como a estabelecida no art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 1967: A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’.

---

<sup>150</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. RT 402/9 *apud* VIANNA, Duval. *Op. cit.*, 1998, p. 15.

<sup>151</sup> Constituição Federal de 1946, art. 141, § 4º: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

<sup>152</sup> LIMA, Alcides de Mendonça *apud* VIANNA, Durval. *Op. cit.*, 1998, p. 15.

<sup>153</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. O juízo arbitral e o art. 150, § 4º, da Constituição de 1967, RT 402/9, 1969 *apud* voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no Agravo Regimental na SE 5.206-7, Relator Ministro Presidente, DJ de 30.04.2004.



Como só a lei pode autorizar a existência do juízo arbitral, ‘com força executória da decisão, desde que homologada por juiz competente’, segue-se que, com o advento da norma constitucional que o veda, tornaram-se inconstitucionais as leis anteriores que lhe permitiam a instituição pelas partes.

‘A apreciação, em si mesma, de um direito individual – ainda que disponível’ – conclui Mendonça Lima – ‘foi excluída do Poder Judiciário, em sua unidade orgânica, desde que a solução do conflito foi confiada a terceiros, mesmo sendo a decisão homologada por juiz estatal.

Se as partes solucionam amigavelmente o conflito, não está havendo apreciação alguma, mas mero e louvável acordo. Desde, porém, que há necessidade de ‘apreciação’, isto é, conhecimento e julgamento, o Poder Judiciário tem a prerrogativa de interferir desde o início, em nome de sua soberania, para maior garantia da aplicação das normas de direito objetivo pertinentes ao caso e para maior proteção aos direitos subjetivos das partes.

Em face, portanto, do disposto no art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 24.1.1967, reproduzindo qual norma da Carta de 1946, (art. 141, § 4º), entendemos que o juízo arbitral – mesmo sendo sempre tão pouco utilizado em todo o Brasil – é inconstitucional, não podendo mais ser instituído.

Entretanto, esse entendimento não prevaleceu, tendo sido a questão analisada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do AI 52.181<sup>154</sup>, declarou constitucional a arbitragem em frente do art. 141, § 4º, da Constituição de 18.09.1946, porque um dos pólos do processo era a União Federal, autorizada pelo Decreto-Lei 9.521, de 26.07.1946, a instaurar juízo arbitral para determinar a indenização ao Espólio de Henrique Lage, aproveitando a oportunidade para estabelecer, também, que a irrecorribilidade da decisão arbitral, igualmente, não violava o preceito constitucional supracitado<sup>155</sup>.

Ademais, em outros julgamentos, o Supremo manifestou-se no sentido de que a decisão proferida no juízo arbitral não violaria aquela Constituição porque, para obter executividade, dependeria da homologação do Judiciário, não excluindo, portanto, a sua apreciação.

Nesse sentido, tivemos decisões daquele colendo Tribunal julgando improcedente pedido de homologação de sentença estrangeira com base em laudo

---

<sup>154</sup> Inteiro teor do acórdão - *site* do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia>.

<sup>155</sup> VIANNA, Duval. *Op. cit.*, 1998, p. 15-16.

arbitral. Isso porque, no regime anterior à Lei 9.307/96, o laudo arbitral proferido no Brasil dependia de homologação do Judiciário para obter executividade. Assim sendo, se o laudo arbitral obtido no Brasil necessitava da chancela do Poder Judiciário, igualmente, o laudo arbitral estrangeiro dependeria da homologação da corte competente do país no qual ele foi proferido a fim de que pudesse ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal. Entendia-se, desse modo, que o laudo arbitral não poderia ser equiparado à sentença judicial. A título de ilustração, pode-se analisar o julgamento da Sentença Estrangeira Contestada n. 4.724, realizado, em 27 de abril de 1994, pelo Plenário daquela colenda Corte. O Ministro Relator Sepúlveda Pertence, em seu voto, exarou:

“1. De há muito se firmou, no Supremo Tribunal Federal, que ‘sentença estrangeira’, susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham chancelado, mediante processo no qual, regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exequível o julgado. [...].

3. Invocando Machado Vilela, Clóvis, Pimenta Bueno, Morelli, Niboyet, Cernelutti, Chivenda, M.S. Santamaria e Diana, atestou Almicar de Castro (*Direito Internacional Privado*, 1956, II/276):

‘A doutrina dominante manda fazer esta distinção: se a sentença judicial for regularmente homologada pela autoridade judiciária estrangeira, deve valer como sentença de tribunal estrangeiro, nos termos da nossa lei, caso contrário ficará sujeita à regra dos contratos. No silêncio da lei, tem-se entendido que o laudo arbitral, não judicialmente homologado, não deve ser equiparado à sentença, mas aos contratos; o que não quer dizer que expressamente não possa a *lex fori* estabelecer essa equiparação’

[...]

11. Que o direito britânico subordine ou não a execução forçada do laudo arbitral, no Reino Unido, à homologação judicial, é indagação de todo estranha ao tema deste processo, que é saber se, à luz da ordem jurídica brasileira, o laudo inglês, quando não chancelado na origem por autoridade judiciária, constitui ou não sentença estrangeira, como tal susceptível de homologação para lograr eficácia executória no Brasil.

12. Ora, o que constitua ou não sentença estrangeira homologável no fórum é questão de direito brasileiro, que independe do valor e da eficácia que a ordem jurídica de origem atribua ao documento questionado.

13. ‘O art. 16 da antiga introdução ao nosso Código Civil’ – observou, com lucidez inexcusável, o saudoso Amílcar de Castro (ob. cit., n. 251, p. 274) – ‘é doutrinariamente perfeito, dizendo: ‘As sentenças dos Tribunais estrangeiros serão exequíveis no Brasil, mediante as condições que a lei brasileira fixar’. Mostra bem nesta cláusula que pelo *ius fori* é que se atribuem valor e efeito aos julgados estrangeiros. Como já ficou visto, da separação existente entre as várias ordens jurídicas estatais e a conseqüente relatividade dos valores jurídicos, deduz-se que a eficácia atribuída à sentença por uma ordem jurídica é necessariamente restrita a essa ordem, não podendo, como tal, estender-se a qualquer das demais. A sentença estrangeira é fato ocorrido em jurisdição estranha, que no fórum é tomado em consideração para se atribuir nova eficácia, esta, por sua vez, restrita ao fórum. Vinda do estrangeiro, a sentença não traz em si qualquer valor jurídico, nem força executória, nem valor probatório, pelo que, no fórum, podem ou não ser-lhe atribuídos tais efeitos’.

[...]

15. E já se demonstrou que, para o direito brasileiro – segundo a jurisprudência consolidada desta Corte –, o laudo arbitral, seja qual for a sua proveniência, aqui, só se reputa sentença estrangeira, quando, na origem, haja sido objeto de homologação por autoridade judiciária local: para nós – como acentuou o Ministro Neder (SE 2.178 cit., RTJ 91/48) –, ‘a sentença jurisdicional que homologou a arbitragem’ (é que) ‘transmite a esta a sua qualidade’, proposição cuja validade independe, no fórum, de que o direito estrangeiro exija ou não, para o mesmo efeito na jurisdição interna, a chancela judicial.’<sup>156</sup>

Como se pode observar, o Supremo exigia para validade e eficácia do laudo arbitral estrangeiro o duplo *exequatur*, o que, muitas vezes, poderia significar a ineficácia da arbitragem instituída pelas partes nos casos em que, por exemplo, o outro ordenamento jurídico, aquele onde tal ocorreu, não exigisse a homologação do laudo, situação na qual as partes não conseguiriam força executória no Brasil.

---

<sup>156</sup>Acórdão retirado do *site* do STF e publicado no Diário de Justiça de 19.12.1994. <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia>.

Nessas condições, o laudo arbitral seria equivalente a um contrato passível de resolução em perdas e danos.

Com muito bom senso, após a edição da Lei 9.307/96, discutindo-se, novamente, sobre a possibilidade de homologação pelo Supremo Tribunal Federal de laudo arbitral estrangeiro, dessa vez, proferido no Reino da Espanha, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7, DJ de 30.04.2004, exarou entendimento diverso do acima exposto, para conceder a homologação do laudo estrangeiro sem que fosse preciso a chancela por órgão judiciário alhures<sup>157</sup>:

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

Em suma, com a edição da Lei 9.307/96, muito se discutiu sobre a sua constitucionalidade<sup>158</sup>, principalmente no que diz respeito aos arts. 6º e 7º e seus parágrafos. Isso porque essa lei, conforme já tratamos, deu eficácia a cláusula compromissória para afastar a jurisdição estatal e confirmou o que a legislação anterior já previa: o árbitro é juiz de fato; mas, agora, também, passou a ser de direito, porque o laudo que proferir não mais precisará de homologação do Poder Judiciário. A decisão arbitral possui força e faz coisa julgada material.

---

<sup>157</sup> Entretanto, é preciso observar que, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, “não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (art. 216). Além disso, a própria Lei de Arbitragem, em seus artigos 34 a 40, estabelece os requisitos para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, entre eles, está disposto, no art. 39, II, que o *exequatur* não será concedido se a decisão ofender a ordem pública nacional. Entretanto, a Lei 9.307/96 faz importante determinação quanto aos requisitos para que se obtenha o *exequatur*, quando, no parágrafo único desse mesmo artigo, dispõe que “não será considerada ofensa à ordem 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”. Com isso, esse dispositivo “adota posição extremamente pragmática e condizente com a necessidade de celeridade do procedimento arbitral, ao eliminar a necessidade de carta rogatória para a citação da parte. No entanto, preserva-se também o valor do direito de defesa, uma vez que a parte deve ser citada, se bem que não por carta rogatória, em tempo hábil para se defender” (COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei n. 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 388). Sendo assim, presentes os requisitos determinados pela Lei e estando o laudo em conformidade com a ordem pública, o juízo do STF será de deliberação, isto é, o órgão deverá verificar, apenas, “os requisitos extrínsecos da sentença arbitral e não a matéria de fundo” (COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. *Op. cit.*, 1999, p. 387).

<sup>158</sup> Veja argumentação contrária à constitucionalidade da Lei 9.307/96 seguida pelos doutrinadores: “Dominada pelos apelos cênicos da globalização econômica, que rompe o monopólio estatal de distribuição de justiça, por

O Supremo Tribunal Federal, então, deu sua palavra final, decidindo pela constitucionalidade da arbitragem, nos termos da Lei 9.307/96, no julgamento da SEC 5.206-7-AgR, a que muito nos referimos e cujo acórdão está publicado no DJ de 30.04.2004.

Nas palavras de Figueira Júnior,

o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição está integralmente preservado no novo regime jurídico da arbitragem, através da faculdade concedida às partes, por mútuo acordo, de

---

meio de técnicas de mediações e de arbitragens privadas, já encontráveis em países ‘avançados’, na recepção do terceiro milênio, a nova lei de arbitragem se apresenta visceralmente enfraquecedora do Poder Judiciário, instituindo aqui, no Brasil, a privatização da Justiça, no raio de sua competência funcional. Repetindo velhas disposições do Código Civil de 1916 e do CPC de 1973, apesar de expressa e paradoxalmente revogá-las, a lei instituidora do juízo arbitral de natureza privada fere direitos e garantias fundamentais da Constituição cidadã, de 5-10-88, em vigor, tais como a do princípio da jurisdição única ou da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), a da essencialidade do juiz natural, com banimento do juízo ou tribunal de exceção (CF, arts. 5º, XXXVII, e 92, I a VII) e a da ampla defesa, formalmente asseguradora do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV e LV) ao determinar que ‘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’ (art. 18), adquirindo essa sentença força e autoridade de coisa julgada material (art. 31), passível de execução, como título executivo de natureza judicial (art. 41). Ainda que o Código Civil tenha afirmado, impropriamente, com seu discurso privatista, que ‘os árbitros são juizes de fato e de direito, não sendo sujeito seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes’ (art. 1.041), submettera, contudo, a eficácia da sentença arbitral à homologação do juiz natural (art. 1.045), assegurando à parte insubmissa o direito fundamental à ampla defesa (art. 1.046), no que foi seguido pelos artigos 1.078, 1.096 a 1.102 do Código de Processo Civil, agora, ambos, pretensamente revogados, no ponto, pelo legislador ordinário. Lei inconstitucional, porém, nada revoga, porque não é lei, mas um ato nulo, de pleno direito. O juiz privado ou juiz de aluguel (*rent-a-judge*), desgarrado do juiz natural, como já se inaugura, na recente lei de arbitragem, nessa onda eufórica do capitalismo neoliberal, na qual os valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana cedem espaço aos sofisticados mecanismos do lucro rápido e fácil, em busca da estabilidade das economias mundiais, vem de constituir-se grave atentado aos postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito e de Justiça, que a República Federativa do Brasil assegura em nossa Constituição escrita. Juiz arbitral é, apenas, juiz de fato e nada mais. O juiz de direito está na Constituição (art. 92, I a VII). A imparcialidade do árbitro, a que se refere a Lei n. 9.307/96, nunca será alcançada pelo juiz de aluguel, que decidirá sempre a favor de quem lhe der mais. Para o reconhecimento e a defesa dos direitos e interesses privados (disponíveis e indisponíveis), coletivos e difusos, dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão, concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, quando contestados ou violados, só existe um caminho, que é o do exercício do direito de petição ao Poder Judiciário, o qual tem o poder-dever de manifestar-se, efetivamente, na fala do juiz natural (LICC, art. 4º e CPC, art. 126) por meio da instrumentalidade do devido processo legal. A nossa Constituição Federal apregoa, como garantia fundamental do cidadão, na esfera individual, coletiva ou difusa, que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’ (art. 5º, XXXV), que ‘não haverá juízo ou tribunal de exceção’ (art. 5º, XXXVII) e que tais garantias se constituem cláusulas pétreas ou de eternidade, imunes até mesmo à ação legiferante do Poder reformador (art. 60, § 4º, IV)” (PRUDENTE, Antônio de Souza. Inconstitucionalidade da justiça privada na Nova Lei de Arbitragem *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 132, out./dez. 1996, p. 49-50). Pela constitucionalidade da Lei, veja o artigo de Ricardo Rodrigues Gama: A constitucionalidade da lei de arbitragem (GAMA, Ricardo Rodrigues. A constitucionalidade da lei de arbitragem. *In: Revista Jurídica*, Faculdade de Direito PUC Campinas, vol. 15, n. 2, 1999, p. 40-46) e o artigo de Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas: Considerações acerca da arbitragem e sua constitucionalidade - FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Considerações acerca da arbitragem e sua constitucionalidade. *In: Revista Jurídica*, v. 15, n. 2, 1999, p. 90-98.

optarem e convencionarem a solução de determinados conflitos atuais ou futuros por intermédio de juízo arbitral<sup>159</sup>.

Em capítulo dedicado ao tema, tratar-se-á dos principais aspectos da nova lei.

## 4.4 AS DIVERSAS ESPÉCIES DE ARBITRAGEM

Discorrendo, ainda, sobre os aspectos históricos da arbitragem, podemos mencionar, a título de ilustração, as diversas espécies de arbitragem que Carreira Alvim<sup>160</sup> classifica em seu *Tratado geral de arbitragem*. Segundo o autor, a doutrina tende a classificar a arbitragem sob diversos aspectos.

### 4.4.1 A ARBITRAGEM PÚBLICA E A ARBITRAGEM PRIVADA

A arbitragem pública remonta à Antiguidade<sup>161</sup>, sendo utilizada para resolver litígios no âmbito do direito interno, bem como entre cidades-estados da Babilônia cerca de 3.000 anos antes de Cristo; enquanto a arbitragem privada ocorria numa época em que o Estado não existia como um poder político concentrado, razão pela qual se recorria a árbitros particulares para solução das controvérsias.

Quanto à arbitragem pública, existem, sobretudo, documentos que comprovam a sua utilização na Grécia, tanto no âmbito interno como no que tange à arbitragem entre cidades-estados. Carmona faz as seguintes considerações:

É exatamente na Grécia que se tornam mais comuns os casos de solução pacífica de controvérsias. É conhecido, por exemplo, o tratado de 445 a.C. entre Esparta e Atenas, contendo cláusula compromissória expressa, remetendo às partes à via arbitral no caso de surgimento de

---

<sup>159</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução. Análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 237.

<sup>160</sup> Carreira Alvim entende que, no que tange ao direito da família, os relativos a alimentos podem ser objeto da arbitragem. ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado geral da arbitragem interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 185.

<sup>161</sup> Vinício Tobal nos fala sobre casos de arbitragem, inclusive, na época antiga, tendo ocorrido, segundo ele, entre cidades da Mesopotâmia, na Ásia Menor, no ano 3.000 a.C. Ele se refere ao Tratado celebrado entre Ramsés II do Egito e o rei Keta no ano 1292 a.C. como o mais famoso tratado para solucionar controvérsias pela via pacífica. Ramsés II teria vivido numa época internacional, porque havia conflitos entre egípcios, sírios, hititas e mesopotâmicos, considerados beligerantes tradicionais. Segundo o autor, durante o ano quinto do reinado de Ramsés II, teve lugar o conflito hitita de Kadesh sobre o Orontes. Essa guerra teria durado mais de dezesseis

litígio; em tal hipótese, os compromitentes deveriam colocar-se de acordo sobre o procedimento e os princípios aplicáveis<sup>162</sup>.

Péricles teria transformado o sistema judiciário de Atenas, conferindo-lhe maior autonomia com a transferência do Poder Judiciário do Areópago aos arcontes da *heliaea* (cortes populares). Dessas cortes participavam 6.000 cidadãos. Renovavam-se anualmente e formavam dez tribunais. Os casos mais simples ou de pequeno valor “eram julgados por um tribunal composto de trinta juízes (que se deslocavam, quando necessário, aos condados da península)”, enquanto os casos mais complexos ou de maior valor “eram resolvidos por enormes tribunais populares, compostos por centenas de juízes”<sup>163</sup>.

Carmona explica que essas cortes não eram capazes de resolver com a brevidade necessária os casos a ela submetidos; e, por essa razão, encontram-se

vestígios de arbitragem interna: os árbitros eram escolhidos entre os cidadãos maiores de 60 anos de idade, por sorteio; as partes deveriam submeter seu litígio a um árbitro sorteado à última hora dentre aqueles anteriormente escolhidos. Cada parte pagava uma taxa ao árbitro e este, se não conseguisse conciliá-las, pronunciava sua sentença, solenizada por um juramento<sup>164</sup>.

Ainda, sobre a arbitragem privada, esta perdurava mesmo a partir da organização da sociedade em Estados, estabelecendo o direito entre as partes de forma vinculante e obrigatória. Esse caráter privado persistiu, também, no direito canônico, como já vimos no capítulo que trata do “Processo Civil Romano como instrumento de solução de controvérsias”. Há que se considerar que, apesar do grande avanço da civilização grega, o seu sistema de justiça não se comparava ao sistema de justiça romano. O processo civil romano teria sido um “misto de arbitragem pública e privada”<sup>165</sup>.

---

anos, tendo os ataques se estendido desde o sul da Palestina até o norte da Síria. Como consequência, não era fácil estabelecer uma fronteira definitiva. “*Es preciso señalar que fue esa guerra agotadora que hizo comprender a egipcios e hititas la inutilidad de mantenerse antagónicos. De ahí que se concierta la paz entre Egipto e Haití*”. Sendo assim, o tratado estipulou a garantia mútua de não-agressão, a aliança contra uma terceira potência e a extradição dos refugiados políticos. TOBAL, Vinicio. *Op. cit.*, 1998, p. 9-11.

<sup>162</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993, p. 39.

<sup>163</sup> *Idem, ibidem*, p. 39.

<sup>164</sup> *Idem, ibidem*, p. 40.

<sup>165</sup> ALVIM J. E. Carreira, *Op. cit.*, 2000, p. 186.

#### **4.4.2 A ARBITRAGEM FACULTATIVA E A ARBITRAGEM NECESSÁRIA**

A arbitragem facultativa ou voluntária depende do mútuo consenso das partes, enquanto a necessária, também chamada de obrigatória, existe por imposição da lei ou de ato administrativo. Já tivemos oportunidade de tratar sobre as hipóteses de arbitragem obrigatória (ou necessária) no Brasil no título acima (4.1.1.). Essa espécie de arbitragem remonta à Idade Média.

#### **4.4.3 A ARBITRAGEM INTERNA (OU NACIONAL) E A ARBITRAGEM INTERNACIONAL (OU ESTRANGEIRA)**

Segundo nos ensina Dunshee de Abranches<sup>166</sup>, a arbitragem interna ocorre quando as partes que perfizeram o acordo arbitral são domiciliadas no território de um mesmo Estado, tendo pactuado que o laudo deverá ser proferido nesse território de forma que se submeterá à lei nacional. Por outro lado, será internacional a arbitragem em relação a determinado Estado porque o laudo foi proferido no exterior ou uma das partes tem domicílio fora do território nacional.

Nas palavras de Carreira Alvim, “a arbitragem interna (ou nacional) é realizada no território do país, por árbitros que decidem a controvérsia, proferindo sentença ou laudo, sujeitos, ou não, à homologação do juízo togado, conforme a legislação nacional”<sup>167</sup>. Já, na arbitragem internacional (ou estrangeira), o laudo é proferido no exterior, conforme dispuser a lei de cada país, podendo ser exercida por “particulares, instituições ou associações especializadas em promover soluções consensuais de conflitos que interessam aos nacionais de um país, ou de um mesmo país, como marcas e patentes, relações de consumo”<sup>168</sup>, evitando o recurso aos tribunais locais”<sup>169</sup>.

Para o autor, também seria nacional a arbitragem “em que há incidência, para todo o processo, unitariamente considerado, das leis de um único sistema jurídico e inexistência de conflitos entre jurisdição interna ou internacional para fins de

---

<sup>166</sup> DUNSHEE DE ABRANCHES, C. A. El acuerdo arbitral. In: *El arbitraje comercial en Iberoamerica*. Editado por el Instituto de Cooperacion Iberoamericana y el Consejo Superior de Camaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegacion de España. Madrid, 1982, p. 7.

<sup>167</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 187.

<sup>168</sup> Quanto à possibilidade de se ter resolvida controvérsia que envolva relação de consumo pela via da arbitragem no Brasil, a doutrina é divergente. Não pretendemos, neste trabalho, adentrar nessa discussão.

<sup>169</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 187-188.



*exequatur* ou obtenção eventual de medidas cautelares”, enquanto a arbitragem internacional estaria a versar sobre fenômeno distinto, isto é, “a *dépeçage*, ou ‘despedaçamento’, segundo o qual cada elemento da arbitragem (capacidade das partes, competência dos árbitros, arbitrabilidade do litígio, procedimento arbitral, lei material aplicável à solução do litígio) seria regido por uma lei diferente<sup>170</sup>”.

Das arbitragens interna e internacional, tratar-se-á melhor no item 4.5.1. deste trabalho.

#### 4.4.4 A ARBITRAGEM INSTITUCIONAL E A ARBITRAGEM NÃO-INSTITUCIONAL (OU *AD HOC*)

Na instância arbitral, é de suma importância definir a forma que deverá ser adotada para a implementação do procedimento arbitral, isto é, se as partes litigantes irão utilizar-se da arbitragem institucional ou da *ad hoc*. Principalmente, no que tange ao desenvolvimento das relações comerciais internacionais, porque tem por base a existência desses dois tipos de arbitragem bem definidos. A escolha dessa forma é feita na própria cláusula compromissória ou no compromisso, mas, ao se redigir o acordo arbitral, é indispensável conhecer as peculiaridades desses sistemas a fim de que se possa decidir qual deles é o mais conveniente em cada caso concreto.

Lemes explica que, “na arbitragem *ad hoc*, as partes, para o caso específico e particular, fixam as regras de procedimento que desejam ver aplicadas pelo árbitro ou tribunal arbitral. A arbitragem é administrada pelas próprias partes e o árbitro não dispõe de assistências [*sic*] especial de um organismo externo<sup>171</sup>”.

Na verdade, o art. 21 da Lei 9.307/96 permite discricionariedade às partes quanto à adoção do procedimento arbitral. Isso porque elas podem dispor como bem entenderem, podendo, até mesmo, deixar que o árbitro ou tribunal arbitral

---

<sup>170</sup> Sobre arbitragem interna e internacional, Carmona expõe o seguinte: “a arbitragem internacional destina-se a resolver pendência que extravasa a ordem jurídica de um só Estado. Em outras palavras, enquanto a arbitragem nacional caracterizar-se-ia pela incidência, para todo o fenômeno unitariamente percebido, de um único sistema jurídico e pela inexistência de conflitos de jurisprudência interna ou internacional para a obtenção de *exequatur* do laudo ou para eventual obtenção de medidas cautelares, a arbitragem internacional envolveria fenômeno diferente, qual seja, a *dépeçage*, segundo a qual cada elemento da arbitragem seria regido por uma lei diferente. Em consequência do que ficou dito, o legislador processual não dá tratamento diverso a arbitragem pelo fato de ser ela internacional ou nacional. Sendo a arbitragem realizada no Brasil, submeter-se-á aos princípios elencados no C. Pr. Civ.” (Leia-se na Lei n. 9.307/96). CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p. 27.

<sup>171</sup> LEMES, Selma M. Ferreira. Do procedimento arbitral em aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais*

decida, simplesmente, não mencionando nada acerca do referido procedimento. Sendo assim, as regras podem ser estipuladas conforme o que for preciso para a solução do caso concreto, sem que se prendam os árbitros e as partes a formalidades desnecessárias.

No regime anterior à Lei 9.307/96, não fixando as partes litigantes as regras procedimentais a serem seguidas, adotava-se o procedimento ditado pelo próprio Código de Processo Civil de 1973<sup>172</sup>.

De qualquer sorte, é preciso ter em mente que, na arbitragem *ad hoc*, as regras procedimentais são estabelecidas pelas partes ou pelos árbitros, quando aquelas deixam que eles disponham. Registre-se, por oportuno, que, quando estiver a critério dos árbitros a estipulação de tais regras, convém fazê-lo na fase preliminar da arbitragem.

Por fim, a arbitragem institucional<sup>173</sup> ocorre quando as partes dispõem que determinadas organizações se encarregarão dos serviços de administração. Essas organizações são órgãos técnicos criados, especificamente, para esse fim. Por

---

da *Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 314.

<sup>172</sup> Lemes, tratando do assunto em questão, observa que: “é imperioso ressaltar que o procedimento arbitral não é uma ação judicial. Reportamo-nos preferencialmente à ausência do antagonismo forense – da lide forense – isto é, não estamos diante de um processo judicial, as partes não são autor e réu, mas demandante e demandado. Isto tem importância transcendente, porque propiciará que as partes e seus procuradores se situem corretamente, principalmente para que os advogados constituídos tenham comportamento apropriado, evitando que práticas muitas vezes utilizadas com fins dilatórios e afeitas aos processos judiciais contaminem a instância arbitral. O clima em que se desenvolve a arbitragem é descontraído e informal, sem com isso abrir mão da seriedade e da aplicação dos princípios jurídicos erigidos pelo legislador à categoria de *lex legum* da lei de arbitragem: os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento” (LEMES, Selma M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 314).

<sup>173</sup> Veja as considerações de Dunshee de Abranches sobre a arbitragem institucional: “*El arbitraje institucional permitió simplificar y dar mayor eficacia al acuerdo arbitral porque ahora las partes disponen de diversas instituciones idóneas con larga experiencia, que actúan en base a modelos sencillos de compromiso o de cláusula compromisoria, en las cuales se hace remisión expresa a las reglas de conciliación y arbitraje de una de esas instituciones. Dichas reglas regulan la conciliación facultativa, la forma de nombramiento de los árbitros (si las partes no los nombran), las normas del procedimiento y la elaboración del laudo. Además establecen anticipadamente las bases para la remuneración de los árbitros y el pago de gastos. Las partes, al declarar que adoptan las reglas de arbitraje de una determinada institución, tendrán siempre la facultad de disponer en el acuerdo arbitral las alteraciones que les convengan. Por tanto, será suficiente añadir al modelo, recomendado por dicha institución, los puntos deseados o llenar los espacios en blanco que algunos contienen.*

*La remisión hecha por las partes, en el compromiso o en la cláusula compromisoria, a las reglas de arbitraje y a la forma de procedimiento de determinada institución, implica el incorporar al acuerdo arbitral todas las disposiciones de dichas reglas, como si ellas figurasen expresamente en el respectivo instrumento. La consecuencia es que todas y cada una de las disposiciones de las mencionadas reglas pasan a tener fuerza contractual*

consequente, devem gerenciar o procedimento arbitral com “profissionalismo e lisura<sup>174</sup>” e costumam dispor de uma lista de árbitros, dentre os quais as partes poderão escolher os nomes preferidos. As partes procedem à indicação do árbitro e, em seguida, apresentam sua escolha à instituição. Esta última, por sua vez, deverá verificar “se o candidato dispõe de conhecimentos técnicos, se este for requisito considerado importante para o caso e assim disposto pelas partes, bem como se preenche os requisitos de idoneidade moral, independência, imparcialidade<sup>175</sup>” e os demais requisitos dispostos no art. 13, § 3º, da Lei 9.307/96<sup>176</sup>.

Vale destacar que, apesar de algumas instituições arbitrais oferecerem o serviço de arbitragem supervisionada (exercendo controle no que tange à forma do prolatado da sentença arbitral para garantir esteja consoante à legislação aplicável), esses órgãos, a que nos referimos, não têm o escopo de interferir no julgamento da controvérsia, mas devem prezar para que o procedimento arbitral tramite de forma regular e rápida.

#### 4.4.5 A ARBITRAGEM JURISDICIONAL E A ARBITRAGEM CONTRATUAL

Carreira Alvim faz, ainda, distinção entre arbitragem jurisdicional e arbitragem contratual. Confira-se:

A arbitragem jurisdicional, de inspiração francesa, é aquela regida pelo Código de Processo Civil ou lei especial, em que o árbitro decide uma controvérsia, e sua missão é a mesma de um juiz togado. Os árbitros são particulares, aos quais a ordem jurídica permite exercer uma função que, em princípio, é reservada ao Estado.

A arbitragem contratual, igualmente de origem francesa, é a regida pelo Código Civil ou, mais precisamente, pelo direito das obrigações e dos contratos, em que o litígio é também resolvido por um terceiro,

---

*entre las partes firmantes del pacto arbitral. Este método es más simple y efectivo que las proyectadas leyes uniformes sobre arbitraje internacional, que jamás llegarán a ser adoptadas por los Gobierno, lo mismo que las convenciones internacionales, que dependen de ratificaciones, reservas, denuncias y otras limitaciones, inevitables en el método de la codificación del Derecho internacional”.* DUNSHEE DE ABRANCHES, C. A. *Op. cit.*, 1982, p. 13-14).

<sup>174</sup> LEMES, Selma M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 323.

<sup>175</sup> *Idem, ibidem*, p. 323.

<sup>176</sup> Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 3º. As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar regras de um órgão arbitral, institucional ou entidade especializada.

mas mediante aplicação exclusiva do direito dos contratos, sem passar pela arbitragem do Código Civil. Na verdade, é um contrato como qualquer outro, no qual se enxerta a intervenção de um terceiro que tem a particular virtude de decidir um litígio que poderia ser decidido segundo a arbitragem do Código de Processo Civil<sup>177</sup>.

Como se vê, a arbitragem da qual tratamos no presente estudo seria uma arbitragem jurisdicional. Todavia, deixaremos para tecer considerações sobre as correntes que dissertam sobre a natureza jurídica da arbitragem no Brasil mais adiante, sem nos esquecermos, entretanto, de que esse é o principal propósito deste estudo.

Há argumento no sentido de que arbitragem seria jurisdicional sempre que o laudo tivesse eficácia executiva. Entretanto, há quem sustente que esse não seria o critério mais adequado para determinar a natureza jurídica do instituto. Para Cernelutti, por exemplo, a sentença judicial possui eficácia obrigatória ou imperativa – obrigando as partes na mesma medida em que um contrato – e executiva. Nesse sentido, ele não admite tenha o laudo arbitral essa eficácia imperativa que possui a sentença judicial. Segundo o autor, o árbitro não estaria a proferir uma decisão sobre a lide, mas, tão-somente, uma opinião indicativa<sup>178</sup>. Sendo assim, não se poderia conferir à arbitragem esse caráter jurisdicional, pois, apesar de equivalente ao processo civil, trata-se de processo heterocompositivo em que se compõe uma lide ausente de caráter público.

Kroetz rebate esse entendimento para dizer o seguinte:

A verdadeira natureza da arbitragem contratual não se situa na diferença entre imperatividade e executoriedade da solução da controvérsia, ou ainda na conformidade ou desconformidade com o ordenamento processual. Trata-se de saber se a sentença tem o condão de compor a lide ou constituir a formação de um contrato<sup>179</sup>.

Ainda a respeito da arbitragem contratual, Kroetz ensina que essa é a modalidade mais antiga de arbitragem, tendo sido desenvolvida no direito romano sob dois tipos: *ex compromisso* e *arbitrium boni*. Segundo o autor, o direito romano não teria conhecido a arbitragem jurisdicional. Ele acrescenta, ainda, que, em algumas jurisdições, a arbitragem contratual não deixou de ser utilizada, permanecendo como a única modalidade de arbitragem. Este é o caso,

---

<sup>177</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 190-191.

<sup>178</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Vol. I. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989, p. 120.

<sup>179</sup> KROETZ, Tarcísio Araújo. *Op. cit.*, 1997, p. 53.

por exemplo, dos ordenamentos jurídicos que sofreram a influência do direito mulçumano. Em outros locais, a arbitragem contratual estaria a coexistir com a arbitragem jurisdicional, recebendo as seguintes denominações: (i) *arbitrato irrituale* ou *arbitrato libero* ou *arbitrato improprio*, no direito italiano; (ii) *expertise irrévocable*, nos direitos francês e belga; (iii) *Schiedsgutachten*, no direito alemão; (iv) *valuation* ou *certification*, nos direitos americano e inglês; (v) *binded advies*, no direito holandês<sup>180</sup>. Entretanto, não pretendemos, com esse estudo, tecer maiores considerações sobre o direito comparado.

#### 4.4.6 A ARBITRAGEM RITUAL (PRÓPRIA OU LEGAL) E A ARBITRAGEM IRRITUAL (IMPRÓPRIA OU LIVRE)

A primeira, a arbitragem ritual, seria aquela que se sujeita a um rito processual próprio estabelecido por uma norma jurídica, que deverá contemplar, especialmente, a eficácia do laudo entre as partes, ou seja, a sua homologação. Nas palavras de Carreira Alvim, “é aquela que se desenvolve segundo regras legais, que definem sua estrutura e o seu desenvolvimento”<sup>181</sup>.

Em contrapartida, na arbitragem irritual, as partes se vinculam ao laudo sem que seja preciso haver sua homologação. Cuida-se de instituto criado pela praxe com o auxílio da doutrina, sem que seja preciso haver previsão expressa em lei. A distinção fundamental entre essas modalidades está no fato de que “na irritual, as partes visam a uma transação, fazendo-a, porém, negociada por um terceiro; na ritual, ao invés, as partes querem um julgamento, confiando ao árbitro uma atividade decisória e esperando um provimento equivalente a uma decisão jurisdicional”<sup>182</sup>.

Figueira Júnior explica que a distinção fundamental entre esses dois tipos de arbitragem consiste na maneira em que as partes concedem poderes aos árbitros. Assim, na arbitragem livre, os árbitros figuram como *amichevoli compositori*, enquanto, na ritual, as partes estabelecem a norma de direito aplicável na composição do litígio, seja para fundamentar o julgamento, instruir o procedimento, etc. Com efeito, ele conclui: “haverá a arbitragem ritual quando o árbitro estiver investido de uma função substitutiva da jurisdição estatal, enquanto a *irrituale* configura-se pela circunstância de terem as partes conferido aos árbitros poderes para definir a lide na qualidade de mandatário”<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> *Idem, ibidem*, p. 51-52.

<sup>181</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 191.

<sup>182</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 192.

<sup>183</sup> A doutrina dominante italiana defende a possibilidade de ocorrência da arbitragem livre ou irritual na Itália.

#### 4.4.7 A ARBITRAGEM DE DIREITO E A ARBITRAGEM DE EQUIDADE

Na arbitragem de direito, os árbitros estão autorizados, tão-somente, a utilizar as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto nos termos do ordenamento jurídico vigente no tempo e no espaço em que se situa a arbitragem.

Quanto à arbitragem processada de acordo com a equidade, não significa dizer que se trata de resolver a controvérsia fora do direito, mas, simplesmente, que o árbitro pode decidir de forma contrária à lei posta, não podendo, de forma alguma, violar os princípios de ordem pública, incluindo-se aí os bons costumes e os princípios do contraditório e da igualdade das partes. Sendo assim, pela equidade, o árbitro pode decidir moderando ou modificando o disposto no direito positivo (normas de direito formal e material que, normalmente, seriam aplicáveis ao caso concreto).

#### 4.5 A LEI N. 9.307/96: A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

##### 4.5.1 ARBITRAGEM INTERNA, ESTRANGEIRA E INTERNACIONAL

Quando se trata de arbitragem, deve-se estabelecer a diferença entre arbitragem interna e internacional. Isso porque *“las reglas jurídicas aplicables a cada uno de ellos son diversas, según la legislación de la mayoría de los Estados y las normas internacionales sobre conflicto de leyes internas”*<sup>184</sup>.

A Convenção de Haia de 1907, para a composição pacífica das controvérsias internacionais, define o objeto da arbitragem como a solução de litígios entre Estados mediante árbitros por eles designados e com base nas normas de direito.

Cabe observar que não existe, no direito internacional, uma obrigação de que os Estados devam submeter suas disputas à arbitragem, porque esta é voluntária e não obrigatória. O que vinculará juridicamente os Estados será o laudo arbitral.

---

Figueira Júnior nos conta que, em 1994, entrou em vigor na Itália a Lei 25, que modificou, vultosamente, a disciplina da arbitragem naquele país. Ele nos conta que essa nova lei nada dispõe a respeito do *arbitrato irrituale* (ou *arbitrato libero*), mas a doutrina defende a possibilidade jurídica da arbitragem livre, “em que pese à sua aplicação prática, certamente está sensivelmente reduzida diante das melhoras introduzidas pela Lei 25/94 a respeito da *arbitragem ritual*” FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1997, p. 57.

<sup>184</sup> DUNSHEE DE ABRANCHES, C. A. *Op. cit.*, 1982, p. 7.

Com efeito, não obstante a relevância da composição pacífica dos litígios internacionais por meio da arbitragem, existem inúmeras limitações à sua aplicação, sobretudo porque o direito internacional não obriga os Estados a submeterem controvérsias à arbitragem<sup>185</sup>.

De qualquer forma, quando se trata de particulares, dois seriam os critérios para diferenciar a arbitragem interna da internacional: o jurídico ou objetivo e o econômico<sup>186</sup>.

Pelo critério jurídico<sup>187</sup>, seria internacional a arbitragem quando esta tiver contatos objetivos com mais de um ordenamento jurídico. Carmona nos ensina que, pertencendo as partes litigantes a Estados diferentes (como cidadãos ou residentes) ou ocorrendo o negócio jurídico do qual originou a controvérsia no território de Estados diversos, se verificará a arbitragem internacional<sup>188</sup>.

De acordo com o critério econômico<sup>189</sup>, a arbitragem seria internacional quando envolvesse operações econômicas que abrangessem circulações de bens, de serviços ou de capitais além-fronteiras, isto é, quando se tratar de operações de interesse do comércio internacional.

O critério adotado pela Lei Modelo da Uncitral aplica, alternativamente, os dois critérios: “a arbitragem será internacional quando uma das partes residir ou tiver o seu estabelecimento no estrangeiro, ou se o litígio puser em jogo os interesses do comércio internacional<sup>190</sup>”.

Assim sendo, serão diversos os problemas jurídicos que se apresentam em relação aos laudos arbitrais internacionais e aos laudos arbitrais estrangeiros, como os que dizem respeito à sua concepção, ao seu reconhecimento e à sua execução em Estado diverso daquele em que foi proferido<sup>191</sup>.

A lei brasileira adotou a teoria monista, isto é, não distingue a arbitragem internacional da estrangeira, consagrando um regime uniforme para ambas, de modo que o aplicável à arbitragem interna seria, também, aplicável à arbitragem internacional<sup>192</sup>.

<sup>185</sup> TOBAL, Vinício. *Op. cit.*, 1998, p. 28-29.

<sup>186</sup> LEE, João Bosco e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Op. cit.*, 2001, p. 38.

<sup>187</sup> Critério adotado pelo direito suíço. LEE, João Bosco. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>188</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1993, p. 28.

<sup>189</sup> Critério adotado pela doutrina francesa. LEE, João Bosco. *Op. cit.*, 2001, p. 46-47.

<sup>190</sup> LEE, João Bosco. *Op. cit.*, 2001, p. 50.

<sup>191</sup> Couto e Silva nos conta que, “em termos de direito internacional privado, prevalece o critério do lugar em que foi proferida a sentença para qualificá-la como nacional ou estrangeira. Não importa a lei a ser aplicada. Existindo um elemento de estraneidade na relação jurídica, é possível realizar aqui um julgamento conforme o direito de outro país que não o brasileiro; se proferido no estrangeiro, o direito do foro é que prevalecerá. Todavia, se o litígio deve ser resolvido em nosso País, havendo um elemento de estraneidade, seria possível aplicar regra jurídica estrangeira pelo juiz arbitral nacional”. SILVA, Clovis V. do Couto e. *Op. cit.*, 1998, p. 144.

<sup>192</sup> Quanto a esse aspecto da lei brasileira, veja o entendimento de Lee (*Op. cit.*, 2001, p. 39): “Este sistema,

A lei de arbitragem brasileira considera que o simples fato de ter sido o laudo arbitral proferido fora do território nacional (art. 34<sup>193</sup>) é determinante para caracterizá-lo como estrangeiro, dependendo de homologação pelo STF para possibilitar a sua execução, deixando, dessa forma, de distinguir a arbitragem estrangeira da arbitragem internacional.

Por conseguinte, conquanto o laudo arbitral observe, fielmente, a lei brasileira no que se refere ao mérito ou ao procedimento e as partes estejam domiciliadas no Brasil, se ele tiver sido produzido em outro país, porque, pela vontade das partes, lá foi sediado o juízo, deverá ser tido como laudo arbitral estrangeiro e, por conseguinte, obter a homologação do STF. Isso se deve ao fato de esse dispositivo legal desconsiderar, para fins de qualificação da nacionalidade do laudo, “a norma aplicável ao processo arbitral ou ao mérito do litígio, levando-se em consideração, tão-somente, o local onde foi proferido”<sup>194</sup>.

Se esse mesmo laudo tivesse sido proferido no Brasil, pelo art. 18<sup>195</sup>, não haveria necessidade de prévia homologação. Indigna-se Magalhães quanto a essa diferença de tratamento adotada pela lei, “em função do local onde o laudo foi produzido, considerando-se que, em ambos os casos, trata-se de ato de natureza privada”<sup>196</sup>.

O autor, então, tenta explicar a diferença entre arbitragem estrangeira e arbitragem internacional. Segundo ele, “a primeira resolve um litígio subordinado inteiramente a uma ordem jurídica nacional determinada, em que todos os elementos da relação jurídica controvertida estão sujeitos a essa ordem pública”<sup>197</sup>. Sendo assim, para esse ordenamento jurídico de determinado país, a arbitragem será nacional, mas, para todos os demais, será estrangeira.

---

que denominaremos de monista, poderia ser perfeitamente legítimo quando a prática interna da arbitragem possui uma longa tradição e é fundamentada sobre regras simples e sólidas. Todavia, esta não é a realidade do direito brasileiro. Ao unificar a arbitragem interna/internacional num mesmo diploma legal, a Lei 9.307/96 submete a arbitragem internacional a regras restritivas e arcaica [*sic*], fundamentadas na prática judiciária e, por consequência, ignora questões essenciais da arbitragem comercial internacional”.

<sup>193</sup> Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida e 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.

<sup>194</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 105.

<sup>195</sup> Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

<sup>196</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *Op. cit.*, 1999, p. 105.

<sup>197</sup> *Idem, ibidem*, p. 107.



Por outro lado, a arbitragem internacional teria por escopo dirimir controvérsias de caráter internacional, “seja porque as partes possuam domicílio em diferentes países, seja porque o objeto do contrato se situe em outra ordem jurídica, seja, ainda, porque o pagamento deva transitar de um país para outro”<sup>198</sup>. Em síntese, trata-se de relação jurídica conflituosa que envolva mais de uma ordem jurídica nacional ainda que regulada por uma lei nacional.

Sendo assim, ainda que a arbitragem esteja sediada no Brasil, pode ocorrer de não se sujeitar à lei brasileira, mas às normas de alguma convenção internacional sobre arbitragem sob a qual tenha sido firmado o contrato. Nesse caso, mesmo que realizada no Brasil, não se poderá dizer seja essa arbitragem “nacional”, porque teria por finalidade solucionar litígio de caráter internacional. Mas “a lei brasileira ignorou a distinção, preferindo ater-se ao conceito de arbitragem estrangeira, assim considerando a que foi proferida fora do território nacional”<sup>199</sup>.

O autor explica, ademais, que, ainda que o vencido queira “submeter-se voluntariamente a decisão arbitral estrangeira”, não poderá fazê-lo, porque, “para ser reconhecida ou executada no Brasil, diz a lei, a sentença arbitral deve ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>200</sup>.

Com efeito, no plano internacional, a lei não teria sido implementada, pois, quanto ao “cumprimento espontâneo do laudo arbitral produzido no exterior, de que o vencido domiciliado ou sediado no Brasil poderá ter interesse, até mesmo para manter intacta sua credibilidade e reputação, fica afetado pela necessária exigência”<sup>201</sup>.

#### 4.5.2 ASPECTOS GERAIS DA LEI DE ARBITRAGEM

Especificamente quanto ao laudo proferido em território nacional, deve-se observar o procedimento da Lei 9.307/96, que apresenta alguns requisitos para que se possa ver solucionada a controvérsia pela via da arbitragem e algumas questões de nulidade do laudo arbitral. Com base nessa lei, Carmona revela o conceito de arbitragem como “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma

---

<sup>198</sup> *Idem, ibidem*, p. 107.

<sup>199</sup> *Idem, ibidem*, p. 109.

<sup>200</sup> *Idem, ibidem*, p. 105.

<sup>201</sup> *Idem, ibidem*, p. 106. O CPC revogado dispunha, em seu art. 1098, que seria “competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originariamente tocar o julgamento da causa”.

convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.”<sup>202</sup>

Passando-se à análise do instituto sob o âmbito da referida lei, mais precisamente de seu art. 1º<sup>203</sup>, faz-se necessário observar que a arbitragem somente poderá ocorrer se instituída por pessoas capazes de contratar, porque somente elas poderão confiar a árbitros a análise e o julgamento das controvérsias que venham surgir de determinada relação jurídica e versem sobre direitos patrimoniais disponíveis<sup>204</sup>, ou seja, direitos transigíveis.

Sendo assim, já se pode verificar que o universo do juízo arbitral é mais restrito do que o universo do juízo estatal. Explica-se: ainda que duas pessoas desejem, por mútuo consenso, submeter à arbitragem todas as controvérsias que entre elas ocorram, não poderão fazê-lo senão em relação àquelas que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis e que envolvam pessoas capazes de contratar.

Carreira Alvim pontifica que são limites objetivos – direitos patrimoniais disponíveis – e subjetivos – pessoas capazes de contratar – impostos pela Lei, de modo que o juízo arbitral não poderá ser competente para resolver questões que

---

<sup>202</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 44.

<sup>203</sup> Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>204</sup> Pelo Código de Processo Civil, revogado – no que tange à arbitragem e ao seu procedimento – pela Lei 9.307/96, os direitos patrimoniais eram aqueles “sobre os quais a lei admitia transação” (art. 1072). Entretanto, conforme ensina Carmona (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96: Op. cit., p. 48*), pela nova Lei, “a remissão à disponibilidade do direito é objetiva e não oblíqua”, ou seja, cuida-se de direito disponível, além daquele em que as partes podem transigir, “quando ele pode ou não ser exercido pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis [...] aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”.

Carreira Alvim (ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 76-77) nos ensina que o legislador brasileiro dimensionou a natureza do objeto da arbitragem, isto é, deve este “referir-se a direitos patrimoniais disponíveis, compreensivos apenas daqueles que se integram no conceito *stricto sensu* do patrimônio, no aspecto estritamente material”. E continua: “a expressão ‘patrimônio’ tem, em direito, um sentido bem mais abrangente do que em economia, compreendendo *lato sensu* os bens tanto materiais quanto morais, mas apenas os primeiros permitem o acesso ao juízo arbitral, para fins compositivos, não obstante os bens morais admitam também a transação, em homenagem à pacificação dos contendores, como acontece, por exemplo, na ofensa à honra. A resolução da controvérsia sobre a honra jamais pode ser desviada para o canal da arbitragem”.

Ele nos explica, ainda, o significado da expressão “direitos disponíveis” empregado pela Lei: “a referência a ‘direitos disponíveis’ deve ser entendida de forma a compreender todos aqueles aos quais a lei reconhece ao seu titular, ou alguém por ele, o poder de ‘disposição’”.

envolvam Direito Público, como o Direito Penal, o Constitucional e o Administrativo, bem como os direitos da personalidade, do estado e da família<sup>205</sup>.

A arbitragem, em relação ao órgão arbitral (um árbitro ou um grupo de árbitros), como já se destacou no item 4.4.4. deste trabalho, poderá ser *ad hoc*, quando as partes o constituem para resolver exclusivamente certo litígio, ou institucional, no caso de constituí-lo antecipadamente.

Ademais, a arbitragem somente poderá ocorrer se proveniente do acordo de vontade das partes; acordo esse que as obriga a submeter o conflito de interesses a esse meio de resolução de controvérsias<sup>206</sup>. Isso porque, no Brasil, a arbitragem compulsória está abolida desde 1866, sendo, portanto, sempre voluntária ou facultativa<sup>207</sup>. Veremos mais adiante que esse acordo é, na realidade, o que a Lei

---

Em seguida, conta-nos que os direitos patrimoniais de caráter privado, de que trata o art. 447 do CPC, englobam os direitos pessoais e os direitos reais, opondo-se aos direitos intransigíveis em que não pode haver nem conciliação nem transação (CC, art. 1.035). Ressalta, ademais, que “o poder de transigir das partes é, por vezes, mais amplo em sede jurisdicional estatal do que na arbitral, porquanto, naquela, mesmo o direito não patrimonial pode comportar transação, se não an debeatur, pelo menos quantum debeatur”.

<sup>205</sup> Carreira Alvim entende que, no que tange ao direito da família, os relativos a alimentos podem ser objeto da arbitragem. ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 74.

Quanto a esse aspecto, vale destacar a lição de Couto e Silva, quando discorria sobre a arbitragem no regime do CPC: “A regra de que questões prejudiciais indisponíveis devam ser submetidas à Justiça do Estado é no fundo a consagração de que, para certos casos, há o monopólio da Justiça do Estado; e esses direitos não são somente os indisponíveis, como está prescrito no Código de Processo Civil. Mas há outros de natureza diversa. Por exemplo: se para a solução de certa controvérsia for necessário verificar a constitucionalidade de uma lei, como se procederá? Uma vez que aos juízes arbitrais falece a competência para declarar a inconstitucionalidade, a matéria deveria ser submetida à Justiça do Estado. Essa hipótese não está prevista no direito brasileiro, razão pela qual poderia constituir-se em problema se a solução do litígio depender da verificação preliminar da constitucionalidade de uma lei”. SILVA, Clovis V. do Couto e. *Op. cit.*, 1998, p. 144.

Martins nos ensina que as matérias que envolvem direito indisponível têm caráter excludente, pois, como questões que afetam ao Estado, “na sua mais pura expressão do poder público”, devem ser analisadas pelo Poder Judiciário em razão da soberania nacional. São, portanto, questões de ordem pública, que nem mesmo as partes podem determinar, pela convenção arbitral, a competência do árbitro para julgá-las. Segundo o autor, isso também ocorre com as questões incidentais que venham a surgir no decorrer do procedimento, de forma que este deverá ser suspenso até a análise de tal questão pelo juiz togado. “O árbitro não tem competência para conhecer dessas matérias, devendo abster-se de praticar qualquer ato contrariando essa proibição de ordem pública. Trata-se de incompetência absoluta que afasta a atuação do árbitro, em caráter definitivo, se o objeto único da disputa refletir direito indisponível ou, temporariamente, se posta a matéria de forma incidental, pois que de sua apreciação depende a solução do conflito arbitral”. MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 390.

<sup>206</sup> Couto e Silva diz que, “quanto ao direito internacional privado, determina o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que ‘é competente a autoridade judiciária brasileira quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação’. Essa disposição, entretanto, tem sido derogada, porquanto, se houver cláusula compromissória determinando a competência do juízo arbitral no estrangeiro, é ela suficiente para afastar a competência dos juízes brasileiros, conforme tem sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal”. SILVA, Clovis V. do Couto. *Op. cit.*, 1998, p. 148.

<sup>207</sup> Quanto a esse aspecto, cabe abrir um parêntese relevante para este trabalho, que visa determinar a natureza

(art. 3º)<sup>208</sup> denomina de “convenção de arbitragem” (gênero), traduzida na cláusula compromissória e no compromisso arbitral (espécies).

Assim sendo, decorre a arbitragem da vontade das partes, seja porque fizeram previsão da cláusula compromissória no contrato, seja porque, com o surgimento do litígio, resolveram firmar o compromisso.

A Lei 9.307/96 preza pelo princípio da autonomia da vontade<sup>209</sup>, não ignorando, porém, as normas cogentes de ordem pública<sup>210</sup>, às quais esse princípio não pode se sobrepor. Em razão dele, os contratantes têm liberdade para estabelecer

---

jurídica da arbitragem. Carmona (*Op. cit.*, 1998, p. 46) conta que há países em que ainda existem casos de arbitragem obrigatória, mas que os sistemas jurídicos mais avançados tendem a extingui-los. Ao citar Portugal, por exemplo, Carmona menciona que a doutrina portuguesa entende que os árbitros exercem função jurisdicional, uma vez que os tribunais arbitrais estariam a integrar a ordem judicial portuguesa. Para o estudo em questão, entendemos que não é o fato de ser ou não a arbitragem compulsória que dirá sobre a sua natureza jurídica, isto é, se o instituto se apresenta como de natureza jurisdicional ou contratual, mas outras de suas características, que serão analisadas ao longo desse estudo. Na verdade, os casos de arbitragem obrigatória, antigamente, previstos no ordenamento jurídico brasileiro (diga-se de passagem, versavam sobre matérias diferentes daquelas previstas pelo sistema português), foram tidos pela doutrina majoritária como inconstitucionais em face da garantia do acesso ao Judiciário como princípio norteador do ordenamento jurídico nacional desde a Constituição de 1946 (*vide* antecedentes históricos da arbitragem no Brasil).

<sup>208</sup> Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

<sup>209</sup> O princípio da autonomia da vontade “caracterizaria a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação à qual queiram submeter-se, limitada tal escolha, de um lado, pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas”. (CARMONA. *Op. cit.*, 1998, p. 61). A autonomia concedida pelo art. 2º da Lei n. 9.307/96 derroga o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657/42) no que tange às causas submetidas ao juízo arbitral, limitando-se, obviamente, pelos princípios da ordem pública e dos bons costumes. Compartilham esse entendimento, vários doutrinadores, entre eles: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos atinentes às disposições gerais. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. MARTINS, Pedro A. Bastista. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 171.

A lei de arbitragem procurou prestigiar tal princípio para evitar dúvidas na aplicação da lei, não tendo o árbitro que “recorrer às regras de conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto”. CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. In: *Revista de Processo*. Vol. 18, n. 72, out/dez. 1993, p. 59.

<sup>210</sup> “A ordem pública é como um só prisma com diferentes facetas [...], uma só instituição, com aplicabilidade diferente no direito interno e no direito internacional”, isso porque ordem pública significa, basicamente, “regras e princípios aptos a manter a unicidade das instituições do foro e a proteger os profundos sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinada época”. COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. *Op. cit.*, 1999, p. 374-375. Em poucas palavras, Costa e Pimenta resumem do que se trata a ordem pública: “é fenômeno que envolve tanto a inafastabilidade de disposições cogentes do foro quanto a impossibilidade de aplicação do direito estrangeiro e reconhecimento de atos e sentença estrangeiros que possam ferir concepções do foro ou a coerência mínima da convivência internacional. Dessa forma, a ordem pública, fenômeno único, possui característica interna e internacional”. COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. *Op. cit.*, 1999, p. 388-389. Quando houver suposta infração à ordem pública com a escolha da lei aplicável à arbitragem, haverá competência concorrente entre o árbitro, enquanto no exercício de sua função, e o juiz, se chamado a intervir, para análise quanto ao fato de violarem ou não a ordem pública essas regras de direito escolhidas pelas partes. É importante que o árbitro verifique se as regras aplicáveis violam preceitos “absolutamente inafastáveis” naquele território em que o laudo arbitral deverá ser executado.

a forma em que se dará a resolução do conflito, tanto no que diz respeito ao procedimento adotado pelo árbitro como no que se refere ao direito material aplicável à questão. Essa liberdade é garantida, expressamente, no art. 2º e seus parágrafos<sup>211</sup>, estabelecendo que a arbitragem poderá ser celebrada conforme o direito<sup>212</sup> ou a equidade<sup>213</sup>.

Justamente pelo fato de a lei brasileira não fazer uma distinção entre a arbitragem interna e a arbitragem internacional, cominado com o fato de sobrelevar o princípio da autonomia da vontade e em razão de seu art. 2º, nada impediria que as partes, mesmo sendo ambas brasileiras, escolhessem “a aplicação de um direito estrangeiro para reger o litígio”, de modo que “uma sentença arbitral pode estar

---

Tendo sido o judiciário, igualmente, chamado a manifestar-se sobre a questão de ordem pública, seja pela submissão do laudo ao procedimento executório, seja pelo fato de ser “instado a colaborar com o árbitro na concretização de providências instrutórias, executivas ou coativas”, o pronunciamento do árbitro não esgota a questão. CARMONA. *Op. cit.*, 1993, p. 66. Igualmente, “no momento da celebração judicial ou da instituição por sentença, cabe ao juiz evitar a inclusão de matéria que toque a ordem pública, inclusive tendo em vista a eficácia da futura sentença arbitral. Na execução, opostos ou não os embargos, deve o juiz evitar a eficácia de disposições que firam a ordem pública em qualquer de seus sentidos”, porque “a ordem pública sempre será causa de nulidade da sentença arbitral (Lei de Arbitragem, art. 32, I e IV)”. Sendo assim, o art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/96, segundo o qual o árbitro deverá decidir sobre a eficácia, validade e existência da convenção arbitral, não afasta da apreciação do Poder Judiciário as questões de ordem pública. COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. *Op. cit.*, 1999, p. 381-382.

<sup>211</sup> Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a crédito 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 realiza com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

<sup>212</sup> Quando se determina que a arbitragem será de direito, deve-se utilizar as regras preestabelecidas para solucionar a controvérsia e fundamentar a sentença arbitral. Mas é preciso ressaltar, segundo a lição de Figueira Júnior, que, de forma alguma, seja a arbitragem de direito, seja de equidade, “poderá a decisão arbitral violar os princípios de ordem pública e os bons costumes, assim como o árbitro ou tribunal não poderá deixar de sentenciar ou despachar sob a alegação de obscuridade ou lacuna da lei, hipótese em que deverão recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (art. 126, CPC)”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 237.

<sup>213</sup> Vianna discorre sobre a equidade nos seguintes termos: “A utilização da equidade, ao contrário do que costumeiramente se supõe, não significa afastar-se do direito. O que se busca com a utilização da equidade (no plano da aplicação do direito) é a adaptação de uma regra a uma relação concreta, de fato. Tal se torna possível quando a lei, explicitamente ou não, permite a solução por equidade” (*Op. cit.*, 1998, p. 34). Mais adiante completa sua explicação: “A equidade judicial, ao contrário de ser uma solução fora do direito, como vulgarmente se diz, está no direito, para evitar que o juiz caia no subjetivismo absoluto, resultando em julgamento que contrarie o sistema vigente” (*Op. cit.*, p. 36). Carmona nos ensina, também, que o árbitro pode, quando as partes permitem utilizar-se da equidade, “decidir em sentido contrário àquele indicado pela lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo”. Significa dizer que, chegando-se a uma justa solução do conflito com a aplicação da norma, o árbitro poderá fazê-lo, sem que isso implique vício no julgamento. “Ao

fundamentada num sistema legislativo estrangeiro, se as partes assim previamente estipularem<sup>214</sup>”. Lee faz a seguinte ressalva:

o reconhecimento da autonomia da vontade é certamente uma revolução no direito internacional privado brasileiro e era mesmo imperativo para que a lei de arbitragem fosse eficaz, mas a sua extensão à arbitragem interna é ‘excessiva e descabida’. À arbitragem interna se impõe o direito interno<sup>215</sup>.

Isso porque, também consoante o entendimento de Magalhães, se existe um contrato interno, um negócio jurídico no qual todos os pontos de contato convergem, conduzindo a um só país, a arbitragem será nacional e deverá submeter-se ao direito interno desse país. De qualquer maneira, Lee ensina que o simples fato de submeter a arbitragem a uma lei estrangeira não confere o caráter internacional ao contrato, mas, ao contrário, o seu caráter internacional seria o fundamento para que se possa escolher a lei que o regerá<sup>216</sup>.

De qualquer maneira, pela Lei 9.307/96, tem-se como instituída a arbitragem e instaurado o procedimento arbitral a partir da aceitação pelo árbitro para assumir tal encargo (art. 19)<sup>217</sup>. As consequências da instituição desta assemelham-se ao que ocorre no processo civil tradicional, isto é, interrompe-se a prescrição, faz coisa litigiosa e induz litispendência. Não é possível, entretanto, ocorrer a prevenção,

---

conceder poderes para julgar por equidade, não podem as partes esperar que obrigatoriamente o árbitro afaste o direito positivo, o que configura mera faculdade”. CARMONA. *Op. cit.*, 1998, p. 62.

Carmona também tenta explicar o que seja a equidade: “sendo a norma abstrata, criada para reger fatos-tipos, pode acontecer que, em dado caso concreto, ocorra a circunstância que o legislador não havia previsto, tornando a incidência da norma injusta e inadequada. É nessa hipótese que atuaria a equidade, autorizando o legislador a mitigar a severidade da norma. Assim, quando autorizado a julgar por equidade, o julgador pode com largueza eleger 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”. CARMONA. *Op. cit.*, 1998, p. 61.

Caio Mário, em *Instituições de Direito Civil*, também discorre sobre a equidade, porque, já no sistema legislativo anterior, era permitido que os árbitros dela se utilizassem conforme a vontade das partes: “Os árbitros são juízes de fato e de direito, não sendo sujeito o seu julgamento à alçada. Devem, normalmente, decidir segundo as regras e as formas de direito. Mas é lícito aos interessados dispensá-los de sua observância, autorizando-os a que resolvam a questão por equidade. Nesse caso, cumpre a cada um proceder inspirado apenas no seu arbítrio de bom varão, proferindo um julgamento de consciência, como se fossem eles legisladores do caso dado”.

<sup>214</sup> LEE, João Bosco. *Op. cit.*, 2002, p. 40.

<sup>215</sup> *Idem, ibidem*, p. 40.

<sup>216</sup> *Idem, ibidem*, p. 42-43.

<sup>217</sup> Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

porque a lide está pré-determinada, de forma bem definida, no compromisso arbitral, o que é suficiente para estabelecer a competência do juízo arbitral para o conhecimento da matéria que versa o referido compromisso, objeto do litígio. E se surgirem novos conflitos conexos ou interligados pela continência, eles não deverão ser levados à cognição do juízo arbitral, porquanto não existe convenção a esse respeito<sup>218</sup>.

Saliente-se, ainda, conforme nos ensina Figueira Júnior, que os efeitos da litispendência no juízo arbitral “não estão arrolados ao ato de comunicação e chamamento preliminar da parte *ex adversa*”. O autor justifica seu entendimento dizendo que

a instituição do juízo arbitral significa, em sede de jurisdição paraestatal, a definição e a materialização da convergência de vontade dos litigantes chancelada pela aceitação dos árbitros ou árbitro, servindo como ponto de partida para a instauração do procedimento arbitral propriamente dito.

Este, por sua vez, deverá seguir o que estiver determinado na convenção arbitral como regra de procedimento. Ademais, o primeiro ato do árbitro é a verificação dos termos e dos requisitos da convenção arbitral. Somente depois de instaurado o processo arbitral, tem-se início do procedimento propriamente dito<sup>219</sup>.

É importante observar que, no processo arbitral, não podem ser violados os princípios processuais constitucionais do contraditório, da igualdade entre as partes, da imparcialidade dos árbitros, do livre convencimento e da fundamentação do laudo arbitral (art. 21, § 2º)<sup>220</sup>.

Martins, contudo, defende ser aplicável a revelia ao procedimento arbitral. Segundo ele, se o requerido não comparecer no transcurso do processo, deverá ser julgado à revelia, arcando com seus efeitos. Para o referido autor,

a aplicação da revelia assegura o exercício da função jurisdicional do árbitro, permitindo-lhe proceder com a apreciação da questão posta até ulterior julgamento, concluindo seu ofício no prazo, resolvendo o conflito no âmbito da competência que lhe foi outorgada pela, e nos limites da, convenção de arbitragem<sup>221</sup>.

<sup>218</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 206.

<sup>219</sup> *Idem, ibidem*, p. 206-207.

<sup>220</sup> 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 tribunal arbitral, regular o procedimento. § 2º. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

<sup>221</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 399.



Quanto às sentenças arbitrais, estas refletem a “natureza das demandas e tutelas jurisdicionais perseguidas” com a instituição da arbitragem, podendo, dessa forma, ter “natureza declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*”. Assim, a tutela pretendida “será do tipo ressarcitória, recuperatória (reintegratória ou reivindicatória), inibitória, declaratória ou constitutiva (positiva ou negativa)<sup>222</sup>”.

O árbitro deve dizer o direito das partes, mas não possui poderes para fazer cumpri-lo, de modo que “a satisfação no plano material do direito do vencedor que obteve sentença arbitral favorável (condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*) estará na dependência da vontade do vencido de cumprir a decisão espontaneamente”. Se isso não ocorrer, e sendo condenatória a sentença, dá-se ao interessado a possibilidade de executá-la perante o Poder Judiciário, uma vez que constitui título executivo judicial (art. 584, III, CPC); mas, se mandamental ou executiva *lato sensu*, o árbitro pode requerer ao órgão do Poder Judiciário (competente originariamente para análise da pretensão) a efetivação da medida<sup>223</sup>.

Ademais, a Lei 9.307/96, em seu art. 31, determina que “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”. Por seu turno, o laudo arbitral “faz coisa julgada material entre as partes exclusivamente (limite subjetivo) e nos contornos da lide fixada no compromisso arbitral (limite objetivo)<sup>224</sup>”. Sendo assim, a decisão arbitral é imutável e indiscutível, não sujeita a nenhum tipo de recurso (art. 18)<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 253-254.

<sup>223</sup> *Idem, ibidem*, p. 254. O fato de o laudo arbitral não está sujeito a recurso justifica-se diante da necessidade social de impedir que se perdurem os litígios; ainda mais, o fato de os árbitros serem pessoas de confiança das partes faz com que a má-fé não ocorra tão facilmente, sem contar que, sendo aqueles peritos, torna-se mais difícil a ocorrência de erros.

<sup>224</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 259. Segundo o autor, “a coisa julgada material é, pois, a qualidade, a autoridade e a eficácia que se agrega ao comando dispositivo da sentença, tornando indiscutíveis os efeitos da decisão que afrontou o mérito da causa, isto é, a matéria de fundo, a lide propriamente dita. Há de se distinguir a autoridade da eficácia da coisa julgada. A autoridade representa a possibilidade e a certeza de que a sentença se impõe perante todos, decorrendo da estabilidade do ato e significando a capacidade vinculativa com que se impõe perante as partes e seus sucessores (art. 31). Trata-se de qualidade intrínseca da própria sentença que exclui a possibilidade de qualquer outro debate ou questionamento a respeito da lide já decidida, tornando-a estável.

Por sua vez, entende-se por eficácia a qualidade do que é eficaz. Por seu turno, eficaz é tudo aquilo que seja hábil para produzir efeitos no mundo jurídico. Em outros termos, a eficácia da sentença diz respeito ao seu resultado e à capacidade de produzir efeitos”.

Importa observar também que os efeitos da coisa julgada no juízo arbitral não atingem terceiros. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 261.

<sup>225</sup> As partes têm, apenas, o prazo de 5 dias para opor embargos de declaração. Se opostos, uma vez analisados,



Figueira Júnior conclui que “o efeito principal da sentença arbitral é a produção de resultados concretos no plano material e do direito objetivo, reequilibrando a relação fática ou jurídica violada ou ameaçada, como forma de satisfação da pretensão resistida da parte vencedora”<sup>226</sup>.

Na seara da eficácia da sentença<sup>227</sup>, (i) a que for condenatória deverá gerar título executivo “que faculta ao vencedor utilizar-se da execução forçada, caso o vencido não satisfaça espontaneamente a prestação exortada na parte dispositiva do julgado”; (ii) quanto à sentença constitutiva, afigura-se “a extinção da relação jurídica litigiosa ou cria nova relação jurídica para as partes”; (iii) relativamente à sentença declaratória, esta “gera a certeza jurídica sobre a relação deduzida em juízo”; (iv) por fim, no que diz respeito à sentença mandamental e a executiva *lato sensu*, “geram ordem para a hipótese de descumprimento espontâneo da determinação (mandamento)”<sup>228</sup>.

Diante do exposto, o autor assevera que “a coisa julgada aparece, então, como qualidade que se agrega ao comando dispositivo da sentença de mérito”<sup>229</sup>.

Magalhães defende que a jurisdição do árbitro é oriunda das partes e, por isso, trata-se de uma jurisdição privada e contrapõe-se à jurisdição do juiz togado, prevista na Constituição Federal. Com efeito, ele explica que não se deve confundir o laudo arbitral com a sentença judicial, apesar de ter a lei (art. 31) dado, segundo ele, erroneamente, esse tratamento.

A consequência dessa confusão de tratamento dado pela lei teria sido o fato de se qualificar o laudo arbitral proferido no exterior como estrangeiro. Implicaria dizer que, ao equiparar o laudo à sentença judicial, com a alteração introduzida no art. 584, III, do CPC, estar-se-ia impondo, como pré-requisito de efetividade e executoriedade do laudo produzido no exterior, a homologação do STF.

O autor não concorda com a adoção desse procedimento, pois “se o laudo arbitral é ato privado, decorrente da vontade das partes, destinado a dirimir

---

as partes deverão ser notificadas, e, sanado o erro material da sentença ou a omissão, a obscuridade, a dúvida ou a contradição, transitará em julgado a decisão arbitral.

<sup>226</sup> “Dependendo da natureza jurídica da tutela perseguida e, portanto, da própria sentença arbitral, gerar-se-ão novas situações jurídicas para os litigantes ou se manterão as já existentes”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 255.

<sup>227</sup> “Que leva em conta a qualidade do “ser eficaz” da decisão, porque não se diz simplesmente que tal sentença tem eficácia, e sim que tem esta ou aquela eficácia, que ela é declaratória, constitutiva etc.”, sendo a distinção entre eficácias e efeitos da sentença decisiva. “A eficácia faz parte do ‘ser da sentença’ e, pois, não se confunde com os efeitos que seja capaz de produzir”. *Idem, ibidem*. p. 255.

<sup>228</sup> *Idem, ibidem*, p. 255.

<sup>229</sup> *Idem, ibidem*, p. 256.

controvérsia sobre relação contratual de natureza patrimonial – e, portanto, disponível –, não há intervenção de autoridade pública estrangeira que justifique sua prévia aceitação pelo judiciário brasileiro”<sup>230</sup>. Desse modo, sustenta que, quando se celebram contratos no exterior, que devem ser apresentados no Brasil, não há necessidade de apresentá-los a qualquer autoridade brasileira para fins de reconhecimento ou autorização para executá-lo ou obter cumprimento.

Esse autor explica que, havendo conflito concernente a esses contratos, o juiz deverá, apenas, da mesma forma em que procederia quanto aos contratos celebrados no Brasil, analisar se violam os preceitos de ordem pública ou de bons costumes, bem como a soberania nacional, nos termos do art. 17 da LICC<sup>231</sup>. Então, conclui:

não há diferença da natureza privada entre um contrato privado celebrado no exterior e um laudo arbitral, elaborado também no exterior, por árbitro que resolva uma controvérsia sobre esse mesmo contrato. Tanto o laudo como o contrato são instrumentos que decorrem de uma relação privada que tem por objeto um direito de caráter patrimonial privado e, assim, disponível<sup>232</sup>.

Sendo assim, na visão desse autor, o laudo arbitral seria, na realidade “ato privado, proferido por pessoa ou pessoas naturais, despidas de qualquer autoridade pública e não atuando em nome de qualquer país”, de modo que executá-lo no

---

<sup>230</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *Op. cit.*, 1999, p. 101.

<sup>231</sup> LICC, Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

<sup>232</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *Op. cit.*, 1999, p. 102. O art. 181 da CF determina que os documentos emitidos por “autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País, dependerão de autorização do Poder competente”. Sendo assim, a sentença judicial estrangeira deve ser homologada pelo STF porque é “ato de Estado”, é “ato oficial emitido por Autoridade Pública, o Poder Judiciário estrangeiro”, e que deve ser executado e cumprido no Brasil. A autoridade competente brasileira pode ou não reconhecer esse ato do Poder Judiciário estrangeiro conforme existam convenções internacionais que versem sobre o assunto, reciprocidade ou lei. Mas o fato é que a questão somente será submetida ao STF porque se trata de “ato de autoridade pública”, mais precisamente do Judiciário estrangeiro, “cujos efeitos devem-se produzir no território subordinado à jurisdição de outro Estado”.

Com efeito, Magalhães explica que o dispositivo constitucional em questão “refere-se apenas a ato de autoridade administrativa ou judiciária estrangeira” e, por essa razão, não deveria se aplicar ao laudo arbitral, pois, segundo ele, “o árbitro não se enquadra nessa definição”, sendo “pessoa que age em cumprimento a contrato de natureza privada”. Mas, ainda sim, a lei determina que o laudo proferido no exterior seja, previamente, homologado pelo STF porque o compara à sentença judicial estrangeira. Para tentar fugir à interpretação atualmente dada ao art. 35 da lei, o autor sugere que, apesar de a lei não distinguir, esse artigo “estaria se referindo ao laudo arbitral proveniente da arbitragem forçada admitida em alguns sistemas jurídicos, para certas hipóteses”.

Brasil deveria ter o mesmo caráter da execução de um “contrato internacional firmado fora do país e aqui cumprido, não se cogitando de submetê-lo à prévia apreciação do Judiciário”. Havendo descumprimento, caberia à parte interessada propor a ação judicial, quando, e somente nesse caso, poderia o Poder Judiciário, da mesma forma que procederá com qualquer contrato, mesmo nacional, verificar a sua adequação a princípios do país<sup>233</sup>.

Diante do estudo dos antecedentes históricos da arbitragem e das considerações desse tópico, podemos observar que duas foram as principais inovações da nova lei de arbitragem, quais sejam: (i) a possibilidade de execução específica da obrigação de firmar o compromisso arbitral objeto da cláusula compromissória; (ii) a equiparação, no plano do direito interno, dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judiciária, tanto que, se condenatório o laudo, formará esse título executivo independentemente de homologação judicial (art. 18)<sup>234</sup>.

No que tange à dispensa de homologação judicial, Fróes considera ter sido correta e de grande importância prática a solução dada, por lei, a essa matéria,

pois, respeitando a garantia constitucional de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, dispensa a homologação do laudo arbitral, mas assegura à parte vencida pleno direito de defesa, que será exercido através de ação de nulidade, nos casos previstos no art. 32<sup>235</sup>, ou por meio de embargos do devedor (art. 31)<sup>236</sup>.

<sup>233</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *Op. cit.*, 1999, p. 103.

<sup>234</sup> PERTENCE, Sepúlveda em voto proferido na SE 5.206-7-AgR, DJ de 30.04.2004.

<sup>235</sup> 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; VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

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 a julgaram por equidade; III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhe forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV – a data e o lugar em que foi proferida.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral: III – tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: III – o prazo para a apresentação da sentença arbitral.

<sup>236</sup> FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho. A arbitragem no Brasil de acordo com a Lei n. 9.307/96. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 76.

Em razão, principalmente, dessas duas inovações da Lei, a doutrina é controvertida quanto à natureza jurídica do instituto. Estudaremos um pouco mais a fundo a cláusula compromissória e o compromisso, o papel do árbitro, os provimentos acautelatórios e antecipatórios na arbitragem e a finalidade do instituto para que se possa ter mais subsídios, além daqueles já estudados, a fim de firmar uma posição quanto à natureza jurídica da arbitragem e seus efeitos práticos.

#### 4.5.3 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O COMPROMISSO ARBITRAL

A convenção de arbitragem, acordo pelo qual as partes decidem submeter os conflitos decorrentes de determinado negócio jurídico à arbitragem, pode apresentar-se de duas formas:

*La primera cuando ya existe una controversia perfectamente caracterizada y las partes han acordado el nombre o nombres de los árbitros y demás elementos del procedimiento arbitral. Esta primera forma de acuerdo arbitral es conocida como el compromiso (compromis, submission, agrement).*

*La segunda forma es la cláusula compromisoria (clause compromissoire, submission clause) incluida en un contrato para establecer la obligación de que todas o algunas de las controversias futuras, resultantes de dicho contrato, sean sometidas a la decisión del árbitro o árbitros que las partes pueden nombrar o delegar el nombramiento a tercero o a una institución, cuyas reglas de procedimiento declaran aceptar.*

*Así, el compromiso y la cláusula compromisoria so especies del género acuerdo arbitral (arbitration, agreement, acord arbitral), también denominado pacto arbitral o convención arbitral<sup>237</sup>.*

No Brasil, conforme ensina o Ministro Nelson Jobin no voto proferido na SE 5.206-7-AgR, DJ de 30.04.2004, existem dois momentos distintos: (i) o da cláusula compromissória<sup>238</sup>, anterior ao conflito e, sempre, relativa a um contrato do qual decorre, sem que, entretanto, tenha com ele uma relação acessória (a

<sup>237</sup> DUNSHEE DE ABRANCHES, C.A. *Op. cit.*, 1982, p. 7-8.

<sup>238</sup> A respeito da cláusula compromissória nos sistemas jurídicos dos países que compõem o Mercosul, Figueira Júnior nos conta que ela “gera os mesmos efeitos entre as partes contratantes nos quatro sistemas jurídicos, quais sejam, a da obrigatoriedade de constituição da arbitragem, sendo que no Paraguai não se faz distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral”. No México, ele informa que tal cláusula também gera

cláusula compromissória é autônoma em relação àquele<sup>239</sup>); (ii) o da instituição da arbitragem por meio do compromisso arbitral, posterior ao conflito.

De fato, as partes utilizam-se da cláusula compromissória para comprometerem-se a “submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir”; já, no que se refere ao compromisso, os contendentes têm, como pressuposto, “a existência efetiva da disputa e, no ato da assinatura dessa convenção, depositam na

---

efeitos de obrigatoriedade de instituição da arbitragem, mas ressalta que não há, nesse sistema, diferença entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, apesar de serem utilizadas ambas as expressões no texto legal. Em Portugal, distingue-se a cláusula do compromisso, sendo que o objeto litigioso e a relação jurídica constituem os critérios utilizados para tanto. Com efeito, o art. 1º, n. 2, da Lei 31/86 dispõe que “a convenção de arbitragem pode ter por objeto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)”. Ademais, “a convenção de arbitragem – seja por compromisso arbitral ou cláusula compromissória – obriga os contratantes a instituírem o juízo arbitral, bastando que o interessado notifique a parte contrária (art. 11, n. 1)”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 43, 47 e 48.

Na Espanha, a arbitragem é regulada pela Lei 36, de 05.12.1988 (*Ley de Arbitraje*). Segundo nos ensina Figueira Júnior, essa lei teria eliminado a distinção entre contrato preliminar de arbitragem e compromisso arbitral: “o convênio arbitral (convenção arbitral) aparece como instrumento em que se funda o direito das partes (pessoas naturais ou jurídicas) interessadas em solucionar as suas lides que versem sobre direitos disponíveis”. E continua mais adiante: “a convenção arbitral pode ter por objeto questões presentes ou futuras. Com isso se procurou superar a relativa ineficácia da cláusula compromissória ou contrato preliminar de arbitragem, estipulada antes do surgimento efetivo da controvérsia, obrigando pela mesma natureza das coisas a exigir sua formalização judicial quando o conflito já estava instaurado pelas partes”. Ademais, “a convenção arbitral obriga as partes contratantes a instituírem o juízo arbitral, se for o caso, e exclui da apreciação do Poder Judiciário a apreciação das questões submetidas à arbitragem, sempre que o interessado fizer essa invocação mediante exceção (Lei 36/88, art. 11)”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 50-51.

No sistema francês, faz-se a distinção entre cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A doutrina aquiesce com a orientação do Código de Processo Civil francês, pois “a *clause compromissoire* é a cláusula através da qual os contratantes decidem submeter seus litígios eventuais à arbitragem. A diferença entre o *compromis* e a *clause* reside na circunstância de que esta última refere-se a um processo eventual, indeterminado em seu objeto e que talvez nunca se concretize. Ela previne e prepara a assinatura de uma arbitragem”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; *Op. cit.*, 1999, p. 53.

Na Itália, distingue-se a cláusula compromissória do compromisso arbitral, mas, segundo Figueira Júnior, “ambos apresentam a mesma natureza contratual e vinculante, sendo que aquela se diferencia deste último unicamente por trazer em seu bojo, como objeto, controvérsias ainda não ocorridas”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 57.

<sup>239</sup> Em razão do art. 8º da Lei de Arbitragem, “a nulidade do contrato não implica, necessariamente, a nulidade do pacto preliminar. Caberá ao árbitro dirimir as questões suscitadas acerca da existência, da validade e da eficácia do contrato que contenha esse ajuste, e da própria convenção de arbitragem”. MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula compromissória. In: MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 217.

mão do julgador privado o poder de deslindar a questão cujo objeto está delineado nesse documento<sup>240</sup>”.

O compromisso pode ou não decorrer de um contrato em que haja a previsão da cláusula compromissória<sup>241</sup>. Mas, de fato, sempre haverá uma relação jurídica preexistente e um conflito determinável que dará ensejo a formação do compromisso. Aliás, Martins explica:

Para que o compromisso possa ser válido, é necessária a preexistência de uma efetiva controvérsia. Ineficaz o instrumento de compromisso que não tenha por objetivo uma disputa já evidenciada. Pelo compromisso, as partes submetem uma determinada desavença à arbitragem. A pendência é a condição do compromisso<sup>242</sup>.

Isso porque o *caput* do art. 4º da Lei 9.307/96<sup>243</sup>, como assevera Carmona, refere-se a um contrato e “mostra desde logo que a cláusula compromissória não pode ser ampla a ponto de submeter os signatários à arbitragem para todo e qualquer conflito que se envolverem: a limitação natural da contratação está ancorada a uma relação jurídica determinada<sup>244</sup>”. Mas ele ressalta, ainda, que essa relação jurídica determinada pode ser “preexistente ou até mesmo extracontratual” e cita exemplos, como quando celebrada em razão de uma relação de vizinhança ou exercício de servidão<sup>245</sup>.

Sendo assim, o compromisso pode até mesmo se dar quando já existe uma causa ajuizada: seria o compromisso judicial, em que as partes, de comum acordo, decidem submeter a questão à arbitragem. Nada impede que isso ocorra. Veja a lição de Caio Mário: “quando a questão já está em juízo, chama-se judicial, e se realiza por termo nos autos da demanda, perante o juiz ou tribunal a que esteja afeta, com a assinatura das partes ou de seus procuradores munidos de poderes especiais<sup>246</sup>”.

<sup>240</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Aspectos Jurídicos do Compromisso. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 232.

<sup>241</sup> “A cláusula compromissória não é fonte exclusiva da arbitragem, pois esta pode ser instituída sem que previamente exista aquela estipulação contratual”. MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 216.

<sup>242</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 241.

<sup>243</sup> 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.

<sup>244</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 83.

<sup>245</sup> *Idem, ibidem*, p. 84.

<sup>246</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 1972, p. 228. Ele nos ensina, ainda, que, sendo judicial ou extrajudicial o compromisso, “em qualquer caso, individualizará os árbitros escolhidos, pelos respectivos nomes completos

Discorrendo sobre o compromisso arbitral, Couto e Silva anota que este é mais do que um “ato produtor de direitos e obrigações”, pois se enquadra numa “categoria maior”, isto é, está entre os atos de organização jurídica, pois dele teria origem o juízo arbitral. Dessa feita, uma vez lavrado o compromisso, ter-se-á a faculdade de aceitação ou não dos árbitros para assumirem tal indicação, o que Couto e Silva denomina de “direito formativo” dos árbitros. Ele ensina que “a especificidade dos atos jurídicos de organização em face dos demais atos está em que eles formam não uma, mas diversas relações jurídicas obrigacionais, pois deles nasce verdadeiro *status*, regulado, em parte, pelas disposições adotadas pelos integrantes do compromisso, ou ainda pelas regras dispositivas previstas no Código Civil e no Código de Processo Civil<sup>247</sup>” (na verdade, atualmente, deveríamos ler: pelas regras dispositivas da Lei 9.307/96).

Não obstante, Martins entende que o compromisso, de base no *pacta sunt servanda*, possui caráter contratual. Nele, “as partes, em manifestação espontânea ou por força da cláusula arbitral, ajustam direitos e obrigações que se impõem, inclusive, ao árbitro, quando a aceitação da nomeação for formulada pelos compromitentes<sup>248</sup>”.

Sendo assim, são vários os aspectos jurídicos do compromisso. O Código Civil (art. 172, V) admite, por exemplo, que ato extrajudicial – que importe o reconhecimento, mesmo indireto e tácito, de direito de terceiros pelo devedor – interrompa a prescrição; por conseguinte, ainda que o compromisso não caracterize “efetivamente, o reconhecimento absoluto, pelo devedor, do direito do credor”, Martins defende que “constitui documento hábil para interromper o curso da prescrição que paira sobre direitos patrimoniais”<sup>249</sup>. Na verdade, segundo esse

---

e domicílios. Indicará os substitutos nomeados para supri-lhes a falta ou impedimento. Mencionará o objeto do litígio, o que pode ser feito mediante a apresentação de quesitos a cujas respostas os árbitros se obriguem, ou em forma sucinta, porém precisa, na formulação da questão submetida ao juízo arbitral. Como quer que seja, o compromisso terá de conter a determinação da controvérsia, de maneira exata, pois que os árbitros a ela estão adstritos, não lhes sendo lícito, sob pena de nulidade por *ultra petitis*, desbordar de seus termos. [...]. No ato de compromisso, devem declarar o prazo em que será proferida a decisão com o efeito de não ter validade se for excedido”.

<sup>247</sup> SILVA, Clovis V. do Couto e. *Op. cit.*, 1998, p. 146.

<sup>248</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Da convenção de arbitragem e seus efeitos. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 211.

<sup>249</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Aspectos jurídicos do compromisso. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 231-232.

autor, “com o compromisso, há o reconhecimento prévio e indireto do direito do credor que lhe será assegurado com a decisão arbitral”<sup>250</sup>.

Com efeito, “a prescrição interrompe-se até a definição do processo arbitral. Contudo, se o compromisso se extingue (art. 12) ou a arbitragem fracassa, torna a correr, novamente, o prazo prescricional, de conformidade com os preceitos do Código Civil”<sup>251</sup>.

O autor define o compromisso como um “ato extrajudicial inequívoco”, porque, uma vez estabelecido, de forma espontânea, pelas partes, tratar-se-ia de “documento probatório do questionamento que fortemente recai sobre o objeto da disputa”. Segundo ele, a parte estaria a consentir, desde já, no direito da outra, caso não prevaleça o seu entendimento na composição do litígio. Pelo compromisso, as partes estão a reconhecer “um direito a tutelar”<sup>252</sup>.

Ademais, assim como a cláusula, o compromisso, espécie de convenção de arbitragem, tem o condão de afastar a competência da justiça estatal. Se não o fizeram na cláusula compromissória, as partes devem estabelecer as condições e as regras para a condução do procedimento arbitral, tendo em vista que essas condições e regras serão imperativas tanto a elas como aos árbitros.

Por conseguinte, no compromisso, “fixam-se as normas do direito, o prazo de duração do processo, o eventual julgamento por equidade, o responsável pelo pagamento das despesas e dos honorários dos árbitros, inclusive, a cláusula de confidencialidade e a multa pelo não-cumprimento da decisão arbitral”<sup>253</sup>.

Realmente, além dessa natureza contratual, o compromisso também estabelece os “contornos jurídicos processuais da jurisdição privada”, pelo que Martins não nega seja “o compromisso, e a cláusula compromissória ‘cheia’, negócio jurídico processual”<sup>254</sup>. Essa é, de fato, a orientação prevalecente na doutrina.

Mencionou-se reiteradas vezes que, somente com o advento da Lei 9.307/96, a cláusula compromissória passou a ter força executiva (art. 6º, parágrafo único)<sup>255</sup>, no sentido de que deixou de tratar-se de mera obrigação de fazer resolvida em perdas e danos. Nesses termos, entendida como simples *pacto de contrahendo*,

---

<sup>250</sup> *Idem, ibidem*, p. 233.

<sup>251</sup> *Idem, ibidem*, p. 234.

<sup>252</sup> *Idem, ibidem*, p. 232.

<sup>253</sup> *Idem, ibidem*, p. 211.

<sup>254</sup> *Idem, ibidem*, p. 211.

<sup>255</sup> 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,



a cláusula não tinha o condão de afastar a competência do Judiciário para a instauração do juízo arbitral<sup>256</sup>.

Ademais, o art. 1074, III, do CPC dispunha que o compromisso deveria conter, sob pena de nulidade, “o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusive o seu valor”. Entretanto, não haveria como cumprir essa determinação na cláusula compromissória, “pois não se poderia especificar, antecipadamente, o litígio de modo exato, fazendo constar, do mesmo modo, o seu valor<sup>257</sup>”. Sendo assim, em face do regime anterior à Lei 9.307/96, a cláusula compromissória não era relevante, devendo o compromisso ser feito após a ocorrência do litígio.

Pela atual Lei de Arbitragem, ao contrário, tendo as partes estabelecido a cláusula compromissória, a instituição da arbitragem, até então facultada à sua vontade, torna-se obrigatória. Decorre, então, que essa cláusula passou a ser eficaz, pois, se a firmarem, os contendentes estarão aceitando, de antemão, a submissão de eventual controvérsia ao juízo arbitral – por muitos denominados de justiça privada –, de modo que não mais poderão se arrepender ou tentar modificar essa situação; mesmo que se socorram da justiça ordinária, esta nada poderá fazer, se não extinguir o processo sem julgamento de mérito, se apenas uma das partes contratantes não quiser suscitar o conflito perante o juízo arbitral. Essa força obrigatória da cláusula compromissória é aceita, igualmente, pela doutrina internacional.

---

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 propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

<sup>256</sup> Quanto a esse ponto, vejamos a importante questão levantada por Couto e Silva: “A cláusula compromissória configura-se como uma disposição relativa a litígio futuro; mas não é o bastante em si, sendo necessário que sobrevenha, depois da ocorrência do litígio, nova convenção, denominada de compromisso, esta, sim, suficiente para constituir o juízo arbitral. [...] A adoção, portanto, de uma cláusula que viesse a prever litígio futuro teria pouca ou nenhuma eficácia. Mas poder-se-ia discutir se daí resultaria ou não uma obrigação de fazer, considerando-se a cláusula compromissória como uma espécie de contrato preliminar à realização do compromisso. Se, depois, uma das partes entendesse de não submeter ao juízo arbitral, previsto na cláusula compromissória, a controvérsia teria infringido obrigação de fazer, e seria, para logo, obrigada a indenizar. Há, porém, um óbice de natureza prática: como se poderia mensurar o prejuízo decorrente da não-submissão de uma controvérsia ao juízo arbitral e sim ao juízo comum? Em princípio, não se poderia visualizar, salvo as custas e as despesas processuais, que poderiam ser maiores na justiça comum, nenhum prejuízo. Mesmo que se entenda que a cláusula compromissória possa ser constituída em contrato preliminar à realização de um futuro compromisso, ainda sim, não teria aplicação prática, pois da lesão da obrigação de fazer não resultaria nenhum dano”. SILVA, Clovis V. do Couto e. *Op. cit.*, 1998, p. 140-141.

<sup>257</sup> *Idem, ibidem*, p. 142.

Com efeito, havendo cláusula compromissória em branco, o *caput* do art. 6º determina que a parte interessada se manifeste à outra parte a fim de que possam dar início à arbitragem. Diante da recusa desta última, para dar efetividade à convenção, expressa na forma de cláusula compromissória, a Lei (art. 7º e parágrafos)<sup>258</sup> indica o procedimento judicial que deverá ser seguido a fim de que as partes firmem o compromisso e possam, por fim, instituir o juízo arbitral.

A utilização do mecanismo processual previsto no art. 7º da Lei Marco Maciel é uma opção dada à parte, que poderá deixar de utilizá-lo caso a arbitragem esteja sujeita ao regulamento de uma instituição arbitral, cujas regras contemplem medidas impositivas à parte resistente, que tornem desnecessária a cooperação do juízo estatal para suprir a declaração da vontade inadimplida<sup>259</sup>.

Assim, nem sempre será preciso utilizar-se do “veículo legal previsto no art. 7º da Lei de Arbitragem, dado o seu caráter supletivo ou residual e a opção firme dos contratantes em desprezá-lo, em prol de outro meio equivalente, só que de cunho administrativo<sup>260</sup>”.

Não obstante, se necessário, ao acionar a tutela do Judiciário para instituir a arbitragem, cabe ao autor demonstrar que, efetivamente, tentou instaurar o juízo antes de socorrer-se deste, caso contrário, faltará o interesse processual<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> 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.

<sup>259</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Cláusula compromissória*, p. 215.

<sup>260</sup> *Idem, ibidem*, p. 215.

<sup>261</sup> Nesse sentido, veja o posicionamento de Carlos Alberto Carmona. *Op. cit.*, 1998, p. 100).

Verifica-se, portanto, que a simples celebração da cláusula compromissória garante a instauração do juízo arbitral, seja porque a lei obriga as partes a firmarem o compromisso, seja porque a própria cláusula já contém a “forma convencionada para a instituição da arbitragem” (art. 5º).

Nesses termos, não se faz sempre necessária a celebração do compromisso, uma vez que, conforme ressaltamos, “tanto a cláusula como o compromisso são aptos a afastar a jurisdição estatal e a instituir a arbitragem<sup>262</sup>”, não sendo obrigatório às partes firmarem o compromisso, se a cláusula estiver estabelecida nos termos do artigo 5º da Lei 9.307/96. Vejamos:

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 arbitragem.

Nesse caso, a cláusula compromissória estará completa, contendo todas as informações necessárias para que seja implantado o tribunal arbitral caso surja algum litígio.

Assim sendo, se a cláusula compromissória aludir-se a órgão especializado ou, não o fazendo, expressar, inequivocamente, a vontade das partes de que os litígios provenientes de determinado negócio jurídico sejam submetidos à via da arbitragem e não à análise do Judiciário, prescinde-se da celebração do compromisso para que seja possível a instauração do juízo arbitral.

Caso contrário, tratando-se de cláusula compromissória em branco ou vazia, essa cláusula será uma promessa de instituição do compromisso. Nessa

---

<sup>262</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 70. Veja o posicionamento do autor quanto ao tema em questão: “É preciso insistir que a arbitragem não tem – como parece a alguns – como pressuposto necessário o compromisso. A essa conclusão chegam apenas aqueles que não interpretam sistematicamente o art. 5º e o art. 19 da Lei, fixando-se tão-somente nos termos do art. 7º, que se refere a situação isolada e específica de cláusula compromissória vazia (ou à execução de cláusula compromissória que não contenha mecanismo de atuação imediata para a nomeação de árbitros). Fique claro, pois, que a intenção da lei não foi outra senão a de adotar o mesmo mecanismo que, já nos idos de 1932, com a promulgação, no Brasil, do Pacto de Genebra, integra o ordenamento jurídico pátrio, a saber, a arbitragem pode prescindir completamente do compromisso arbitral”. CARMONA, *Op. cit.*, 1998, p. 71. Mais adiante, o autor nos ensina que, apesar de a lei falar que a parte deve ser instada a comparecer em dia, local e hora certos para firmar o compromisso arbitral, ainda assim, este “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(m) dar início ao processo arbitral”. CARMONA, *Op. cit.*, 1998, p. 100. Ademais, continua o autor, “o local da reunião para a qual será convocada a parte a fim de ‘celebrar o compromisso’, na dicção da Lei, não poderá ficar ao alvedrio do notificante”. CARMONA, *Op. cit.*, 1998, p. 101.

hipótese, o compromisso deverá ser firmado para que as partes possam instituir a arbitragem. Por essa razão, Carmona entende que o compromisso também possui essa característica de “promessa”, isto é, promessa de instituir o juízo arbitral (porque somente com a aceitação do árbitro será instituído o juízo), afastando a jurisdição estatal. Ele nos ensina que:

a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)<sup>263</sup>.

Quando a cláusula compromissória é muito ampla, de modo a causar dúvida quanto à vontade das partes em submeterem determinada matéria à arbitragem, por falha ou dupla interpretação dessa cláusula, a doutrina moderna tem entendido que a competência para análise e julgamento da controvérsia deve permanecer com o juízo arbitral.

Anote-se que, no regime anterior, a cláusula compromissória não implicava o que Carmona<sup>264</sup> chama de efeito negativo, isto é, não afastava, por si só, a competência do juiz togado, dependendo, em todos os casos, da celebração do compromisso para produzir efeito positivo, qual seja, a instituição do juízo arbitral. No regime da Lei 9.307/96, porque se trata de negócio jurídico processual, a cláusula produz ambos os efeitos: (i) negativo – no que tange ao processo estatal; e (ii) positivo – no que se refere ao processo arbitral.

O compromisso versa sobre litígio atual, preexistente e definido, enquanto a cláusula refere-se à controvérsia futura, eventual e definível. Entretanto, ambos, indiferentemente, são aptos à instauração do juízo arbitral, razão pela qual pode ser que se torne desnecessária a distinção entre eles, uma vez que todos são formas de se instituir a arbitragem, expressamente, previstas na Lei como “convenção de arbitragem”<sup>265</sup>.

No regime anterior à lei, essa distinção era necessária porque a cláusula, como já reiteramos, criava apenas uma obrigação de fazer que poderia ser resolvida em perdas e danos. O compromisso, por sua vez, tinha o fim de instituir o juízo arbitral.

---

<sup>263</sup> *Idem, ibidem*, p. 73.

<sup>264</sup> *Idem, ibidem*, p. 81.

<sup>265</sup> *Idem, ibidem*, p. 82.

Ainda sobre o compromisso, Beviláqua, sob o regime do Código Civil de 1916, nos dizia o seguinte:

O compromisso é, geralmente, apresentado como um acordo de vontades; mas se, por ser um acordo de vontades, se pressupõe como nos contratos a capacidade das partes compromitentes, forma adequada e objeto lícito, é certo que difere dos contratos por vários aspectos. Não tem outro fim senão instituir o juízo arbitral, para, por meio dele, extinguir obrigações. Não cria, não modifica, nem conserva direitos; extingue obrigações, ou antes, tende a extingui-las pelo juízo arbitral<sup>266</sup>.

Para que a cláusula compromissória seja válida, é preciso que os litigantes tenham mencionado as relações jurídicas a que ela se reporta. Tratando-se de cláusula compromissória cheia, com a aceitação do árbitro (art. 19), põe-se fim à fase pré-contratual da arbitragem, sem que seja necessário firmar o compromisso arbitral.

Cabe observar, ainda, que os efeitos da cláusula compromissória perduram por mais tempo do que os efeitos do compromisso. Isso porque a cláusula pode dar origem a mais de um processo arbitral, o que não implica dizer que a cláusula será um pré-contrato de compromisso. Se já existir uma cláusula completa, “a cada

---

<sup>266</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Volume IV. 3ª tiragem. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 156.

Caio Mário, no regime anterior à Lei 9.307/96, também fez algumas considerações sobre o que seria o compromisso, isto é, qual seria a sua caracterização jurídica:

“Para uns processualistas, é um contrato processual, com a finalidade de regular convencionalmente o processo, ou afastar os termos processuais. Para outros, processualistas ainda, o compromisso é um contrato de direito material e não de direito processual. No nosso direito, enquanto uns, como Lacerda de Almeida e Serpa Lopes, lhe atribuem natureza contratual, outros, como Beviláqua e Carvalho Mendonça, tacham-no de ato jurídico. A nós, parece-nos que, se, as mais das vezes, se avizinha do contrato, não o é na essência, pois que o seu objeto é subtrair à jurisdição ordinária a solução da controvérsia, e não a criação, a modificação ou a extinção de direitos. Aliás, o compromisso é tratado, na generalidade dos sistemas legislativos, inclusive no nosso anterior, como instituto de direito processual, muito embora civilistas nossos opinem pela sua inclusão e disciplina no Direito Civil, sob o fundamento de que, se é de direito formal a disciplina do juízo arbitral, que do compromisso se origina, razoavelmente de direito material é o ato que estabelece a obrigatoriedade de solucionar a controvérsia entre as partes pela palavra de árbitros de sua escolha [...].

À palavra compromisso, além deste sentido técnico e específico, prendem-se todavia outras acepções. Assim é que, na linguagem comum, se usa como sinônima de obrigação ou mais particularmente de contrato. No vocábulo jurídico, designa particularmente o contrato preliminar ou pré-contrato, conforme se lê em alguns diplomas legais (decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, art. 22; Código de Processo Civil, arts. 346 e 347).

Escolhidos os árbitros, é necessária a aceitação destes, pois é evidente que ninguém pode ser compelido a esta função. Uma vez firmado o instrumento, com a aprovação de todos, criam-se duas ordens de relações jurídicas: a) a

ocorrência que justifique a instauração do juízo arbitral, serão nomeados árbitros, que, ao aceitarem o encargo, darão início ao *iudicium*, tudo sem o concurso do compromisso”<sup>267</sup>.

Finalmente, nos casos de cláusula compromissória em branco em que a parte tenha demandado o auxílio do Judiciário, convém salientar que o rito aplicável será o sumaríssimo (previsto para os Juizados Especiais Cíveis)<sup>268</sup>, e a sentença proferida pelo juiz, quando procedente, produzirá os mesmos efeitos do compromisso arbitral, de tal sorte que, sendo ela de natureza constitutiva, equivale ao compromisso celebrado. Pelos mesmos motivos, ainda que sujeita a embargos de declaração e, posteriormente, à apelação, devem os árbitros dar início à arbitragem. Em outros termos, a arbitragem deverá ser instaurada independentemente do trânsito em julgado da sentença que estabeleceu o compromisso, uma vez que a apelação terá efeito devolutivo apenas, e não suspensivo<sup>269</sup>. Isso se deve ao fato de que “a intervenção judicial, para efeito de suprir a vontade do inadimplente, foi reduzida a condições mínimas e necessárias à viabilização do processo arbitral, fim colimado pelas partes”<sup>270</sup>.

#### 4.5.4 O ÁRBITRO

Na arbitragem, os árbitros figuram como “pedra angular” porque neles “as partes confiam a solução justa e equânime do litígio”<sup>271</sup>.

Aramburu Menchaca revela que

*si la magistratura es la más respetada y delicada de las funciones públicas, por cuánto encarna la confianza de la sociedad en los jueces para el excelso pero duro deber de administrar justicia, cuanto más*

---

primeira, entre as partes, que têm o dever de aceitar a decisão, e de cumpri-la nos termos do próprio compromisso [...]; b) a segunda, por parte dos árbitros, que assumem a obrigação de proferir o seu laudo decisório dos poderes conferidos”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 1972, p. 228.

<sup>267</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 83.

<sup>268</sup> Carmona explica que isso se deve ao fato da necessidade de impedir que fracasse completamente a experiência arbitral. Sendo assim, “as partes devem passar pelo Judiciário de forma breve e não traumática, de sorte a evitar que o grau de litigiosidade entre elas aumente tanto que praticamente inviabilize a solução arbitral, estimulando expedientes procrastinatórios e tornando certa e esperada a resistência à decisão final dos juízes árbitros”

<sup>269</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 114-115.

<sup>270</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 214.

<sup>271</sup> LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 245.

*ha de serlo en el caso de los árbitros porque dicha manifestación de confianza se lleva a cabo de manera individualizada y concreta*<sup>272</sup>.

Essa manifestação de confiança das partes em relação ao árbitro é proveniente do reconhecimento que elas têm em relação a sua capacidade e sua perícia para solucionar o conflito e, sobretudo, de sua probidade<sup>273</sup>. Aliás, além da capacidade, confiança é elemento essencial e nuclear para qualificar o indivíduo como o escolhido pelas partes para exercer a função de árbitro: “confiança de que o árbitro é pessoa idônea, detém os conhecimentos técnicos que o capacitam para analisar o conflito e cuja integridade o autoriza ao exercício de *munus publicum*”<sup>274</sup>.

Caio Mário, discorrendo sobre a arbitragem no regime anterior à Lei 9.307/96, dispunha:

O juízo arbitral traduz a submissão da causa a julgadores da confiança das partes. Não impõe, então, a lei requisitos para ser árbitro, mas faculta-o a quem quer que mereça a confiança dos litigantes (Código Civil, art. 1.043). Não pode, contudo, ser árbitro a própria parte ou seu representante, sendo nulo o compromisso que designa quem não o pode ser. É perfeitamente regular que as partes se louvem em árbitro único, ou instituam juízo coletivo. Mas, à indagação se as pessoas jurídicas podem sê-lo, a doutrina responde pela negativa, não somente por falar a lei na individualização dos árbitros, como ainda porque as mutações que podem sofrer seus órgãos direcionais são incompatíveis com a confiança pessoal que as partes nele depositam. ode, ainda, a causa ser íntegra à apreciação de árbitro integrante da magistratura regular, ou não<sup>275</sup>.

Atualmente, a Lei de Arbitragem determina que o árbitro poderá ser ‘qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes’ (art. 13). Ensina-nos Lemes que esse é o primeiro “requisito para ser árbitro e deve ser completado pelos demais, verificando-se as causas de impedimentos e suspeições referidas no art. 14”<sup>276</sup>. Segundo a autora, “a capacidade do árbitro projeta-se em duas órbitas, uma positiva e outra negativa.

---

<sup>272</sup> ARAMBURU MENCHACA, A. Los árbitros (Perú). In: *El arbitraje comercial em Iberoamerica*. Editado por el Instituto de Cooperacion Iberoamericana y el Consejo Superior de Las Camaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 1982, p. 19.

<sup>273</sup> *Idem, ibidem*, p. 19.

<sup>274</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 289.

<sup>275</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 1972, p. 230.

<sup>276</sup> Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio

A positiva refere-se à capacidade no exercício de seus direitos civis; a negativa refere-se à existência de regime de incompatibilidades que afetam a estraneidade (*'ajeneidad'*) do árbitro [...] (é suspeito o árbitro que advoga uma causa como sua)<sup>277</sup>.

Pela legislação brasileira atual, também não haveria possibilidade de se admitir pessoa jurídica como árbitro, porque a relação deste com as partes é *intuitu personae*, de modo que somente pode ser realizada por pessoas físicas. Contudo, não quer dizer que a administração da arbitragem não possa ser confiada a uma entidade especializada ou instituição arbitral (art. 5º), a qual ficará a cargo de gerir o procedimento arbitral, mas não de proferir o julgamento<sup>278</sup>.

É fato que a eleição do árbitro constitui o ato central e fundamental da arbitragem: “*en la libertad de las partes para designar los árbitros reside la esencia del arbitraje*”<sup>279</sup>. Isso porque cabe ao árbitro, além da pronúncia do laudo, a condução do procedimento, a aplicação dos princípios da igualdade e do contraditório, o dever de confidência, obediência ao prazo para proferir a sentença arbitral, a determinação do direito aplicável ou a fundamentação na equidade<sup>280</sup>, conforme seja o caso<sup>281</sup>.

---

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.

<sup>277</sup> LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 265. Pela lei, não podem ser árbitros tanto as pessoas absolutas como as relativamente incapazes (capacidade positiva). “Quanto à característica de que o árbitro deve ter a confiança das partes, está a se referir que a ele podem confiar a decisão da controvérsia em razão dos atributos pessoais do árbitro: a idoneidade moral e a aptidão profissional para efetuar julgamento justo (*bonus vir*). O grau de credibilidade e influência de um árbitro no tribunal é diretamente proporcional à sua independência e imparcialidade” [capacidade negativa].

<sup>278</sup> LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 266. Entretanto, Pedro A. Batista Martins sugere o contrário. Para o autor haveria possibilidade de nomear pessoa jurídica como árbitro, pois esta última seria representada por uma pessoa natural, do mesmo modo que ocorre nas hipóteses em que um ente personificado exerce a administração de uma sociedade. Segundo ele, indicando-se uma pessoa jurídica seria como delegar a esta, de forma tácita, o poder de indicar o profissional que a representará na pessoa do árbitro. Ele sustenta ainda que “a credibilidade de uma instituição [...] pode, inclusive, refletir na confiança que a parte precisa depositar no árbitro, e o seu patrimônio relevante para assegurar o ressarcimento do prejudicado por ato ilícito praticado na execução da função de julgador”. MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 291.

<sup>279</sup> ARAMBURU MENCHACA, A. *Op. cit.*, 1982, p. 23.

<sup>280</sup> Sobre equidade, Lemes, referindo-se a Caivano, faz a seguinte colocação: “É ineludível [*sic*] que a fundamentação da sentença arbitral por equidade constitui requisito fundamental para comprovar o acerto da decisão. Nesse sentido, preleciona Roque J. Caivano, que ‘o amigável compositor, por carecer desse suporte legal, deve colocar o máximo empenho em demonstrar – através da fundamentação do laudo – que a decisão adotada é a mais justa, a que mais se coaduna com o caso, com as circunstâncias da causa e com a equidade. Sua única ferramenta



Para alguns doutrinadores, a atividade dos árbitros não difere daquela exercida pelos juízes, senão pela diferença de procedimento e pela diversidade de pessoas encarregadas de resolver a controvérsia<sup>282</sup>, tanto que muitos a tacham de atividade jurisdicional. De qualquer maneira, independentemente do fato de essa atividade ter ou não caráter jurisdicional, as partes, quando nomeiam um ou mais árbitros para resolver a controvérsia, não devem criar expectativas de que estes lhes darão voto a seu favor ou que agirão como se fossem seus advogados dentro de um tribunal, pois eles deverão, de fato, agir com imparcialidade, comportando-se em benefício do procedimento arbitral<sup>283</sup>.

Aramburu Menchaca classifica os árbitros segundo (i) à natureza do processo arbitral em árbitros de Direito e árbitros de um juízo de *amigables compondores*<sup>284</sup> (seja apenas árbitro único ou um tribunal arbitral); (ii) à sua função, isto é, a função que desempenham dentro do processo em, como já dito, árbitros de Direito, os quais os romanos denominavam *iudex*, e, também, árbitros de equidade (árbitros arbitradores ou amigáveis compositores), em Roma denominados *arbiter*.

De acordo com esse autor, os árbitros de Direito desempenham uma função semelhante a do magistrado, conquanto devem sujeitar suas resoluções ao direito aplicável. Os árbitros de Direito, segundo ele, podem ser de duas classes: (a) *arbitrario*, isto é, aquele que atua num processo no qual as partes tenham assinalado o direito aplicável pelo julgador; ou (b) *arbitrium*, ou seja, aquele em que as partes deixam com que determine qual será o direito aplicável.

Explica, ainda, que, quanto à aplicação do direito, haveria uma diferença entre o árbitro e o juiz. Aramburu Menchaca, então, esclarece que essa diferença está no fato de que, enquanto as partes podem circunscrever a liberdade do primeiro

---

para conseguir que a sentença seja irrepreensível e convencer as partes de sua justiça intrínseca. Seu âmbito de atuação é a equidade e sua decisão é inquestionável quando satisfaça essa pauta, com independência de que uma rígida aplicação do sistema jurídico normativo houvesse conduzido a uma solução diferente' (tradução livre). Observa, com muita propriedade, o jurista argentino, que, apesar de o amigável compositor decidir com base em seu próprio juízo, não está impedido de sujeitar-se a preceitos legais ou princípios jurídicos vigentes ou normas jurídicas que considere equitativas ao caso e preleciona: 'Se o real saber e entender dos árbitros coincidem com disposições legais que eles entendem que o resolvem, resulta salutar que as invoquem explicitamente. Deve ficar claro, todavia, que o processo lógico intelectual deve ser exposto: resolver o diferendo em razão de seu próprio juízo, e se a solução propícia for recepcionada pela legislação, fazê-la explícita para fundamentar o laudo. Essa coincidência, nesse contexto, não implicará converter os amigáveis compositores em árbitros de direito' (tradução livre)". LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 269.

<sup>281</sup> ARAMBURU MENCHACA, A. *Op. cit.*, 1982, p. 19 e LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, p. 264.

<sup>282</sup> ARAMBURU MENCHACA, A. *Op. cit.*, 1982, p. 20.

<sup>283</sup> LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 250.

<sup>284</sup> Carmona explica que "o amigável compositor (*amichevole compositore*, *amigable compondor*, *amiable*

às regras de direito, com base nas quais ele deverá fundamentar seus critérios para análise do caso, não podem exercer essa faculdade em relação ao juiz, que aplicará o direito conforme seu próprio critério. Sendo assim, perante o juiz, as partes podem invocar a lei que acreditam conveniente, mas não podem impô-la. Não obstante essa questão, ele defende que o árbitro de equidade é, de fato, o árbitro por excelência, pois ele não se sujeita estritamente à lei, sem atender a outras questões que o levariam a decisões mais justas.

Quanto à classificação dos árbitros pela função que exercem, a diferença entre eles teria importância, particularmente, em dois casos: (a) quando as leis facultam à constituição de tribunais arbitrais de somente dois membros e cujo desacordo entre eles se dirime com um novo processo; e (b) quando as partes nomeiam, cada uma, um árbitro e, simultaneamente, um terceiro, mas com caráter de dirimente.

No primeiro caso, o *umpire*<sup>285</sup> somente intervém se os árbitros não chegam a um consenso; e, no segundo, o dirimente só opina para formar a maioria. A

---

*compositeur*) é o árbitro investido pelas partes do poder de julgar por equidade” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96: Op. cit.*, 1998, p. 159). E Duval Vianna faz a seguinte colocação: “A internacionalmente conhecida expressão *amiable compositeur* designa o árbitro que recebe poderes das partes para agir de acordo com a sua consciência, aproximando-se – na lei brasileira – daquele que decide por equidade”. VIANNA, Duval. *Op. cit.*, 1998, p. 47.

Figueira Júnior, dissertando sobre diversos sistemas jurídicos do *civil law*, nos conta que, no Brasil, não se distingue a figura do árbitro e do amigável compositor; mas, nos sistemas jurídicos dos outros três países que compõem o Mercosul, ocorre essa diferenciação, “inclusive com regime inverso para a adoção do juízo fulcrado em equidade, isto é, no silêncio das partes contratantes presume-se que a sentença arbitral venha a ser proferida com base em equidade”. Já, no México, “não se distingue também com precisão a figura do árbitro e do amigável compositor”, mas, “existe disposição no sentido de que os árbitros decidirão segundo as regras de direito, a menos que o compromisso ou a cláusula recomendem a amigável composição ou a decisão segundo a sua consciência”, conforme o art. 628 do *Código de Procedimientos Civiles* (Decreto de 1932, modificado pelo Decreto de 2.107 e 23.09.1993 e 06.01.1994). FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 44-47.

Em Portugal, a arbitragem é regulada pela Lei 31/86 e não há diferença entre árbitro e amigável compositor, entretanto, “a lei autoriza o próprio árbitro ou tribunal (se as partes assim tiverem confiado essa função a eles) a decidir o litígio fulcrado em composição amigável, que significa a solução do conflito com base no ‘equilíbrio dos interesses em jogo’ (art. 35), somente se a matéria objeto da arbitragem for de natureza internacional” (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; *Op. cit.*, 1999, p. 48-49). Na França, em regra, aplicam-se as normas de direito para fundamentar a decisão arbitral; “mas as partes poderão estabelecer na convenção a missão dos árbitros decidirem como *amiable compositeur*, ou seja, por equidade”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 54. Na Itália, as partes podem estabelecer as normas com base nas quais os árbitros solucionarão o litígio ou conceder poderes para que ele decida com base na equidade. Não havendo disposição a esse respeito, deve se aplicar a norma que esteja mais vinculada à relação objeto da lide, mas os árbitros deverão, sempre, levar em consideração as disposições do contrato e os usos e costumes. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 59.

<sup>285</sup>Essa figura é conhecida em países como a Inglaterra e a Bélgica. Veja definição do Dicionário Michaelis Inglês – Português (*Michaelis: Moderno Dicionário Inglês-Português, Português-Inglês*. São Paulo: Companhia

figura do *umpire*, previsto na legislação inglesa, é diferente do arbitrador, que deve intervir desde o princípio (mas diferente apenas quanto à oportunidade em que atua, porque, ao final, decide). Aproxima-se, segundo Aramburu Menchaca, da figura do *troisième arbitre* da legislação belga, pois que este apenas intervém quando os outros dois (árbitros originais) não chegam a um acordo. Nos países ibero-americanos, essa figura é desconhecida, ainda que, em alguns deles, as leis façam referência ao *dirimite*, porque caiu em desuso a diferença entre o *dirimite* e os outros membros do tribunal arbitral<sup>286</sup>.

A figura do *umpire* seria necessária quando a legislação não exige que o número de árbitros seja ímpar. Não é, entretanto, o caso do Brasil, onde a Lei 9.307/96, expressamente, prevê, em seu art. 13, § 1º<sup>287</sup>, que os árbitros devem ser nomeados pelas partes em número ímpar.

Em alguns países, todavia, mesmo quando a lei determina necessário número ímpar de árbitros, prevê-se a figura dos *dirimite*s. Com efeito, aquele árbitro que exercerá o papel de *dirimite* terá seu poder de julgamento limitado, uma vez que somente se manifestará quando houver discrepância entre os outros árbitros. Ao contrário, se este árbitro não possui esse caráter de *dirimite*, poderá ditar o laudo conforme entender, prolatando, até mesmo, uma terceira opinião, diferente de todas as outras<sup>288</sup>.

Parece-nos que essa última hipótese é a que ocorre no Brasil, pois as partes deverão nomear árbitros em número ímpar, mas não, necessariamente, três, sendo que cada um poderá proferir seu laudo defendendo o que achar a melhor solução, não obstante o que o legislador pretendeu assegurar com a nomeação de árbitros em número ímpar foi, provavelmente, o eventual desempate.

Carmona, inclusive, sustenta que, pela tradição de nosso direito, os árbitros devem ser nomeados em número ímpar para evitar empate na decisão<sup>289</sup>.

Com efeito, a lei também fala em “Presidente do Tribunal Arbitral”, mas isso não implica dizer que seja um *umpire*, como tratamos anteriormente. Entendemos que o árbitro eleito como presidente deverá intervir desde o princípio, igualmente a

---

Melhoramentos, 2000; p. 691) para a palavra *umpire*: “árbitro, juiz (também Esp.). // vt+vi arbitrar, julgar. Executivo - *Umpire*: árbitro final. Pessoa escolhida pelos árbitros de duas facções em disputa, para tomar a decisão final em caso de discordância entre os dois. Sua sentença chama-se, em inglês, (*umpirage*).”

<sup>286</sup> ARAMBURU MENCHACA, A. *Op. cit.*, 1982, p. 21-22.

<sup>287</sup> Art. 13. § 1º. As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

<sup>288</sup> ARAMBURU MENCHACA, A. *Op. cit.*, 1982, p. 22.

<sup>289</sup> Ele explica: “a lei neste passo outorga relativa autonomia aos litigantes para a instituição do tribunal arbitral, permitindo-lhes escolher entre o árbitro único e o colégio arbitral, desde que este contenha qualquer número

todos os outros, como julgador, tendo, ademais, a função de prezar pela organização e pela celeridade do procedimento arbitral.

Aramburu Menchaca acredita seja importante que sempre se institua um dirimente<sup>290</sup>. Somos da opinião de que nada impede que as partes o façam, mesmo porque, acreditamos, como já noticiado, que a lei brasileira procura evitar o empate. Ela menciona, inclusive, que, “quando as partes nomearem árbitros em número par, estes serão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro” (§ 2º do art. 13)<sup>291</sup>. Isso porque, como ocorre nas regras da Uncitral, por exemplo, a arbitragem e a conciliação devem andar juntas, pois, conforme nos ensina aquele autor, o que se deve procurar, inicialmente, com a arbitragem é uma conciliação e, se esta ocorrer, nem mesmo será necessária a intervenção do árbitro<sup>292</sup>.

Carmona destaca a diferença entre árbitro e arbitrador. Segundo ele, árbitro é aquele indicado pelas partes para resolver uma questão sobre direito disponível. O árbitro deve solucionar a controvérsia impondo essa solução de forma autoritária para determinar a norma aplicável ao fato típico<sup>293</sup>.

De acordo com Carmona, aquele que nomeia um árbitro “está buscando uma decisão autoritativa para o caso concreto e espera uma sentença, com os mesmos requisitos e atributos da decisão emanada do Estado<sup>294</sup>”.

Já o arbitrador é indicado pelos contratantes a fim de que integre o conteúdo de um negócio jurídico, pois ele não profere uma decisão, mas, apenas, colabora na formação desse negócio, limitando-se à composição de interesses conflitantes<sup>295</sup>. Importante observar que “quem nomeia um arbitrador”, segundo Carmona, “não está querendo substituir a atividade jurisdicional estatal pela privada, mas sim almejando completar um negócio jurídico que nasceu incompleto<sup>296</sup>”.

---

– ímpar – de árbitros. A experiência tem mostrado ser comum a escolha de tribunal arbitral com 3 (três) integrantes”, mas, continua ele mais adiante, “não há nulidade alguma na previsão de árbitros em número par: nesta hipótese a lei presume (presunção *iuris et de iure*) que as partes autorizam os árbitros nomeados a escolher o terceiro árbitro (que recebe de alguns a denominação, incorreta, de superárbitro, ou de árbitro desempataador).  
CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 162.

<sup>290</sup> ARAMBURU MENCHACA, A. *Op. cit.*, 1982, p. 22.

<sup>291</sup> Art. 13. § 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 tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

<sup>292</sup> ARAMBURU MENCHACA, A. *Op. cit.*, 1982, p. 23. A lei brasileira também preza pela tentativa de conciliação, nos termos do art. 21, § 4º, e, se esta, de fato, ocorrer, deverá ser declarada sob a forma de sentença arbitral, conforme o art. 28.

<sup>293</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 158.

<sup>294</sup> *Idem, ibidem*, p. 159.

<sup>295</sup> *Idem, ibidem*, p. 158.

<sup>296</sup> *Idem, ibidem*, p. 158.

Lemes explica que, na legislação brasileira, a figura do arbitrador está prevista tanto no Código Comercial como no Código de Processo Civil. No primeiro, o arbitrador seria a pessoa que se ingere no negócio, por determinação das partes, para estabelecer o valor de um bem ou produto (art. 194). Quanto à previsão do CPC, arbitrador seria aquela pessoa que atua no processo de liquidação de sentença por arbitramento (art. 606)<sup>297</sup>.

Quanto à atividade do árbitro, a Lei 9.307/96 determina que ele deve exercê-la com imparcialidade<sup>298</sup>, independência, competência, diligência e discrição (art. 13, § 6º)<sup>299</sup>. Além disso, não podem exercer a função de árbitro aquelas “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-lhes no que couber os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil”, nos termos do art. 14.

Figueira Júnior explica que se podem classificar os atos dos árbitros em razão do seu conteúdo, levando em conta se decisório ou não, e da atividade que ele exerce, a qual o autor acredita tratar-se de

uma atividade jurisdicional privada desenvolvida no curso do processo”, conquanto esses atos seriam: “a) os despachos (de impulso processual, de expediente, correicional processual ou correicional administrativo); b) as atividades instrutórias; c) as atividades de polícia; d) as decisões interlocutórias (correicionais administrativas ou processuais [*sic*]; e) as sentenças arbitrais (de mérito ou formais)<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 270.

<sup>298</sup> Sobre imparcialidade, recomendamos o artigo de Liza Bastos Duarte: A impossibilidade humana de um julgamento imparcial. DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade humana de um julgamento imparcial. *In: Doutrina Nacional. Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n.12, p. 260-294, out./dez. 2002.

<sup>299</sup> Art. 13. § 6º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

<sup>300</sup> O autor explica que a principal diferença entre esses atos reside em seu conteúdo: “o despacho de expediente é mera atividade de impulso ao processo, sem o mínimo teor decisório, tanto que pode ser praticada por secretário ou outro auxiliar do árbitro ou tribunal arbitral; a decisão interlocutória restringe a manifestação à questão de relativa ou absoluta complexidade e conteúdo incidental; a sentença arbitral, por sua vez, é o principal ato de manifestação na jurisdição privada, por apresentar conteúdo substancial que permite à composição da lide (sentença de mérito) ou, excepcionalmente, conteúdo estritamente processual (sentenças processuais típicas ou atípicas)”. Segundo ele, todos esses atos, na arbitragem, seriam privados e não públicos, o que considera uma das vantagens desta em relação à justiça estatal. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 229.

A Lei também equipara os árbitros aos funcionários públicos para efeitos da legislação penal (art. 17)<sup>301</sup>, de modo que, se agir com prevaricação, concussão ou corrupção passiva, poderá ser criminalmente responsabilizado. Além disso, expressamente, determina que “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<sup>302</sup>” (art. 18).

Frederico Marques, entretanto, comentando o art. 1.041 do Código Civil de 1916, critica essa disposição para dizer que o árbitro não pode ser equiparado ao juiz de direito, porque não estaria a exercer atividades jurisdicionais:

se os árbitros não têm atribuições jurisdicionais, não se lhes pode inculcar a qualidade de ‘juízes de fato e de direito’, como o faz, erradamente, o art. 1.041 do Código Civil, falha e erro que se explicam pela precariedade e deficiência, à época em que foi promulgado, dos estudos sobre institutos processuais e sobre função jurisdicional. Se os árbitros fossem juízes e como juízes atuassem, o juízo arbitral estaria em conflito com o princípio do juiz natural e não se harmonizaria com o art. 141, § 4º, da Constituição Federal<sup>303</sup>.

Lemes defende que esse preceito do art. 18 da Lei 9.307/96 esclarece “que a atividade do árbitro se assemelha à do juiz no sentido de procurar a verdade dos fatos para poder firmar a livre convicção”. Sendo assim, segundo a autora:

poderá lançar mão dos meios que a lei lhe faculta, solicitando a juntada de documentos, depoimentos das partes, oitiva de testemunhas, perícias etc., para poder emitir um julgamento justo e firme. O prefalado dispositivo iguala o árbitro ao juiz no ato de julgar, isto é, assegura total domínio da questão para poder aferir os fatos e o direito formadores da convicção que externará seu julgamento (art. 21, § 2º). Isso não significa que o árbitro é igualável ao juiz togado que detém poderes inerentes à jurisdição estatal, tais como de determinar

---

<sup>301</sup> 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.

<sup>302</sup> Martins nos ensina que, no regime anterior à Lei 9.307/96, não havia vantagem em submeter o laudo à homologação pelo judiciário, pois a única finalidade, segundo o autor, seria a de verificar o cumprimento dos requisitos necessários à validade da decisão arbitral. Tratar-se-ia, apenas, de um juízo de deliberação. “Assim, ausente esse ato judicial, formal, por desnecessário [...], é natural que a Lei n. 9.307/96, conseqüentemente, atribua à decisão arbitral os efeitos legais de uma sentença judicial”. MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1972, p. 289).

<sup>303</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Forense, 1963, v. V, p. 425, nota 46 *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 184.

a execução da sentença, condução de testemunha renitente, execução de medidas coercitivas ou cautelares. Ao contrário, quando o árbitro por iniciativa da parte ou por disposição própria julgue necessário decretá-las, poderá fazê-lo, mas deverá solicitar que o juiz togado determine a execução (art. 22, §§ 2º e 4º). O intercâmbio que se estabelece entre o juiz e o árbitro é de cooperação recíproca, estando o juiz e o árbitro no mesmo grau de igualdade. Pode-ser-ia dizer que, sob essa ótica, o árbitro é considerado membro do Poder Judiciário, e o auxílio prestado a ele pelo juiz togado assemelha-se, *mutatis mutandis*, ao de um juízo deprecante para o juízo deprecado, ou seja, seria o mesmo sistema de cumprimento de uma carta precatória<sup>304</sup>.

Interpretando o art. 18 da Lei 9.307/96, Carmona tenta entender por que o legislador teria utilizado a expressão “de fato e de direito”. Assim, ele descreve algumas possibilidades, como (i) o fato de, em alguns juízos, separarem as decisões de fato e de direito – no júri, por exemplo, no qual os jurados analisam os fatos, e o juiz aplica o direito – para explicitar que, na arbitragem, essa separação não deve ocorrer; (ii) o fato de terem os árbitros investidura privada, o que os tornaria juízes de fato, talvez pudesse dar a idéia de que suas decisões não pudessem ter a mesma eficácia das decisões dos juízes togados; entretanto a lei dispõe que os árbitros são, igualmente, juízes de direito, garantindo essa eficácia às suas decisões; (iii) o fato de se pretender destacar que o árbitro deverá analisar tanto as questões de fato como as questões de direito. Mas, por fim, o autor conclui: “seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o intuito de lei foi o de deixar claro que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito”<sup>305</sup>.

Aliás, o árbitro, assim como o juiz, também está protegido pelo princípio da imunidade quanto ao ato de julgar, porque possui o *right to error*. Isso se justifica

---

<sup>304</sup> LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 267-268.

<sup>305</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 185. O autor já dizia, antes mesmo do advento da Lei 9.307/96, que, “sendo o árbitro juiz de fato e de direito (art. 1.078 do C. Pr. Civ.), aplicam-se-lhe as normas estabelecidas na lei acerca dos deveres e das responsabilidades dos juízes, de tal sorte que o árbitro responde por perdas e danos se proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções, bem como se recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providências que deva ordenar de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Embora nada diga a lei processual a respeito, deve-se entender que o árbitro responderá às partes por perdas e danos se agir com indiscrição, revelando detalhes sobre a arbitragem a seu cargo, desde que tenha assumido, no compromisso arbitral, a obrigação de guardar sigilo sobre o procedimento”. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 34.



em razão da necessidade que o julgador tem de obter serenidade e liberdade para pronunciar sua decisão conforme seu livre convencimento, sem que corra o risco de sofrer consequências posteriores. Obviamente, essa imunidade não se aplica quando executa “práticas delituosas ou erros grosseiros e nocivos de conduta”, o que, certamente, ensejará sua responsabilidade civil<sup>306</sup>. Martins assevera:

Tanto o árbitro como o juiz togado dizem autoritativamente o direito, concretizando a vontade da lei; tanto o árbitro como o juiz exercem função, atividade e poder que caracterizam a jurisdição; tanto o árbitro como o juiz proferem decisões vinculativas para as partes; tanto o árbitro como o juiz julgam! [...] A função do árbitro, como se vê, não é diferente daquela do juiz. Quanto à atividade do árbitro, não difere ela substancialmente daquela desempenhada pelo juiz togado: tanto um como o outro conhece as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes, analisando-as e valorando-as para formar seu convencimento, propiciando as bases para a decisão da pretensão que lhes foi submetida (esta, aliás, a característica básica da atividade cognitiva). Por derradeiro, árbitro e juiz ostentam poder: a decisão que profere um e outro é obrigatória e vinculante para os contendentes<sup>307</sup>.

Essas questões levam muitos doutrinadores a acreditar que o árbitro exerce função jurisdicional, pois a discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem relaciona-se, entre outros aspectos, à discussão quanto ao caráter da atividade do árbitro. É o caso, por exemplo, de Carreira Alvim, que, apesar de destacar uma diferença essencial entre o árbitro e o juiz – qual seja, o fato de o primeiro ter apenas a *iurisdictio* do juiz romano (que engloba a *cognitio* ou poder de conhecer e o *iudicium* ou poder de julgar) enquanto o juiz togado tem, além daquele, o *imperium*, que respalda o seu poder para executar a sentença, utilizando-se, inclusive, “de atos constritivos da liberdade individual no caso concreto”, defende, não obstante à falta de poder de império do árbitro, a tese segundo a qual a sua atividade teria caráter jurisdicional<sup>308</sup>.

<sup>306</sup> LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 277-278. “As partes poderão atacar a sentença arbitral por meio de ação própria (ação de declaração de nulidade ou embargos do devedor, se for o caso), e o árbitro não será responsável civilmente por isso. É a imunidade do ato de julgar. A jurisprudência comparada reitera o entendimento de que a proteção do árbitro é idêntica à do juiz, estando resguardado pela imunidade ou pela falta de responsabilidade” - LEMES, Selma. M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 279.

<sup>307</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Árbitros e juizes: guerra ou paz? In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 425.

<sup>308</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado geral da arbitragem interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 394.



Martins defende a mesma idéia e acrescenta que o fato de a jurisdição do árbitro ter origem convencional, “não lhe retira a qualidade e a essência inerentes aos atos que dela se irradiam”, tanto que

a sentença arbitral equivale, para todos os fins de direito, à decisão emanada do Poder Judiciário – daí as terminologias utilizadas pelo legislador, sentença, tribunal, juízo –, pois assegura a tutela jurisdicional requerida pelas partes e consubstancia verdadeiro ato de autoridade que põe fim ao conflito, aplicando o direito ao caso concreto<sup>309</sup>.

Carmona, fazendo referência a Zanobini, lembra que esse autor, durante a década de 20, já defendia a natureza jurisdicional da arbitragem, porquanto o laudo seria uma verdadeira sentença. Como decorrência, a homologação, exigida pela lei processual italiana da época, era, na verdade de natureza administrativa, pois seria “na função intelectual que se concretiza o poder jurisdicional, e tal função é exercida apenas pelo árbitro, e não pelo juiz que homologa a decisão arbitral”. Carmona explica que o embasamento da tese desse doutrinador foi o fato de que a jurisdição, ainda que qualidade da soberania, seria “função essencialmente – mas não exclusivamente – exercida pelo Estado”, pelo que os árbitros seriam, em caráter provisório, investidos da função pública para que pudessem executar uma atividade jurisdicional<sup>310</sup>.

Havia, também, quem defendesse o caráter privado da arbitragem, como Chiovenda, pois, para ele, o laudo arbitral seria ato privado, preparatório para a sentença; quando tornado executivo, pela homologação, seria ato jurisdicional. Assim, o laudo executivo seria um ato complexo, no qual se teriam conjugados o ato privado, trazendo a matéria lógica, e o ato do órgão público, que daria à sentença esse caráter jurisdicional<sup>311</sup>.

Outra questão igualmente relevante para chegarmos a uma conclusão acerca da natureza jurídica do instituto é o fato de o árbitro poder ou não determinar medidas coercitivas ou cautelares, devido às diversas interpretações que a doutrina tem dado ao art. 22, § 4º, da Lei 9.307/96. Há quem diga que o árbitro não tem poderes para tanto, devendo, sempre, requerê-las ao Judiciário.

---

<sup>309</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 384.

<sup>310</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 1998, p. 189.

<sup>311</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene, 1980, p. 109 *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. *Op. cit.*, 1998, p. 189.

Também há quem defenda que ele pode determiná-las e, somente se não forem cumpridas espontaneamente, necessitar-se-á do auxílio daquele. Discutiremos essa questão no tópico específico que diz respeito aos provimentos antecipatórios e acautelatórios na arbitragem.

Carreira Alvim explica que quem garante, de fato, a autoridade dos julgados arbitrais é o Estado. Sendo assim, o árbitro teria poderes para determinar, por exemplo, de ofício, a realização de qualquer prova ou perícia, mas, como não dispõe de poder de império, não pode conduzir coercitivamente a testemunha que não comparece. Nesses casos, resta-lhe tão-somente requerer a autoridade judiciária que conduza a testemunha recalcitrante (art. 22, § 2º, LA)<sup>312</sup>.

Figueira Júnior, por sua vez, explica que, além das tutelas de urgência e das medidas coercitivas, das quais trataremos mais adiante, no curso do procedimento arbitral, podem ocorrer incidentes processuais que demandem a intervenção imediata do árbitro; incidentes<sup>313</sup> que ele denomina de questões prévias<sup>314</sup> e questões prejudiciais<sup>315</sup>, que devem ser solucionadas antes do pronunciamento da decisão final.

É importante que se verifiquem e se analisem essas questões antes do pronunciamento do laudo porque, caso contrário, elas podem impedir que o árbitro

---

<sup>312</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 394.

<sup>313</sup> Segundo o autor, essas questões incidentes seriam “todas aquelas matérias que serão objeto do conhecimento do árbitro ou tribunal arbitral em momento processual antecedente ao julgamento do mérito da causa”, até mesmo em razão de um vínculo de subordinação lógica. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 229-230.

<sup>314</sup> Considerando a natureza da matéria apresentada, “deverá o árbitro ou tribunal arbitral decidir a questão prévia, se for competente para tanto, ou, dependendo da controvérsia acerca de direitos indisponíveis a respeito do qual dependa o julgamento arbitral, total ou parcialmente, o processo ficará sobrestado por tempo indeterminado até o julgamento da matéria pelo órgão competente do Poder Judiciário, para onde serão remetidas as partes litigantes (art. 25)”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 229-230. Quanto ao que seriam essas questões prévias, o autor sugere que sigamos a orientação do Código de Processo Civil, que traça uma sistemática referente à sequência lógica do exame das matérias a ser seguida pelos operadores do direito e, em alguns casos, levantadas pelo réu, em sede de preliminar, na contestação, para que, ultrapassada essa fase, seja possível adentrar-se no mérito da causa propriamente dito. Essas questões prévias dizem respeito às condições da ação e ao regular desenvolvimento do processo. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 231.

<sup>315</sup> Questões prejudiciais são aquelas “cuja sentença de mérito esteja na pendência do julgamento de outras causas, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica que constitui o objeto principal de outro processo pendente; quando não puder ser proferida senão depois da verificação de determinado fato, ou após a produção de certa prova requisitada a outro juízo e tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente (art. 265, IV). Apesar de não se constituírem em objeto da própria sentença, as questões prejudiciais apresentam íntima relação com o mérito da causa, figurando como pressuposto lógico do julgamento”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 234.

componha a lide de forma válida. Explica-se: estando pendente, por exemplo, algum pressuposto “de constituição e desenvolvimento eficaz e regular do processo ou alguma das condições da ação”<sup>316</sup>, o laudo arbitral carecerá de validade e, como consequência, ficará sujeito à eventual anulatória.

Resta saber se, apesar de todo o exposto, o árbitro desempenha ou não uma função jurisdicional, isto é, uma função análoga à de juiz. Para alguns, a resposta é negativa, pois o exercício da jurisdição seria uma função pública, e toda função pública exige a nomeação de uma autoridade competente. Ademais, o Estado teria reservado para si o monopólio da administração da justiça. Sendo assim, os árbitros não se encontrariam dentro desse quadro, já que a sua nomeação não emana de autoridade estadual competente, e, por essa razão, não poderiam ser tidos como funcionários públicos<sup>317</sup>.

Haveria, ainda, uma outra objeção quanto ao exercício do poder jurisdicional pelos árbitros, que seria o fato, mencionado anteriormente, de não poderem fazer cumprir os laudos.

Aramburu Menchaca defende que o árbitro exerce função jurisdicional e sustenta a sua tese em dois fatos:

*a) que por regla general se exige a los árbitros las mismas cualidades que a los jueces, lo cual no tendría fundamento si las funciones de ambos no fueran semejantes; y b) que los laudos arbitrales surten los mismos efectos que los fallos dictados por los jueces, lo cual no tendría sentido si es que no se reconociera a los árbitros función jurisdiccional*<sup>318</sup>.

E completa seu pensamento dizendo que:

*Los árbitros tienen tal poder puesto que el juez está obligado a hacer ejecutar el laudo que queda consentido, del mismo modo y por el mismo fundamento que tiene que hacer cumplir la resolución de un tribunal superior. Este tampoco puede ejecutar sus sentencias sin la intervención del juez al que tal cosa compete. La relación que existe entre los actos del juez ejecutor de una resolución superior y la del juez que obliga a que se cumpla un laudo no difieren substancialmente aun cuando no sean idénticos los pasos procesales ni la relación jerárquica. No debe en esto confundirse el exequatur exigido por algunas legislaciones europeas para el cumplimiento de laudos arbitrales porque dicho exequatur lleva consigo una*

---

<sup>316</sup> *Idem, ibidem*, p. 231.

<sup>317</sup> ARAMBURU MENCHACA, A. *Op. cit.*, 1982, p. 20.

<sup>318</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

*homologación del laudo – como ocurre en Alemania -, requisito que otras legislaciones no piden*<sup>319</sup>.

Quanto ao argumento de que a falta de nomeação do árbitro pela autoridade pública o despojará da função jurisdicional, para Aramburu Menchaca, também não merece prosperar. Isso porque, segundo ele, se deve ter em conta que a faculdade para designá-los emana da lei, que, por sua vez, assinala requisitos para fazê-lo. Com efeito, a atividade jurisdicional dos árbitros estaria a derivar da própria lei, que a outorga com caráter extraordinário. Ele salienta, ainda, que, em muitos casos, a nomeação é feita por um juiz (no caso brasileiro, quando, por exemplo, existe uma cláusula compromissória em branco e uma das partes se recusa a firmar o compromisso, pelo que a outra instaura, judicialmente, o procedimento para firmá-lo) ou por uma corporação ou entidade, oficialmente, reconhecida para tanto, como é o caso das Câmaras de Comércio<sup>320</sup>.

Aramburu Menchaca considera haveria uma interconexão entre a justiça judicial e a justiça arbitral, já que costumam ser os Códigos de Processo aqueles que contêm as disposições segundo as quais se deve reger o procedimento arbitral; esse fator daria lugar a essa discussão sobre o caráter jurisdicional dos árbitros (no ordenamento brasileiro, já vimos que, no regime anterior à atual Lei de Arbitragem, o instituto era regulado pelos Códigos Civil e de Processo Civil). Principalmente, o fato de que muitas legislações reservam ao Poder Judiciário a vigilância dos procedimentos arbitrais, nos casos de não-cumprimento do compromisso arbitral ou de irregularidades no procedimento, traria à tona essa controvérsia<sup>321</sup>.

Com efeito, ele lembra que vários doutrinadores consideram a justiça arbitral como um ramo oposto à justiça comum; mas, segundo ele, o critério que impera nas legislações é o reconhecimento da arbitragem como uma instituição processual que forma uma exceção às regras de competência e de procedimentos para solução de litígios<sup>322</sup>.

Para Vianna:

Não há confronto com a justiça estatal. A arbitragem é instrumento eficaz para solucionar determinada classe de controvérsias, envolvendo determinada categoria de litigantes. Não há lugar, no processo arbitral, para suprimimento de certas deficiências de uma das partes, como, por exemplo, econômicas. É preciso que os

---

<sup>319</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>320</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>321</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>322</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

interessados desejem que a solução de suas controvérsias venham a ser dirimidas pelo processo arbitral, seja pela especialização dos assuntos envolvidos, que os juízes estatais não têm capacidade de entender de imediato, seja pelo sigilo que cerca o objeto do contrato celebrado, que não pode se sujeitar a um debate público, sob pena de causar prejuízos irremediáveis a todos os contratantes<sup>323</sup>.

Carreira Alvim defende que a arbitragem teria natureza jurisdicional porque o árbitro exerce sua função para compor litígios, e, apesar de realizá-la em sede privada, teria autoridade pública reconhecida pelo Estado, que atribui à decisão arbitral os efeitos de uma sentença judicial, por garantir àquela a mesma eficácia desta, nos termos do art. 31 da Lei 9.307/96.

Noticia esse autor que a sentença arbitral e a judicial têm a mesma eficácia com apenas uma diferença formal, qual seja: enquanto o laudo arbitral sujeita-se à ação de nulidade do art. 33 da Lei de Arbitragem<sup>324</sup>, a sentença judicial sujeita-se à rescisória, nos termos do art. 485 do CPC<sup>325</sup>.

Aramburu Menchaca explica que a nomeação de um árbitro e a sua aceitação estariam a gerar um contrato entre este último e as partes, do qual nascem obrigações e direitos recíprocos. Essa seria mais uma diferença entre a prestação jurisdicional do juiz, conferida pelo Estado, e a atividade do árbitro. Mas, para ele, a função do árbitro, ainda sim, seria jurisdicional. Isso porque, como a nomeação se dá porque a lei autoriza e faculta ao árbitro o exercício de uma jurisdição, seus efeitos vão mais além do que iriam se fosse um contrato de prestação de serviços ou de mandato, com os quais existiria alguma analogia<sup>326</sup>.

Com efeito, ele expõe que há muitas características semelhantes a um contrato, porque se trata de pacto entre partes com a intervenção de um terceiro (o árbitro). Mas, também, há muito de função pública, sendo esta peculiar e

<sup>323</sup> VIANNA, Duval. *Op. cit.*, 1998, p. 25.

<sup>324</sup> 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.

<sup>325</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 393.

<sup>326</sup> Segundo o autor, assemelha-se à locação de serviços porque os árbitros devem realizar uma prestação pessoal e, pelo tempo despendido em seu trabalho, terão direito a perceber uma remuneração que, geralmente, se paga conforme uma tabela ou valor preestabelecido, do mesmo modo que ocorre em muitos casos de prestação de serviços profissionais.

No que diz respeito ao mandato, o autor esclarece que existe uma semelhança entre eles porque têm origem na vontade das partes e, também, porque elas encarregam os árbitros de fazer algo que poderiam fazer por si mesmas. Ele defende, portanto, que os árbitros devem se sentir como mandatários de ambas as partes, mas lembra que são apenas analogias, uma vez que não se poderia considerar a arbitragem, ainda que revestida por um acordo entre os árbitros e as partes, como um contrato de prestação de serviços, pois que, neste último, não prevalece a função jurisdicional. ARAMBURU MENCHACA, A. *Op. cit.*, 1982, p. 24.

transitória, pois a nomeação do árbitro é prevista em lei, que consigna, ademais, suas atribuições fundamentais ou básicas. Ele ressalta, ainda, que a responsabilidade imputada aos árbitros, em princípio, igual a dos juizes, dar-se-ia tanto em face das partes, em razão do contrato, como, em face da sociedade, em razão da função que exerce<sup>327</sup>.

Lemes também discorre sobre a idéia. Segundo ela, o fato de as partes confiarem ao árbitro a solução da controvérsia, quase sempre, diante de uma remuneração, caracteriza uma relação contratual, mas difícil de ser enquadrada nas formas usuais de contratação, por causa das peculiaridades que envolvem o objeto do contrato. Ela conta que a doutrina e a jurisprudência comparada tratam da questão enquadrando tal contrato entre a categoria de contrato de mandato ou agência e contrato de locação de serviços<sup>328</sup>.

Quanto à primeira categoria, a autora cita entendimentos de que haveria uma incompatibilidade entre a função do árbitro e a de um mandatário, pois “a sentença proferida pelo árbitro é em seu nome próprio e não em cumprimento do mandato outorgado pelas partes<sup>329</sup>”; além disso, o árbitro teria uma função judicial que lhe daria “uma posição de independência que não reflete a representação das partes<sup>330</sup>”. Ela expõe que há, então, quem argumente que seria um contrato de investidura arbitral, civil e não comercial:

Inicia-se com a cláusula compromissória incluída em contrato na qual as partes se comprometem a resolver as divergências por arbitragem. Este contrato (a convenção de arbitragem) fica em estado latente, sujeito à condição suspensiva (a cláusula compromissória fica sujeita à existência do litígio) sendo imediatamente executável (compromisso). De outra face, as partes designam árbitros de sua confiança para resolverem o litígio, devendo expressar concordância para serem estes investidos como árbitros. [...]. As partes solicitam ao árbitro que resolva o conflito surgido entre elas, em circunstâncias excepcionais, submetendo-se à instância arbitral e aceitando todas as consequências do poder concedido ao árbitro de decidir, de emitir julgamento com o valor de sentença. Por outro lado, os árbitros comprometem-se a concluir a tarefa ditando uma sentença. A execução da missão do árbitro, portanto, não se reveste das características de um contrato de mandato. A missão do árbitro é um aspecto de sua investidura; não

---

<sup>327</sup> *Idem, ibidem*, p. 24.

<sup>328</sup> LEMES, Selma M. Ferreira. *Op. cit.*, 1999, p. 260.

<sup>329</sup> *Idem, ibidem*, p. 261.

<sup>330</sup> *Idem, ibidem*, p. 262.

se constitui individualmente. Os dois momentos contratuais não são justapostos senão profundamente vinculados entre si. A investidura do árbitro está relacionada à operação complexiva de contratos produzidos e vinculados como elos de uma corrente, traduzindo-se na conclusão de convenção de arbitragem, na designação de árbitros e na aceitação por estes da missão. Essa sucessão de atividades poderia ser resumida em duas obrigações de fazer: para as partes, designar os árbitros; para os árbitros, concluir a missão<sup>331</sup>.

No que diz respeito ao contrato de locação, a autora expõe que a atividade do árbitro poderia ser tida como uma prestação de serviço intelectual, realizada no interesse das partes. Mas, segundo ela, de fato, a relação contratual que se forma entre o árbitro e as partes não poderia ser qualificada como um contrato civil predeterminado, pois estaria a conter características mistas e concernentes à arbitragem, isto é, “contratual na fonte e judicial no objeto”<sup>332</sup>.

#### **4.5.5 PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS E ACAUTELATÓRIOS NA ARBITRAGEM**

Outra questão que traz à tona a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem é o fato de os árbitros poderem ou não adotar medidas coercitivas e acautelatórias.

O art. 1.086, II, do CPC determinava que árbitro não podia decretar medidas cautelares, enquanto a Lei 9.307/96, que revogou os dispositivos do CPC que dispunham sobre arbitragem, apenas dispõe, em seu art. 22, § 4º: “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”.

Martins explica que, mesmo sob a regulamentação do CPC, os árbitros podiam decretar as medidas cautelares, porque, por meio de uma interpretação sistemática da lei, verificar-se-ia que tal proibição referia-se aos atos de força apenas. Assim, esse autor entende que o mecanismo para obtenção de tais medidas era o seguinte:

a parte interessada em obter a tutela cautelar pleiteá-la-ia ao árbitro; este, se julgasse preenchidos os requisitos para a concessão da medida, formularia pleito perante o juiz togado para sua efetivação. Ora: se o

---

<sup>331</sup> *Idem, ibidem*, p. 261-262.

<sup>332</sup> *Idem, ibidem*, p. 263.

árbitro não era mero ‘transmissor’ da vontade de uma das partes e se a medida cautelar somente poderia ser pleiteada pelo árbitro ao juiz togado (as partes fariam o pedido ao árbitro, não ao juiz), tinha-se que o árbitro somente solicitaria a aplicação da medida cautelar ao juiz se entendesse que a cautela era mesmo necessária; caso contrário, simplesmente ignoraria o pedido da parte (que ficaria, assim, de forma obliqua, indeferido)<sup>333</sup>.

Portanto, conclui que, se o CPC não proibia, de fato, a decretação da tutela cautelar, apesar de ter uma redação deficiente, com a edição da Lei 9.307/96, ter-se-ia aumentado “a certeza de que a medida cautelar é mesmo decretada pelo árbitro e executada (em sentido amplo) pelo juiz togado<sup>334</sup>”, afinal o CPC seria claro, quando trata do processo cautelar, na diferenciação entre conceder medida cautelar e executá-la.

Segundo o autor, existe uma divisão de trabalho, no exercício da atividade jurisdicional, entre o árbitro e o juiz, de modo que cabe ao primeiro decidir, enquanto ao juiz a execução do *decisum*<sup>335</sup>. Ademais, há uma questão de ordem operacional, no que se refere às situações em que seja preciso a intervenção do juiz togado, “pois nada ficou consignado acerca do *modus operandi* da colaboração

---

<sup>333</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Árbitros e juízes: guerra ou paz? In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 429. Carmona também dispunha de maneira semelhante no regime anterior à Lei 9.307/96: “mesmo pela sistemática adotada na lei processual, não parece correto afirmar que o árbitro não tenha poderes cautelares. Em verdade, mesmo o juízo acautelatório pertence ao árbitro, que decide acerca da pretensão cautelar formulada pela parte, e julgando-a procedente, requer ao Poder Judiciário sua execução”. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem internacional. In: *Revista Forense*, vol. 329, jan./fev./mar. 1995, p. 34.

<sup>334</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 429.

<sup>335</sup> Bermudes também compartilha desse entendimento, pois defende que o árbitro deve decretar as medidas cautelares, buscando, no juízo comum, se houver necessidade, a efetivação de tais medidas. O autor explica que, muitas vezes, pronunciamentos judiciais têm eficácia, admitida por lei, em razão do simples cumprimento espontâneo das partes, e não poderia ser diferente com o juízo arbitral. O autor assevera, ainda, que “não faria sentido poderem os árbitros proferir sentença produtora [...] dos mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31), consistente, quando condenatória, num título executivo judicial (CPC, art. 585, III), sem que pudessem determinar as providências assecuratórias da eficácia desses julgados”. E continua: “Por isso, há que se entender que os árbitros, posto que algo insuficiente a lei quanto à explicação desses aspectos, dispõem do poder cautelar necessário à garantia da eficácia das suas decisões. Falta-lhes, isso sim, o poder de efetivar essas decisões pela força. Podem, contudo, decretá-las, pressupondo o acatamento das partes, possível também a cooperação do órgão judicial, a arbitragem, conquanto não se destine a aliviar o Judiciário, embora também produza essa consequência prática, não deve onerá-lo, pela instauração de um processo judicial paralelo ao arbitral.  
[...].



judicial no curso do processo arbitral”. Sendo assim, seria “preciso encontrar, portanto, o mecanismo adequado por meio do qual o árbitro solicitará o concurso do juiz togado para a implementação de medidas coercitivas ou de urgência”, o que, para esse autor, não deve acontecer pela via da ação: “não se espera que o árbitro proponha demanda para obter o concurso do Poder Judiciário sempre que tiver necessidade do uso da força!”<sup>336</sup>.

Há quem defenda que os árbitros não podem adotá-las. É o caso de J. Antonio Zepeda, pois, segundo o autor, em razão da ausência de normas legais ou jurisprudência expressa acerca do assunto, não é facultado aos árbitros adotarem medidas acautelatórias em geral, entre as quais estão aquelas tendentes à conservação de bens perecíveis. Essa faculdade, explica, somente poderia ocorrer se proveniente do acordo entre as partes na convenção de arbitragem. Contudo, o autor faz, ainda, a seguinte consideração: “*no encuentro inconveniente para que el árbitro, de oficio o a instancia de parte, determine que es indispensable adoptar algún tipo de estas medidas, para lo cual podría acudir el juez ordinario [...]*”<sup>337</sup>. Em seguida, coloca:

*Por otra parte, también podría pensarse en la posibilidad de que la parte afectada plantee ante el árbitro, por vía de incidente (cuestión accidental), su pretensión de que se adopten las medidas de que se trata. Como el árbitro está facultado para resolver incidentes sin cuya decisión no es posible el fallo final del negocio [...], y como el perecimiento de la cosa haría inútil la resolución del conflicto de fondo planteado en el proceso arbitral, pienso que habría de*

---

Juiz do processo é o árbitro, ou são os árbitros. Como, atenta à Constituição, ou ao menos procurando evitar a pertinente questão constitucional, a lei lhes negou o poder de efetivação forçada das medidas coercitivas (assim já se extrai do § 2º do art. 22), remetendo-os ao Judiciário, há que se interpretar o § 4º do art. 22, no sentido de que eles comparecem ao Judiciário para pedir as providências de efetivação das medidas decretadas por eles. Nesse contexto, também se deve entender a referência do § 4º às providências cautelares. Necessárias medidas coercitivas para executá-las, o juízo arbitral as pede ao juiz togado, tal como procede na condução das testemunhas renitentes (art. 22, § 2º)”.

Quanto ao requerimento ao Judiciário, trata-se, na verdade, de pedidos realizados como “atos de cooperação entre juízos diferentes, como acontece nas cartas precatórias, rogatórias, ou de ordem. Aí também se revela a unicidade da jurisdição. Impossível a prática de todos os atos processuais apenas por um órgão jurisdicional, eles reciprocamente se auxiliam, cada um no âmbito de sua competência, a fim de que o processo alcance a sua meta”. BERMUDEZ, Sérgio. Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral. In: *Reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. São Paulo: LTr, 2002, p. 279-281.

<sup>336</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 423.

<sup>337</sup> ZEPEDA, J. Antonio. Normación y práctica del arbitraje en México. In: *El arbitraje comercial en Iberoamerica*.

*dar trámite a ese incidente y dictar la resolución interlocutoria correspondiente, que tendría carácter de provisionalidad. Pero hay que aclarar que la ejecución de esa decisión correspondería, necesariamente, al juez ordinario [...]*<sup>338</sup>.

Entendemos que, quando previamente acordado entre as partes, na convenção de arbitragem, o árbitro pode determinar a execução de medidas acautelatórias, independentemente de requerimento perante o Poder Judiciário, e, se não cumpridas, a parte interessada poderia pleitear a tutela do Judiciário para o seu cumprimento. Isso porque poderíamos dizer que as decisões interlocutórias proferidas pelos árbitros devem visar à proteção do objeto litigioso, para que a parte vitoriosa não saia prejudicada ao final do procedimento ou evitar eventual perda do objeto do litígio. Afinal de contas, a autoridade judiciária deve ser “um apoio ao árbitro e não um embaraço ao procedimento arbitral”<sup>339</sup>.

Esse, também, é o entendimento de Carreira Alvim. Vejamos:

Se a convenção de arbitragem prevê a outorga de poderes ao árbitro para determinar medidas coercitivas ou cautelares, não existe dúvida sobre o seu dever de agir, em tempo e hora, na preservação dos interesses ou direitos (atuais ou futuros) das partes. A problemática se põe quando a convenção de arbitragem silencia a respeito, remetendo a solução às regras procedimentais da Lei de Arbitragem e, supletivamente, às do Código de Processo Civil<sup>340</sup>.

Ademais, ter que, necessariamente, acionar o Judiciário sempre que for preciso medidas acautelatórias em caráter de urgência pode ser incompatível com o sistema da arbitragem, que é escolhido, muitas vezes, para fugir da morosidade do Judiciário.

---

Editado por el Instituto de Cooperacion Iberoamericana y el Consejo Superior de Las Camaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 1982, p. 272.

<sup>338</sup> *Idem, ibidem*, p. 272.

<sup>339</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 401.

<sup>340</sup> Segundo Carreira Alvim, o art. 22, § 4º, da LA deixa margem para que o árbitro decrete medidas coercitivas ou cautelares necessárias, porque dispõe que, havendo necessidade dessas medidas, ‘os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário’. Sendo assim, a expressão “poderão” significa dizer que o árbitro tem poder de conhecê-las e decretá-las, decorrente do poder de decisão que ele possui, dependendo do Judiciário, conforme já mencionamos, apenas para sua efetivação, e isso se a parte a quem é dirigida a decisão não cumpri-la de forma espontânea. Segundo essa corrente, as partes poderiam requerer medidas coercitivas ou cautelares ao próprio árbitro ou buscar a tutela jurisdicional do órgão do Poder Judiciário, sem antes ter obtido uma determinação nesse sentido do juízo arbitral. ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 397-398.

Obviamente, nada impede que as partes demandem ao Estado, por meio do Judiciário, o provimento de medidas acautelatórias úteis ao procedimento arbitral, mesmo porque, dependendo do caso concreto, esta pode ser a única alternativa. Mas, se as partes estipularam que os árbitros têm poderes para determinar essas providências, é certo que a arbitragem afasta a jurisdição judicial também quanto a esse aspecto, porque, assim como ocorre no que se refere ao litígio propriamente dito, a convenção de arbitragem retira das partes a faculdade de se utilizarem do juízo estatal.

No particular, Figueira Júnior defende que, independentemente de estipulação específica das partes em relação aos provimentos acautelatórios, antecipatórios ou inibitórios que porventura sejam necessários (isto é, se as partes não tiverem imposto limites na convenção arbitral), a competência para concedê-los será exclusivamente do árbitro, da mesma forma que ocorre quanto ao pronunciamento da sentença arbitral. O autor ressalta ainda, que, da decisão que concede a tutela de urgência, “não caberá qualquer forma de impugnação dirigida ao Estado-juiz, ressalvada a propositura de ação anulatória pelas mesmas razões ensejadoras da anulação da sentença final<sup>341</sup>”.

Segundo o autor, existem duas situações diferentes que podem ocorrer “quanto ao momento da formulação do pedido de proteção emergencial: antes da instauração do juízo arbitral ou após a sua implementação (art. 19)”. Depois de tecer várias considerações acerca da competência do árbitro para conceder tais medidas, ele conclui: “desde que instaurado o juízo arbitral, inexiste possibilidade jurídica de o interessado dirigir qualquer desses requerimentos ao juiz togado que seria competente, originariamente, se fosse o caso, para conhecer da lide principal<sup>342</sup>” [Sem sublinhas no original].

Uma vez determinado o provimento acautelatório pelo árbitro, caso não queira cumpri-lo aquela parte que, por esse provimento, sentir-se “prejudicada”, caberia àquela interessada pedir em juízo apenas a execução de tal provimento (porque o árbitro não possui poderes para ordenar e fazer cumprir, de maneira coercitiva, sua determinação) e não seja ele concedido novamente pelo magistrado, uma vez que já o foi pelo árbitro<sup>343</sup>. Isso porque a própria lei diz que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso nem

<sup>341</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 222.

<sup>342</sup> *Idem, ibidem*, p. 220-222.

<sup>343</sup> Inclusive, nesses casos, conforme nos ensina Figueira Júnior, “ao Estado-juiz não é conferido pelo sistema qualquer poder para rever ou modificar a decisão concessiva da tutela emergencial proferida em juízo arbitral, nem mesmo indagar quanto à necessidade e à utilidade da prova testemunhal, nas hipóteses em que a testemunha faltosa deva ser conduzida. Não há que se falar em poder discricionário do juiz ou em juízo de admissibilidade

homologação do Poder Judiciário (art. 18). Assim, se o árbitro pode proferir o laudo, por que não poderia pronunciar decisões interlocutórias como estas?

Nosso entendimento encontra, mais uma vez, respaldo nas idéias de Carreira Alvim:

Vincular o juízo arbitral ao juízo togado, na eventualidade da necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, além de nada acrescentar em termos de proteção aos direitos constitucionais, presta-se a restringir os poderes jurisdicionais do árbitro, pondo toda a arbitragem na dependência de uma justiça sabidamente lenta e que não tem condições de dar respostas satisfatórias às necessidades imediatas das partes interessadas. Se o árbitro dispõe de poderes para resolver o próprio mérito do litígio, nos quais foi investido por um ato de confiança das partes, por que não teria para conceder um simples provimento antecipatório, que não passa de antecipação dos efeitos da decisão de mérito?

Dizer-se que não pode ele efetivar o provimento antecipatório não altera a natureza das coisas, porque também não pode ele executar a própria sentença, e, pelo fato de não podê-lo, ninguém lhe nega o poder de proferi-la. O poder de ‘decretar’ compreendido no poder de jurisdição (e de cognição), que o árbitro adquire por concessão das partes e permissão do Estado, não tem necessariamente a ver com poder de ‘efetivar’ ou ‘executar’ a própria decisão, que ele não tem, por decorrer do poder de império<sup>344</sup>.

Carreira Alvim destaca, contudo, que o árbitro não possui poderes para conduzir, de forma coercitiva, uma testemunha recalcitrante, mas possui poderes para decretar as medidas coercitivas porque seria órgão jurisdicional, conquanto possui a *cognitio*<sup>345</sup>. Martins, que também defende a natureza jurisdicional da arbitragem, explica que é comum doutrinadores confundirem

---

da tutela de urgência já concedida em jurisdição privada. Limitar-se-á o magistrado a executar coercitivamente, por meio da utilização do seu poder de império, a medida deferida pelo árbitro, salvo para obstar violação da ordem pública ou dos bons costumes. Da sua inércia ou da sua oposição em efetivá-la, o meio de impugnação cabível é o remédio constitucional de mandado de segurança, a ser interposto perante o tribunal de instância imediatamente superior à do juiz que proferiu a decisão negativa ou simplesmente deixou de atender a solicitação formulada”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 223.

<sup>344</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 2000, p. 398-399.

<sup>345</sup> Figueira Júnior discorda da posição de Alvim, pois que escreve, ocorrendo a ausência de alguma testemunha e insistindo a parte em ouvi-la “ou determinação de ofício do arbitro ou tribunal nesse sentido, poderá o árbitro ou o presidente do colegiado requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente. Para tanto,

o exercício do poder com o exercício de força, tomando os atos de força como sinônimo de ato jurisdicional, de tal sorte a concluir que, não podendo o árbitro decretar prisões, efetivar arrestos ou seqüestros, ou utilizar força policial para fazer valer suas decisões, não estaria ele exercendo verdadeiro poder jurisdicional, por carecer de *imperium*<sup>346</sup>.

Observa Carreira Alvim, porém, que “incidentes dessa ordem devem ser resolvidos pelos juízes togados com a agilidade necessária, para que não ocasionem a paralisação do juízo arbitral”. Como deve ser a atuação do juízo estatal, é, de fato, uma questão que se deve salientar, caso esse entendimento prevaleça. Convém, então, destacar que, “em face da independência das duas jurisdições – a arbitral e a estatal –, o auxílio do árbitro pela autoridade judiciária não dá ao juiz togado o poder de se ingerir na arbitragem, impondo ao árbitro determinado comportamento”; desse modo, “deve o juiz togado estar consciente de que está diante de um procedimento especial, regulado por lei especial, e que a sua intervenção deve limitar-se a garantir a efetivação das decisões arbitrais<sup>347</sup>”.

A bem da verdade, incidentes como este podem desacreditar o juízo arbitral pela simples dependência da autoridade judiciária; isso porque talvez o maior motivo que leve as partes a escolherem a arbitragem como meio de solucionar sua controvérsia é, justamente, o problema da morosidade do Poder Judiciário e de sua imprevisibilidade, que está longe de ser resolvido, de modo que até mesmo os provimentos finais em cautelares podem demorar anos.

Na realidade, o árbitro pode decretar o provimento cautelar que entender necessário, seja a constrição de testemunhas, seja a busca e a apreensão de coisas ou documentos, por exemplo; ele não tem competência, entretanto, para garantir a efetivação dessas medidas, ficando, sempre, à mercê da colaboração do Poder Judiciário. Não obstante, devemos mencionar a ressalva de Carreira Alvim no sentido de haver uma incompatibilidade histórica entre o juízo arbitral e o judicial, tendo aquele sempre sofrido influência deste, agora, essa interferência deve ser somente nos limites do indispensável, evitando sejam infringidos direitos constitucionais, como a liberdade pessoal, a intimidade e o patrimônio, não cabendo ao juiz togado penetrar nos domínios do árbitro.

---

deverá apenas comprovar ao Estado-juiz a existência de convenção de arbitragem (art. 22, § 2º)”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 211.

<sup>346</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Árbitros e juízes: guerra ou paz? In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 425.

<sup>347</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 1999, p. 394.

Nesse sentido, Martins destaca que “a arbitragem pode trazer algum contratempo se não ficarem claras algumas premissas relativas à divisão de funções entre árbitro e juiz”. Sendo assim, quanto à decisão a respeito da necessidade ou não da oitiva de certa testemunha, esta cabe, exclusivamente, ao árbitro, inclusive, o deferimento da produção de provas e a análise dos resultados provenientes da fase probatória, pois “são do árbitro, em última análise, os poderes instrutórios do processo, e cabe a ele, com exclusividade, dispor de tais poderes para chegar ao livre convencimento motivado que gerará a decisão arbitral”<sup>348</sup>.

Martins destaca, ainda, que o juiz deverá determinar seja a testemunha conduzida à presença do árbitro, pois competirá a este (e não ao juiz togado) tomar o depoimento. Com efeito, o juiz poderá verificar tão-somente se o árbitro está exercendo a sua atividade nos termos e nos limites da convenção válida de arbitragem<sup>349</sup>.

Para o autor, também os provimentos antecipatórios, quais sejam, a tutela antecipada (art. 273 do CPC) e a tutela específica (art. 461 do CPC), são aplicáveis à arbitragem. Nesses casos, explica Carreira Alvim, devem ser adotadas “as regras estritamente processuais, se outras não forem estabelecidas pelas partes, ou fixadas pelo árbitro, com o seu consentimento”<sup>350</sup>.

Convém destacar que existe, na doutrina, entendimento contrário, no sentido de que o árbitro não poderia nem mesmo decretar medidas cautelares<sup>351</sup>. Todavia, outro argumento para sustentar a tese de que os árbitros podem decretar a medida cautelar ou o provimento antecipatório reside no fato de que, na arbitragem, não cabem recursos contra as decisões proferidas pelos árbitros, com o fim de garantir a efetividade e a eficácia do juízo; contrariamente, se as partes tivessem que requerer a medida ao Judiciário, seja porque o árbitro não a decretou, seja porque não o consideraram competente para tanto, a parte a quem é dirigida a decisão,

<sup>348</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 426.

<sup>349</sup> *Idem, ibidem*, p. 426-427.

<sup>350</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 1999, p. 395-396.

<sup>351</sup> Em sentido contrário, Fidélis dos Santos sustenta que “toda e qualquer cautelar própria e necessária ao procedimento poderá ser concedida pelo órgão jurisdicional a quem originariamente competiria o conhecimento da causa (art. 22, § 4º). A medida que segue as normas gerais do processo cautelar deve ser solicitada pelo árbitro, ou colégio de árbitro, ficando o órgão jurisdicional autorizado a concedê-la ou nega-la” [Sem sublinhas no original]. SANTOS, Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de Direito Processual Civil: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária: Atualizado pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 160.

Também, Theodoro Júnior entende que “a lei não confere ao árbitro ou tribunal poder de tomar medidas coercitivas ou medidas cautelares em caráter preparatório ou incidental. Quando tais providências se fizerem necessárias, o órgão arbitral terá de solicitá-las ao órgão judiciário que seria, originariamente, competente para

inconformada, terá sempre a possibilidade de recorrer de eventual liminar e da sentença final da ação cautelar, inviabilizando o procedimento<sup>352</sup>.

Além disso, como assevera Pinheiro Carneiro, não há dispositivo na nova lei proibindo o árbitro de conceder liminares, como ocorria na legislação anterior. A Lei 9.307/96, além de consagrar o princípio da autonomia das partes, confere ao árbitro equiparação dos seus poderes aos poderes de um magistrado, para dispensar a homologação do laudo e não sujeitá-lo a recurso. Sendo assim, não haveria razão para proibir o árbitro de decretar os provimentos já mencionados<sup>353</sup>.

---

julgar a causa (art. 22, § 4º, LA)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 368.

Figueira Júnior explica que, no juízo arbitral, que ele denomina de jurisdição privada, admite-se, somente, “a formação de processo de conhecimento de natureza declaratória, constitutiva, condenatória mandamental ou executiva *lato sensu*, porquanto excluídos os executivos *stricto sensu* e os cautelares”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 209.

<sup>352</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 1999, p. 400.

<sup>353</sup> O autor faz a seguinte indagação: “Ora, dentro dessa linha, e justamente em razão dos princípios que a nova lei consagra, seria um total absurdo, a brigar com o sistema adotado, proibir que o árbitro, autorizado pela convenção de arbitragem – portanto, pelas partes –, pudessem [*sic*] decidir sobre as questões de cunho cautelar. Se o árbitro pode regular definitivamente, sem qualquer participação do Judiciário, a questão de fundo, o mérito do litígio, nos limites que a convenção autoriza, por que não pode, nas mesmas condições, conceder medidas provisórias requeridas por uma das partes quando ‘houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação?’ (art. 798 CPC)”. Mas sustenta, ainda, que o árbitro não deve conceder medidas cautelares quando elas forem irreversíveis. Defende, ademais, que, caso não disponham as partes sobre a possibilidade de o árbitro conceder medidas cautelares, poderão requerê-las ao órgão que seria competente para julgar a causa; nada impedindo, entretanto, ao árbitro que o faça no lugar das partes (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 310-311.

Carreira Alvim acredita que o árbitro nunca poderá “solicitar” medidas cautelares ao órgão do Poder Judiciário, porque cabe a ele “decretá-las”, com base no seu *iudicium*, e, somente após fazê-lo, poderá solicitar a colaboração do juiz togado para efetivá-las, quando não cumpridas voluntariamente. ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 1999, p. 405.

Vejam algumas considerações do mestre Alvim acerca do tema em questão: “O árbitro tem a iniciativa de determinar quaisquer medidas coercitivas relacionadas com a instrução do processo, só que valendo-se [*sic*] do órgão do Poder Judiciário, se houver resistência ao seu cumprimento. Relativamente às medidas cautelares, pode o árbitro conceder de ofício aquelas que, nos termos do art. 797 do Código de Processo Civil, possam igualmente ser concedidas pelos juízes. Em todas as demais hipóteses, inclusive quanto às medidas cautelares inominadas (art. 798 CPC), não se admite procedimento de ofício, devendo o árbitro aguardar a iniciativa da parte interessada (princípio da iniciativa ou princípio da demanda). Entender-se de outra forma seria impor a via judicial a quem, como as partes, louvaram-se em árbitro justamente para percorrer a via da arbitragem, fugindo do processo judicial.

A orientação que parece resultar da lei de arbitragem, e perfeitamente compatível com as regras processuais, é a de que, em curso a arbitragem, venham os provimentos antecipatórios, cautelares ou satisfativos a ser outorgados

Igualmente, Carreira Alvim considera que a finalidade da lei foi tão-somente garantir a efetivação prática da medida quando se fizerem necessários atos de coerção, tanto que, “nos comportamentos ordenados às partes, e por estas diretamente exequíveis, e que não importem em perigo de constrangimento físico a pessoas ou coisas, a reserva legal ao juiz togado não apresenta qualquer justificativa”<sup>354</sup>.

Acreditamos ainda que, mesmo que não convençionem as partes sobre a possibilidade de as medidas sujeitarem-se à anulatória, estas poderão se tornar objeto dessa ação, da mesma forma que ocorre com a sentença arbitral, isto é, nos casos previstos na Lei. Portanto, é melhor que as partes regulem, na convenção de arbitragem, os limites em que o árbitro poderá decretar as medidas cautelares, para que estas possam, assim como a sentença arbitral, constituir objeto de ação anulatória na justiça comum (art. 33 da LA)<sup>355</sup>.

Quanto às cautelares preparatórias, Figueira Júnior ensina que a pretensão deve ser formulada, diretamente, ao órgão do Judiciário que seria competente para a cognição da demanda principal<sup>356</sup>. Nesse caso, o árbitro não poderia, posteriormente, quando instituído o juízo arbitral, revogar ou modificar o pronunciamento do juízo estatal concedendo ou denegando a medida. Segundo o autor, assim deve ser em razão da “soberania das decisões do Poder Judiciário que se sobrepõe à instauração posterior de jurisdição paraestatal”, fazendo coisa julgada, “ou, ainda, porque os litigantes não firmaram compromisso arbitral que viabilizasse a propositura de ação cautelar perante o árbitro”<sup>357</sup>.

Diferentemente, se estiver determinado, na convenção de arbitragem, que o juízo arbitral deverá ser instaurado para situações de urgência concernentes ao

---

pelo árbitro, intervindo o Poder Judiciário se houver necessidade de adoção de atos coercitivos. Esta é a solução mais prática e coerente com o sistema arbitral, e tem amparo no direito arbitral positivo brasileiro, bastando que se afaste do mais perigoso critério da exegese, que é a interpretação literal”. ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 1999, p. 402-403.

<sup>354</sup> *Idem, ibidem*, p. 400.

<sup>355</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op. cit.*, 1999, p. 310. Carreira Alvim, entretanto, sustenta entendimento contrário. Para ele, “as decisões arbitrais sobre provimentos antecipatórios não se sujeitam, de imediato, à ação anulatória, que só alcança as sentenças arbitrais, como se vê do disposto no art. 33 da Lei de Arbitragem”. ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, 1999, p. 405.

<sup>356</sup> O autor explica que, “nas hipóteses de cautelares preparatórias aforadas perante a justiça pública, o processo acautelatório rege-se integralmente pelas normas insculpidas [*sic*] no Livro III do CPC, o que importa, entre outros aspectos, dizer que o juízo arbitral deverá ser instaurado no prazo de 30 dias contados da data da efetivação da medida (art. 806). Negando-se a parte *ex adversa* em instituir a arbitragem, o interessado deverá ajuizar perante o Estado-juiz, no trintídio legal, a demanda estatuída nos arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96, conforme o caso concreto.” FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 224.

<sup>357</sup> *Idem, ibidem*, p. 224.



objeto do contrato, ou seja, “como demanda acessória antecedente à instauração da lide principal”, Figueira Júnior entende que “a medida somente poderá ser concedida pelo árbitro ou tribunal arbitral<sup>358</sup>”. Entretanto, o próprio autor ressalva que é preciso verificar alguns aspectos dessa opção, pois, “se a convenção de arbitragem ainda não tiver sido firmada e houver relutância de uma das partes para instituir o juízo arbitral”, socorrer-se do procedimento previsto nos arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96 pode levar a ineficácia da proteção da tutela pretendida por causa do tempo que isso tomará da parte. Nesses casos, defende-se que a situação emergencial em concreto indicará a competência para o conhecimento da lide acessória, independentemente do que foi estipulado na convenção arbitral<sup>359</sup>. Compartilhamos, nesse aspecto, do mesmo entendimento.

#### 4.5.6 A FINALIDADE DA ARBITRAGEM

Na arbitragem, como meio alternativo ao processo de solução de controvérsias, as partes elegem um “juiz privado” para solucionar o litígio, de direito patrimonial disponível, surgido de determinada relação jurídica entre elas. Com respaldo na Lei 9.307/96, esse “juiz privado” deverá proferir um laudo que terá força vinculativa para os litigantes.

A arbitragem não tem o condão de fazer as vezes do Judiciário, apesar de afastar a competência daquele para tutela do direito em razão do qual foi instaurada, e, ainda que, muitas vezes, ao elegerem essa via alternativa, o que as partes pretendem seja uma “prudente distância do Poder Judiciário (cujas decisões, via de regra, são seguras, porém, muito morosas)<sup>360</sup>”.

---

<sup>358</sup> Nesse caso, o procedimento cautelar deve reger-se “nos termos do que dispuser os regulamentos particulares definidos no compromisso arbitral, pelo árbitro, tribunal arbitral ou entidade arbitral indicada pelos litigantes”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 224-225.

<sup>359</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 225. Pedro A. Batista Martins também defende posição semelhante em *Árbitros e juízes: guerra ou paz?*

<sup>360</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Árbitros e juízes: guerra ou paz?*, *Op. cit.*, 1999, p. 421. Figueira Júnior assevera o seguinte acerca do tema: “Em que pese a arbitragem prestar-se adequadamente à solução de conflitos de natureza diversa, adquire foro preferencial e finalidade específica em questões decorrentes de relações comerciais e, em particular, as internacionais, em que há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio, sendo visíveis as suas vantagens.

A importância da instituição do novo regime da arbitragem não consiste necessariamente em desafogar o Judiciário ou em oferecer mecanismos mais céleres, econômicos e não públicos de solução de controvérsias. Em algumas situações, essa idéia pode até corresponder a uma verdade parcial, e a redução da sobrecarga do Judiciário poderá verificar-se de forma lenta e paulatina, à exata medida que o jurisdicionado for absorvendo e adquirindo a cultura dos meios alternativos de composição de seus conflitos.

A arbitragem também tem como escopo a pacificação social por meio da composição de litígios – que envolvam direitos patrimoniais disponíveis – às vezes realizando a vontade concreta da lei escolhida pelas partes como aplicável; outras, aplicando a equidade.

Para aqueles que acreditam ter a arbitragem natureza jurisdicional<sup>361</sup>, pode-se dizer que seu escopo seria semelhante ao escopo da jurisdição.

Fazendo-se uma análise comparativa, poder-se-ia dizer que o procedimento arbitral teria o mesmo caráter instrumental do processo. De onde se conclui que, assim como o processo, o procedimento arbitral ou a arbitragem propriamente dita, também propicia às pessoas a tutela de seus direitos, ressalvados os direitos não patrimoniais e indisponíveis.

O processo seria, na verdade, meio para se alcançarem objetivos constitucionais, envolvendo a finalidade da jurisdição aspectos relacionados à idéia de necessidade de pacificação social. Dinamarco indica também para a jurisdição escopos sociais e políticos<sup>362</sup>.

No âmbito dos escopos sociais, ter-se-ia a “pacificação social”, isto é, os contendentes, ainda que insatisfeitos com a decisão prolatada, a aceitam porque sabem que o conflito foi solucionado por meios “reconhecidamente idôneos” e não haveria outra forma melhor de solução “humanamente realizável”<sup>363</sup>.

Sendo assim, as partes confiam na idoneidade do sistema e no método de solução de conflitos, estando cientes de que necessitam da tutela jurisdicional do Estado para a vida em sociedade. Observe-se que o escopo social mais elevado do Estado seria a eliminação de conflitos mediante critérios justos<sup>364</sup>.

Na seara dos escopos políticos, afigura-se “a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder)”, sem a qual o próprio Estado não subsistiria. O poder

---

Por isso, não temos dúvida ao afirmar que a importância preponderante da arbitragem não reside em ser mais uma forma alternativa colocada à disposição dos jurisdicionados para buscarem a solução estatal ou concorrer com ela, mas apenas servir como mecanismo opcional hábil voltado à resolução dos grandes conflitos, sobretudo de natureza comercial interna ou internacional”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 20-21.

<sup>361</sup> A esse respeito, Figueira Júnior explica que, com o advento da Lei 9.307/96 – microsistema que institui o novo regime arbitral –, quebrou-se o monopólio estatal da jurisdição: “o sistema arbitral, após a reforma (ou talvez ainda melhor a revolução) estabelecida por meio da Lei 9.307/96, formalizou a verdadeira jurisdicionalização desse instituto jurídico, quebrando definitivamente o elo milenar e mitológico do monopólio da jurisdição estatal, fundado em natureza contratual privatista”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, 1999, p. 21.

<sup>362</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 181-192.

<sup>363</sup> *Idem, ibidem*, p. 195.

<sup>364</sup> *Idem, ibidem*, p. 196.

visa assegurar a subordinação dos contendentes à decisão soberana, prolatada legitimamente, para se chegar à pacificação social<sup>365</sup>.

Ainda no que tange aos escopos políticos, ter-se-ia a necessidade de “concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício”; e a garantia da “participação dos cidadãos” como “valor democrático inalienável para a legitimidade do processo político”<sup>366</sup>.

Nesse sentido, a arbitragem, igualmente, seja entendida como divisão de competência da jurisdição, seja como equivalente à jurisdição, deve ter escopos políticos e sociais, mas voltados para a realização dos direitos patrimoniais disponíveis.

É preciso enxergar a jurisdição não pelo seu escopo jurídico estrito, mas, também, sob o prisma social e político, bem como funcional da jurisdição arbitral, que, numa visão teleológica, equipara-se à jurisdição estatal, pois ambos almejam eliminar os conflitos com justiça, sendo certo ainda que a arbitragem pacifica as pessoas, uma vez que não só resolve a parcela da questão levada à decisão, mas, sobretudo, aplaca a lide sociológica<sup>367</sup>.

Couture ensina que a idéia de jurisdição, como a de processo, seria essencialmente teleológica; pois a jurisdição por si só não existe; existe, sim, para a consecução de um fim<sup>368</sup>. O autor assevera, ainda, que os órgãos encarregados de realizarem a jurisdição são, geralmente, os do Poder Judiciário; mas isso não estaria a excluir a possibilidade de as funções jurisdicionais serem destinadas a outros órgãos<sup>369</sup>.

As partes procuram a arbitragem porque desejam uma “solução rápida, deformalizada e especializada para seus conflitos”, além de se beneficiarem “do sigilo propiciado pelo método em questão e da possibilidade de indicar como julgador um especialista na matéria objeto da disputa”<sup>370</sup>. E, também, porque sabem que a decisão arbitral terá a mesma força que teria uma sentença judicial, se esta tivesse sido a via escolhida para a composição do litígio objeto da arbitragem<sup>371</sup>.

Nesse sentido, a arbitragem pode ser vista como uma questão de competência, um equivalente jurisdicional, que tem a mesma finalidade instrumental do processo,

---

<sup>365</sup> *Idem, ibidem*, p. 204-205.

<sup>366</sup> *Idem, ibidem*, p. 204-205.

<sup>367</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 40.

<sup>368</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, 2002, p. 36.

<sup>369</sup> *Idem, ibidem*, p. 35.

<sup>370</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 421.

<sup>371</sup> Lemes também faz a seguinte observação: “A arbitragem é especial, diferente, ‘não é litigância agitada’, tem o potencial de ser via rápida procedimental. A flexibilidade não pode ser mero atributo da arbitragem, mas

qual seja, a composição justa de litígios – utilizando-se de critérios justos – e a conseqüente pacificação social, por ser meio alternativo de solução de disputas.

#### 4.5.7 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Antes de se dar início às considerações finais acerca da natureza jurídica do instituto, cumpre destacar as considerações de Martins: “aparentemente matéria de cunho acadêmico, na realidade o estudo da natureza jurídica consubstancia elemento importante, extremamente relevante, para se costurar e projetar a função e a autoridade do juízo arbitral enquanto justiça privada”<sup>372</sup>.

Duas são as grandes correntes que versam sobre a natureza jurídica da arbitragem: (i) a privatista, que defende a sua natureza contratual e seguida por Satta, Chiovenda, Rocco, Calamandrei, Scaduto, Solarce, Lipari, Betti, Mattiolo, Menestrina, Angelotti, na Itália, e Weismann e Wach, na Alemanha; (ii) a publicista, cujo entendimento descreve a natureza jurisdicional desse instituto. Entre seus defensores estão os italianos Mortara, Giuseppe Saredo, Bonfante, Galante, De Palo, Pipia, Fedozzi, Ghirardini, Codoviela, Minozzi, Vocino, Cogliolo, Jamalio, Di Blasi, D’Onofio e o alemão Bülow<sup>373</sup>.

Em suma, para os privatistas, em razão de o árbitro não possuir a *coertio* e a *executio*, elementos que consideram essenciais à jurisdição, resta à arbitragem esse caráter contratual, de forma que a decisão pronunciada pelo julgador privado seria “mero parecer ou opinião técnica, a necessitar de chancela estatal para que produza seus efeitos de direito”, de modo que “o laudo remanesceria ato privado, pois oriundo de exercício ou função privada”<sup>374</sup>. Parte-se da idéia de que “a jurisdição compreende a dupla função de julgar e impor condutas”, de modo que, se o árbitro não tem esse poder coercitivo para impô-las, não há como se revestir do caráter jurisdicional<sup>375</sup>.

---

característica de um bom árbitro, que deve ter a iniciativa, a habilidade e o desejo de seguir uma linha e estabelecer o ritmo do procedimento. As partes escolhem a arbitragem em vez do processo judicial porque querem uma decisão que reflita a postura comercial e o bom senso [...]. As partes esperam rapidez, profissionalismo e um sistema que lhes propiciem total sigilo a um custo razoável.” LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem institucional e *ad hoc*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 315.

<sup>372</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

<sup>373</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 38.

<sup>374</sup> *Idem, ibidem*, p. 38.

<sup>375</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. *Mediação e arbitragem. Alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 194.

Para os contratualistas, o caráter privado da arbitragem refere-se tanto à sua origem quanto à qualidade dos árbitros. Estes últimos, por sua vez, não seriam juízes, “mas particulares que não assumem a qualidade de funcionário público e que não administram a justiça em nome do Estado, senão pela vontade das partes”. Diante disso, eles podem ser eleitos para solucionar as controvérsias porque elas envolvem direitos disponíveis, de forma que o Estado não pode privá-las “da faculdade de escolher o método para resolvê-las”. Ademais, seria decorrente da vontade das partes a atribuição que o árbitro recebe, e não da lei, sendo a função jurisdicional “uma das formas em que se exterioriza a soberania do Estado”, e esse poder, atributo da soberania, é indelegável. Por conseguinte, o vínculo que surge entre o árbitro e as partes seria, eminentemente, contratual e ocorre porque as questões que envolvem são de direito patrimonial disponível<sup>376</sup>.

Cita-se, a título de ilustração, trecho do voto do Ministro Rodrigues Alckmin prolatado no julgamento do AI 521.181/STF, cujo acórdão foi publicado no DOU de 24.09.96, contrário ao caráter jurisdicional da arbitragem:

Os conflitos de interesse comportam solução negocial. Assim, podem as partes transigir, como podem aceitar o compromisso – tal como lhes é lícito, na compra e venda, deixar a fixação do preço ao arbitrio de terceiro. Em nenhuma dessas situações, se pode pensar na criação de órgãos revestidos do poder de jurisdição. É que, como evidente, esse poder não decorre do acordo de vontade dos titulares de interesses em conflito. A jurisdição é poder estatal, e seu exercício não se submete à concordância dos litigantes. Ora, quando se estipula o compromisso, não é possível confundir a situação com a instituição de órgão dotado de poder jurisdicional, ou com ofensa ao monopólio da jurisdição que – ressalvados os casos na Constituição previstos – ao Judiciário se reconhece.

Aproveita-se da defesa de Martins para resumir os argumentos dos publicistas, que já muito destacamos nesta pesquisa, pois que tem sido a corrente mais bem reconhecida pela doutrina moderna. Segundo o autor, “o poder estatal é uno, porém, seu exercício é distribuído por órgãos que a lei preestabelece, de forma a otimizar essa prática e melhor pacificar os conflitos”. Por essa razão, quando investem alguém na qualidade de árbitro, as partes estão conferindo-lhe competência, “prevista e admitida em lei, para apreciar e solucionar a questão posta em toda a sua latitude”. Tem-se, portanto, que a investidura, nesse cargo, possui caráter privado, “pois é encarregado de julgar por um cidadão e não pelo

---

<sup>376</sup> *Idem, ibidem*, p. 193.

próprio Estado”, enquanto, “a assunção dessa função e o seu exercício são de interesse estatal, consubstanciando verdadeiro *munus publicum*; é expressão de caráter público”. Isso porque o cidadão só pode optar pela jurisdição privada e nomear árbitro para solucionar a controvérsia em decorrência da permissão do Estado, que “possibilita e põe à disposição do interessado essa forma de solução de conflito”<sup>377</sup>.

Por conseguinte, a convenção de arbitragem, porque prevista em lei, quando firmada, “derroga a justiça estatal em benefício da jurisdição privada, e, constituído o juízo arbitral, passa a deter o árbitro o poder de ‘dizer o direito’ a ser aplicado à controvérsia e a dirimir todas e quaisquer questões relacionadas ao caso em exame, ressalvadas, obviamente, as matérias de direito indisponível”. O afastamento do órgão do Poder Judiciário – que, originariamente, seria competente para apreciar a causa – ocorre “por acordo expresso na convenção de arbitragem, de natureza privada”, enquanto os efeitos dela decorrentes são de caráter público<sup>378</sup>.

Verifica-se, pois, que a Lei autoriza o árbitro a atuar como juiz privado, quando indicado pelas partes, porque ele não atua em nome delas, mas sim do próprio Estado, no interesse de ambos, uma vez que este busca a pacificação social e aquelas, a solução do caso concreto, tudo dentro do senso comum de justiça.

Sendo assim, diante da obrigação do Estado de zelar pela melhor forma de administrar a justiça e alcançar a pacificação social, este abre mão do monopólio da jurisdição e reconhece “a possibilidade de os particulares exercerem tais funções através do mecanismo da arbitragem”. E o fato de os árbitros exercerem sua atividade em razão da vontade das partes não retira o caráter público de sua atividade<sup>379</sup>.

Nesse sentido, Martins completa seu pensamento dizendo que, “se o Estado ainda remanesce com a exclusividade de exercitar a *coertio* e a *executio*, através do Poder Judiciário, ao árbitro é assegurado os demais componentes da jurisdição, a *notio* [...], a *vocatio* [...] e, principalmente, o *judicium* [...]”<sup>380</sup>.

Conquanto ambas as correntes discorram argumentos significativos, somos da opinião de que a arbitragem possui natureza mista, porque depende da convenção privada das partes para que possa ser instituída; ao mesmo tempo, para ter eficácia, depende de que possua o árbitro poderes jurisdicionais. Ademais, assim como defendem os privatistas, o árbitro ainda não possui todos os poderes inerentes à

---

<sup>377</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 38-39.

<sup>378</sup> *Idem, ibidem*, p. 38-39.

<sup>379</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. *Op. cit.*, 1999, p. 194-196.

<sup>380</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 38-39.

jurisdição, justamente porque não deixou de ter, por completo, esse caráter privado; mas, porque possui alguns dos aspectos relativos à jurisdição, sua atividade possui, também, esse caráter jurisdicional.

Com a edição da Lei 9.307/96, o princípio do *pacta sunt servanda* passa a ser prestigiado mesmo na cláusula compromissória, de modo que não se pode excluir a natureza contratual do instituto. Nesse sentido, Martins expõe que “a arbitragem tem sua origem, e calca-se no pilar da autonomia da vontade”, de modo que, “nesse sistema de solução pacífica de controvérsias, nenhuma condição deve ser imposta, senão quando fruto da livre manifestação da vontade das partes”. Ademais, uma vez firmadas, consensualmente, as cláusulas, deve-se imperar o *pacta sunt servanda*. Como consequência, “não mais devem os contratados afastar-se do pacto sinalagmático, devendo ser cumpridas as obrigações contraídas e exercitados os direitos firmados de boa-fé<sup>381</sup>”.

Ao mesmo tempo, o árbitro passa a ter maiores poderes jurisdicionais, conquanto o laudo que pronuncia não necessita mais passar pelo crivo do Judiciário antes de obter caráter executório.

Enquanto em sua origem, a arbitragem tem natureza privada, por ser estruturada tendo por base um contrato privado, seus efeitos têm amplitude pública, por ser esse contrato entendido como fato jurídico, para que dele sejam extraídos efeitos jurisdicionais qualificados pela coisa julgada, que é característica marcante da atividade jurisdicional<sup>382</sup>.

No entanto, como explicitado, o árbitro possui poder, mas não possui força. Desse modo, o árbitro também possui poderes jurisdicionais, mas não exatamente os mesmos que um juiz togado. Sua atividade equivale a do juiz, mas não é exatamente a mesma. Tanto que o árbitro somente pode lidar com direitos patrimoniais

---

<sup>381</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Aspectos jurídicos do compromisso. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 242.

<sup>382</sup> FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas. Considerações acerca da arbitragem e sua constitucionalidade. In: *Revista Jurídica*, v. 15, n.º 2, 1999, p. 93.

Morais acrescenta o seguinte: “se as leis não administrassem e atribuísssem determinadas características com caráter jurisdicional à atividade dos árbitros, os litigantes que quisessem resolver extrajudicialmente seus conflitos, ainda sim, poderiam submetê-los à decisão de terceiro. Entretanto, a atuação deste, por não estar revestida de atributos de jurisdição de que, efetivamente, gozam os árbitros, impossibilitaria que se recorresse à justiça estatal para executar coativamente sua decisão.

disponíveis. Sendo assim, como Freitas, compartilhamos do entendimento de que o juízo arbitral seja um equivalente jurisdicional, porque atua no lugar da jurisdição, tal como previsto na lei brasileira<sup>383</sup>.

Assim, nesse regime, a arbitragem também possui esse caráter contratual, porque surge do pacto privativo das partes e porque faltam ao árbitro “poderes” de coerção e execução, na verdade, força coercitiva e executiva, que também são elementos da jurisdição. É preciso destacar que,

sendo o compromisso de natureza contratual – não obstante produzir efeitos no campo processual –, vigora o princípio da relatividade do contrato firmado pelas partes. Em consequência, a competência do árbitro encontra limites nos terceiros não subordinados às suas decisões, por falta de liame jurídico<sup>384</sup>.

Se o árbitro não possui poderes coercitivos, a execução de medidas em caráter de urgência e da sentença arbitral cabe ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para o julgamento da causa. Mas, nem por isso, acreditamos que o juízo arbitral deixe de possuir essa natureza de jurisdição. Sendo assim, nesse regime da Lei 9.307/96, defendemos a natureza mista do instituto da arbitragem, porque, em todo caso, o árbitro deverá se conformar com os limites impostos pelo compromisso arbitral.

---

Tal pronunciamento conforta em muito a corrente doutrinária que atribui à arbitragem natureza jurisdicional híbrida, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional”. MORAIS, José Luís Bolzan de. *Op. cit.*, 1999, p. 196-197.

<sup>383</sup> FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Op. cit.*, 1999, p. 93.

Carreira Alvim explica que “os equivalentes jurisdicionais são os meios mediante os quais se pode atingir a composição da lide, por obra dos próprios litigantes (contendores) ou de um particular desprovido de poder jurisdicional”. ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*, p. 49. Quando se adota o ponto de vista de Freitas, estar-se-á, na realidade, asseverando que o árbitro exerce uma atividade equivalente à jurisdicional, justamente, por possuir, também, alguns caracteres e poderes jurisdicionais. Respeitado o entendimento de Carreira Alvim, não se coaduna com ele no que tange à concepção que o referido autor denota à expressão “equivalente jurisdicional”, a fim de adotar-se, assim, uma nova perspectiva sobre o termo.

Gusmão Carneiro também falou em “equivalentes jurisdicionais” ou “substitutivos da jurisdição” ao referir-se ao juízo arbitral. Explicando a expressão, o autor assevera que “determinados atos, embora não provindos de autoridade judiciária brasileira, conduzem, sob certas condições, ao mesmo resultado, ou seja, à composição definitiva da lide, que seria obtido mediante o uso das vias jurisdicionais”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.*, 1989, p. 40. Sendo assim, ele considera a arbitragem uma atividade equivalente à atividade jurisdicional. Note-se, entretanto, que essas considerações foram feitas pelo autor ao tempo em que apenas o compromisso, e não a cláusula compromissória, tinha o condão de afastar a competência do Judiciário e, ademais, em que o laudo arbitral dependia de prévia homologação.

<sup>384</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 362.



Quanto à questão da independência do juízo arbitral, Martins ensina que essa busca é cada vez maior, tanto que, “na recente lei brasileira que, acompanhando a evolução do instituto, incorporou ao sistema legal nacional o princípio da autonomia da cláusula arbitral (art. 8º) e conferiu aos árbitros a competência para apreciar e julgar as arguições de suspeição e impedimento, sem que ocorra a suspensão do processo arbitral, no caso de não vir a ser acolhida a pretensão<sup>385</sup>”. Continua o autor:

Ainda mais, reforçando o princípio da autonomia desse meio privado de solução de controvérsias, que cada vez mais ganha novos adeptos e tem redundado na outorga de maiores poderes aos árbitros, com clara repercussão nos diversos sistemas jurídicos, a Lei 9.307/96, adotando preceito de vanguarda, não deslocou a competência arbitral para o juízo ordinário, nos casos em que sobrevenha no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis<sup>386</sup>.

Conclui-se, portanto, que a arbitragem no Brasil, tendo em vista o acréscimo de poderes que a LA permite se outorguem ao árbitro e a relevância com que assevera o princípio da autonomia da vontade das partes, afigura-se desse caráter híbrido, misturando aspectos contratuais e jurisdicionais.

## 5 CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, é possível encetar as seguintes conclusões gerais: a autodefesa e a autotutela foram as formas mais primitivas de solução de controvérsias, prevalecendo a lei do mais forte. Delas, evolui-se para a arbitragem facultativa, sob a influência dos sacerdotes. Com o desenvolvimento do processo civil romano, a resolução das disputas passa das mãos do pretor, juiz privado, para o Estado, originando-se, assim, o que se tem hoje por jurisdição.

Na fase do *ordo judiciorum privatorum*, do processo civil romano, afigurava-se a existência de um julgador privado, que, por sua vez, não possuía poder de império. Verifica-se, pois, que as concepções de jurisdição e império não eram equivalentes, ao contrário do que a doutrina clássica, em sua maioria, acredita, isto é, que o império seja característica essencial à jurisdição, a ponto de, com ela, confundir-se. A jurisdição, pertencente ao magistrado, nada mais era do que o

---

<sup>385</sup> *Idem, ibidem*, p. 359.

<sup>386</sup> Entretanto, nesse caso específico, a arbitragem deverá ser suspensa (se a decisão arbitral depender da solução dessa matéria específica) até que se tenha a decisão da questão prejudicial. MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1991, p. 359.

poder de declarar o direito ao caso concreto. O ato de julgar, por sua vez, competia ao juiz privado.

Por muito tempo, a doutrina defendeu (e muitos ainda defendem) a jurisdição como monopólio do poder estatal. Atualmente, entretanto, parcela da doutrina tem evoluído para um conceito mais moderno de jurisdição, a fim de propiciar maior eficácia a outros meios de solução de justiça, como no caso da arbitragem.

Apresentam-se inúmeros conceitos de jurisdição. Não obstante as críticas ao conceito adotado por Chiovenda e Rocco, poder-se-ia dizer que, para se tratar da arbitragem como instituto de caráter jurisdicional, tal conceito muito se enquadraria, uma vez que o árbitro aplica o direito (a vontade da lei) ao caso concreto, ainda quando julga por equidade (pois, mesmo a decisão por equidade, não pode ser uma decisão fora do direito, devendo-se levar em conta, nesses casos, a ordem pública, por exemplo).

Não há, entretanto, que se descartarem os outros conceitos de jurisdição, pois todos enumeram elementos que a caracterizam. Deve-se ressaltar, porém, que o *imperium* e a *coertio* são, igualmente, elementos da jurisdição, mas a falta deles não a invalida, pois os litigantes podem cumprir voluntariamente a determinação do órgão jurisdicionado.

Guiada pelo movimento universal da terceira onda, com vistas a prestigiar meios alternativos de solução de controvérsias e diante dessa propensão de dar maior eficácia ao juízo arbitral, dotando-o de maiores poderes jurisdicionais, a Lei 9.307/96 trouxe boas perspectivas para os principais institutos da arbitragem, elevando a importância dessa forma de pacificação de conflitos ou composição de lides para conferir à sociedade mais um meio de acesso à justiça<sup>387</sup>.

A arbitragem já era utilizada no Brasil à época das Ordenações Filipinas. Chegou-se a regular, mais adiante, até mesmo casos de arbitragem obrigatória, os quais, logo depois, foram eliminados do ordenamento jurídico brasileiro.

Tanto o Código Civil de 1916 como os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 versavam sobre a arbitragem, mas o regramento jurídico do instituto ainda não se fazia satisfatório, sendo pouco prestigiado. Isso porque, entre outras razões, somente o compromisso tinha força vinculativa entre os litigantes, enquanto a cláusula compromissória, se não cumprida, ensejava, tão-somente, reparação por perdas e danos, muitas vezes difícil de se aferir.

Ademais, o laudo arbitral dependia de homologação do Poder Judiciário para constituir título executivo. Por conseguinte, o laudo proferido no exterior

---

<sup>387</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, 1999, p. 40.

dependia do duplo *exequatur*, ou seja, da homologação da autoridade estrangeira competente e, também, da homologação do STF. Se o regime jurídico estrangeiro não admitisse a homologação pela autoridade estrangeira, porque não a entendia necessária, impossibilitava a obtenção do *exequatur* pelo STF, que considerava requisito essencial para tanto a chancela prévia da autoridade estrangeira.

Essas e outras questões desprestigiavam a arbitragem no Brasil. A LA inovou em todos esses aspectos: retirou a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário para que o laudo possa ter força entre as partes, de modo que, se condenatório, forma título executivo judicial, e os laudos arbitrais estrangeiros, para serem executados no Brasil, dependem tão-somente da chancela do STF. O único problema, quanto a essa questão, refere-se ao fato de que a LA não faz uma distinção adequada entre arbitragem interna, estrangeira e internacional, de modo que, mesmo não tendo elementos de conexão, mas porque o laudo foi proferido no exterior, em razão, por exemplo, do *expert* que lá se encontra, a arbitragem será tida como estrangeira e necessitará do *exequatur* do STF ainda que as partes, voluntariamente, queiram cumprir a determinação do árbitro.

Também em relação à cláusula compromissória, assim como já o fazia o compromisso, essa passa a afastar a jurisdição estatal para a tutela do direito sobre o qual versa.

Diversas são as espécies de arbitragem existentes, mas nem todas elas se fazem presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Verificou-se a distinção entre a arbitragem facultativa e a obrigatória, no Brasil, quando havia previsão legal para esta última, que foi, logo, extinta. A LA também distingue arbitragem interna da internacional, mas não o faz no que tange à arbitragem estrangeira e à internacional, dando a elas o mesmo efeito perante o ordenamento jurídico brasileiro, isto é, produzem laudos estrangeiros que precisarão do *exequatur* do STF para produzir efeitos no Brasil. Há, igualmente, previsão na Lei para que a arbitragem possa ou não ser institucional, dando-se lugar a dois tipos de arbitragem: a *ad hoc* e a institucional. Ainda, permite a Lei que a arbitragem seja de direito (quando se utiliza de regras preestabelecidas para solucionar o litígio e fundamentar o laudo arbitral) ou por equidade (quando se permite ao árbitro afastar ou não o direito positivo, conforme encontre solução mais justa), de acordo com a vontade das partes.

Quanto à arbitragem jurisdicional e à arbitragem contratual, a doutrina brasileira é controversa em determinar qual delas predomina no regime jurídico interno. Ressalte-se, entretanto, uma tendência moderna de os processualistas brasileiros, que escrevem sobre o tema, defenderem o caráter jurisdicional desse instituto.

Importante destacar a atuação do STF, que, ao decidir pela constitucionalidade da Lei na SE 5.206-7, contribuiu para a instauração e o estabelecimento, no Brasil, do regime jurídico da arbitragem como microssistema, forma de pacificação social, meio alternativo de acesso à justiça acreditado e bem visto internacionalmente, trazendo prestígio para a arbitragem brasileira, que passou a ser mais utilizada, bem como para o ordenamento jurídico nacional, implementando a questão da segurança jurídica, principalmente, para relações comerciais que envolvam sujeitos nacionais.

Pode-se dizer que a decisão do STF, implicitamente, deu relevância ao princípio da autonomia da vontade, quando entendeu ser possível afastar-se a jurisdição estatal pela simples celebração da cláusula compromissória, ainda que em branco, e, por conseguinte, contribuiu para que se firme a idéia de jurisdicionalização da arbitragem, muito combatida pela doutrina antes do advento da Lei 9.307/96.

Apesar de haver previsão legal anterior que, expressamente, determinava fosse o árbitro juiz de fato e de direito, na prática, ele não o era, pois sua decisão dependia da prévia chancela do Poder Judiciário para obter executividade. Somente com a promulgação da LA, o árbitro passa a ser juiz de fato e de direito, porque só então suas decisões passam a ter esse caráter vinculativo para as partes. A lei compara, inclusive, o laudo arbitral com uma sentença, determinando que aquele também faz coisa julgada.

Quanto à possibilidade de os árbitros decretarem provimentos acautelatórios em geral, a doutrina é controversa. Porém, entendeu-se pela afirmativa, porque os árbitros compartilham do Poder Jurisdicional do Estado, com divisão de competência ou, ao menos, equivalente jurisdicional, adquirida pela vontade das partes e por autorização legal. Ainda, em função do caráter menos formal da arbitragem, não se justificaria o requerimento de auxílio dirigido ao Poder Judiciário, salvo naqueles casos de necessidade de implementação da medida diante da falta de poderes coercitivos do árbitro. Essa seria, ademais, uma forma de manter o prestígio da arbitragem.

Observou-se que a arbitragem tem escopos sociais e políticos, com vistas à pacificação social, utilizando-se de critérios justos, e o aumento na credibilidade, no âmbito internacional, das relações comerciais que se incrementam com sujeitos de direito interno.

Por fim, quanto à natureza do instituto, defendeu-se o caráter híbrido, já que a LA preza pelo princípio do *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade,

ao mesmo tempo em que afasta a competência da justiça estatal, dando ao árbitro a missão de um juiz privado para declarar o direito ao caso concreto, o que está bem demonstrado nos arts. 18 e 31.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano. I. História do Direito Romano – Instituições de Direito Romano: A) – Parte Geral; B) – Parte Especial: Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado geral da arbitragem interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARAMBURU MENCHACA, A. Los árbitros *In: El arbitraje comercial en Iberoamerica*. Editado por el Instituto de Cooperacion Iberoamericana y el Consejo Superior de Camaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegacion de España. Madrid, 1982.
- BERMUDES, Sérgio. Medidas coercitivas e cautelares no processo arbitral. *In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. Reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Vol. IV. 3ª tiragem. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1979.
- CALAMANDREI, Piero. Noción unitaria de jurisdicción. *In: GREIF, Jaime. El proceso: vision y desafios*. Fundacion de Cultura Universitaria, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti [et al]. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. *In: Revista de Processo*. Vol. 18, n.º 72, p. 53-74, out./dez., 1993.
- \_\_\_\_\_. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei n. 9.307/96. *In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96. *In: Revista de Processo*. Ano I, n. 99, p. 85-98, jul./set. 2000.
- \_\_\_\_\_. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.
- \_\_\_\_\_. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

- \_\_\_\_\_. Arbitragem internacional. In: *Revista Forense*. Vol. 329, jan./fev./mar. 1995, p. 25-39.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Vol. I. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. In: *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1999.
- CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. São Paulo: Ltr, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1965.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei n. 9.307/96. In: *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1999.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Processual Civil*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade humana de um julgamento imparcial. In: *Doutrina Nacional. Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n.12, p. 260-294, out./dez. 2002.
- DUNSHEE DE ABRANCHES, C. A. El acuerdo arbitral In: *El arbitraje comercial en Iberoamerica*. Editado por el Instituto de Cooperacion Iberoamericana y el Consejo Superior de Camaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegacion de España. Madrid, 1982.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Considerações acerca da arbitragem e sua constitucionalidade. In: *Revista Jurídica*, v. 15, n.º 2, 1999, p. 90-98.
- FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho. A arbitragem no Brasil de acordo com a Lei n.º 9.307/96. In: *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- FURTADO, Paulo. Arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. *Revista Consulex*, ano I, n° 4, abril, 1997, p. 46.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. A constitucionalidade da Lei de Arbitragem. In: *Revista Jurídica*, Faculdade de Direito PUC Campinas, vol. 15, n.º 2, 1999, p. 40-46.
- GARCEZ, José Maria Rossani (Coord). *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GUIMARÃES, Affonso Paulo. *Noções de Direito Romano*. Porto Alegre: Síntese.
- GREIF, Jaime. *El proceso: vision y desafios*. Fundacion de Cultura Universitaria, 1993.
- JHERING, Rudolf Von. *O espírito do Direito Romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Tradução de Rafael Benaion. Vol. I. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934.
- \_\_\_\_\_. *O espírito do Direito Romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Tradução de Rafael Benaion. Volume III. Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: conceitos e pressupostos de validade: de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem no Brasil: Programa de Fortalecimento da Arbitragem e da Mediação Comercial no Brasil*. Brasília: Confederação das Associações Comerciais do Brasil – CACB e Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, 2002.
- LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem institucional e *ad hoc*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Dos árbitros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LEMONS, Eduardo Manoel. *Arbitragem & conciliação: reflexões jurídicas para juristas e não juristas*. *Revista Consulex*, Brasília, 2001.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume I. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.16.



- LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. In: *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Campinas: Millennium, 2000.
- MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Árbitros e juízes: guerra ou paz? In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Aspectos atinentes às disposições gerais. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Aspectos jurídicos do compromisso. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Cláusula compromissória. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Da convenção de arbitragem e seus efeitos. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Normas e princípios aplicáveis aos árbitros. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- MICHAELIS. *Moderno dicionário inglês-português, português-inglês*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.



- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Arbitragem: perspectivas. *Revista Consulex*. Ano I, n.º 10, 31.12.1997, p. 32.
- NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Arts. 270 a 331. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II. Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- PIRES, Adriana; COSTA, Milena Cardoso. Acesso à jurisdição e suas limitações. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PUCCI, Adriana Noemi. Juiz & árbitro. PUCCI, Adriana Noemi (Coord.) [et al.]. In: *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos dos árbitros do centro de conciliação e arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. (Coord.) [et al.]. *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos dos árbitros do centro de conciliação e arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PRUDENTE, Antônio de Souza. Inconstitucionalidade da justiça privada na nova Lei de Arbitragem. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n.º 132, out./dez. 1996.
- ROSE, Cristianne FonticIELha de. O conceito de jurisdição. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária: atualizado pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SILVA, Clovis V. do Couto e. O juízo arbitral no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 25 n. 98 abr./jun. 1988.
- SILVA, Eduardo da [et al.]. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. Vol. I. Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_; e GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. III. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Processo cautelar*. 11ª ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1989.
- TOBAL, Vinício. *El arbitraje internacional*. República Dominicana: Alfa & Ômega, 1998.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.
- VIANNA, Duval. Lei de Arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.9.96, Dou de 24.9.96. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) [et al.]. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZEPEDA, J. Antonio. Normación y práctica del arbitraje en México. In: *El arbitraje comercial em iberoamerica*. Editado por el Instituto de Cooperacion Iberoamericana Y el Consejo Superior de Las Camaras Oficiales de Comercio, Industria Y Navegación de España. Madrid, 1982.

## JURISPRUDÊNCIA

- [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br): Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, Relator Ministro Presidente, DJ de 30.04.2004.
- [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br): Sentença Estrangeira Constestada nº 4.724, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.1994.