

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ARBITRAGEM E SEU REORDENAMENTO

FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS

O que é a arbitragem? Começamos por uma indagação, tão desconhecido e desusado é esse instrumento jurídico processual no Brasil. E iniciamos nossa exposição por sua colocação como instituto precursor, equivalente ou concorrente da jurisdição estatal. A jurisdição, como função do Estado, segundo a conhecida concepção de Chiovenda, “tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da lei, já no torná-la praticamente efetiva.”¹ Todavia, de acordo com a observação de Pontes de Miranda, a composição de litígios pelo Estado “foi solução posterior à justiça de mão própria e à justiça dos árbitros.”²

Historicamente, pois, a arbitragem é anterior à jurisdição, surgindo na civilização numa fase subseqüente ao primitivo regime da autotutela ou defesa privada, ou ainda, da autocomposição, quando os indivíduos foram dando conta dos inconvenientes desses sistemas, principalmente daqueles em que imperava o regime de força individual, e passaram a submeter suas questões à solução amigável e imparcial de árbitros, antes da organização da Justiça estatal. Subsiste

em concomitância com a jurisdição do Estado, como meio legal opcional de solução de litígios, principalmente no comércio internacional.

O Juízo Arbitral ou a arbitragem é um processo privado criado, conforme previsão legal, pela vontade das partes (não existe mais no Brasil, a arbitragem obrigatória, consoante aconteceu no passado, tocante às questões comerciais) para a solução de um litígio existente ou que venha a ocorrer entre elas. De conformidade com o Código de Processo Civil de 1973 (arts. 1.072 a 1.102, revogados pela Lei 9.307, de 23.09.1966, tratava-se de um procedimento especial, roupagem que a nova lei também lhe confere.

É uma instituição de justiça privada – *On entend par arbitrage l'institution d'une justice privée*, diz Jean Robert, “gracê à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger.”³

Charles Jarrosson, autor de excelente monografia acerca da noção de arbitragem, assim a define: “l'arbitrage este l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle que lui a été confiée par celles-ci”⁴

⁽¹⁾ In *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, trad. de Guimarães Menegale, São Paulo : Saraiva, 1965, p. 82.

⁽²⁾ In *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro : Forense, 1977, t. 15, p. 226.

⁽³⁾ In *L'Arbitrage droit interne droit international privé*, com a colaboração de Bertrand Moreau, 5.^a ed., Paris : Dalloz, 1983, p. 3.

⁽⁴⁾ In *La Notion d'arbitrage*, Paris : Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Privé, 1987, p. 372.

Para René David, a arbitragem “est une technique visant à faire donner la solution d’une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes – l’arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d’une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l’Etat.”⁵

Segundo os ingleses cuida-se de uma decisão informal para resolver, com mais frequência, questões comerciais.⁶ E os americanos do norte, de conformidade com pragmática definição contida em “Guia para Arbitragem”, editado por conhecida e modelar instituição privada, sediada em New York, a *American Arbitration Association*, dizem: “Arbitration is the referral of a dispute to one ou more impartial persons for final and binding determination. It is private and informal, designed for quick, practical, and economical settlements”.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Luis Fernandez De La Gandara, autores espanhóis, vêm na arbitragem, seja interna ou internacional, “un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o através de mecanismos de designación acordados por ellas – por ejemplo, delegando en um tercero imparcial, persona física o jurídica – a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria – el *laudo arbitral* – que ponga fin a la diferencia entre ellas.”⁷

O Prof. Adolfo Alvarado Velloso, da Universidade de Rosário, Argentina,

define este instituto como “un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de antocomposición de los propios interesados, mediante la cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente, acatar su decisión.”⁸

Entre nós, o Prof. José Cretella Júnior conceitua a arbitragem como “o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.”⁹

E o Prof. Irineu Strenger, conhecido especialista brasileiro, assim se pronuncia: “arbitragem é instância jurisdiccional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios, e força executória perante tribunais estatais.”¹⁰

As últimas três décadas têm sido palco mundial de um lento, porém gradativo, renascimento desse vetusto instituto jurídico de solução de conflitos, sem dúvida alguma, antecedente à jurisdição estatal, institucionalizado no direito clássico antigo e de larga utilização na Idade Média

⁽⁵⁾ In *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris : Economica, Collection Éduces Juridiques Comparatives, 1982, p. 9.

⁽⁶⁾ In *General Principles of English Law*, Redmond & Stevens, 6.^a ed., M&E Handbooks : Law, 1990.

⁽⁷⁾ In *El arbitraje comercial internacional*, Madrid : Tecnos, 1989, p. 19.

⁽⁸⁾ In “El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses”, *RePro*, São Paulo: RT Janeiro-março de 1987, n. 45, p. 94 a 105.

⁽⁹⁾ In “Da arbitragem e seu conceito negocial”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 98, 1988, p. 127-138.

⁽¹⁰⁾ In *Contratos internacionais do comércio*, 2.^a ed., revista e ampliada, São Paulo : RT, 1992, p. 214.

e cuja aceitação entre algumas classes empresariais, sob o influxo da atuação de suas corporações ou associações e sedimentação de seus usos e costumes, sempre foi tradicional em países como, por exemplo, a Inglaterra. O juízo arbitral, ou, simplesmente, a arbitragem, tanto interna, como internacional, vem merecendo, em anos recentes, uma nova roupagem estatutária, em países como a Grécia, em 1967 e 1971 (Leis 44 e 958), a Bélgica, em 1972 e 1985, a Dinamarca, em 1972 e 1973 (Lei 181 e Dec. 117), a França, em 1981 (Dec. 81.500), a Itália, em 1983 e 1994 (Leis 28 e 25, de 05.01.1994), Portugal, em 1984 (Dec.-lei 243), a Holanda e a Alemanha, em 1986, a Espanha, em 1988 (Lei 36). A Inglaterra, com seu *Arbitration Act*, de 1979, complementou os anteriores de 1950 e 1975. Da mesma forma, a Irlanda, cujo ato de 1954 foi alterado em 1980. Os países do leste europeu, igualmente, estão em processo de atualização de suas legislações sobre o assunto. Os Estados Unidos da América do Norte têm o assunto regido pelo *Federal Arbitration Act* datado de 1925, ampliado em 1970 (*Chapter II*), em vista da adesão daquele País à “Convenção relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras”, firmada em Nova York, em 1958, sob os auspícios da ONU. (O Brasil não aderiu a essa Convenção).

Justifica-se, em grande parte, o movimento renovador da legislação sobre arbitragem, na Europa, diante do surgimento de um Direito Comunitário naquela região, da criação da Comunidade Econômica Européia, do desenvolvimento do comércio integrado naquele continente, e de outros fatores que influenciaram os juristas e legisladores a proporcionar ao jurisdicionado uma opção, ao lado da Justiça administrada pelo Estado. Mais, ainda, a intensificação do comércio mundial, neste final de século, e o natural conflito entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, incentiva-

ram e estão a estimular constantes estudos e reflexões e a criação de soluções anacionais ou transnacionais para o resguardo de todos aqueles que se envolvem nessas relações, a ponto de, paralelamente à arbitragem comercial internacional, ressurgir o *jus mercatorum* da sociedade medieval como direito substancial, com a denominação de *lex mercatoria* ou *new law merchant*.¹¹

Nas Américas Central e do Sul também já se nota uma movimentação no sentido de serem atualizadas suas leis sobre a arbitragem, tanto interna como internacional. A Colômbia, por exemplo, tem legislação moderna, através do Decreto 2.279, de 1989 e da Lei 23, de 1991; o México, com sua nova lei de 22.07.1993 e o Peru, com um Decreto-lei de 07.11.1992 (arbitragem internacional) também são modelos dessa regulamentação do velho instituto. Países do Oriente Médio, como o Kwait e o Egito, e da Ásia, a exemplo, da China, igualmente se incorporaram às novas idéias, com modernos ordenamentos acerca da matéria. A nossa lei processual civil, ainda que reescrita sob os auspícios de modernos princípios de processo, em 1973, não deu a merecida atenção ao capítulo do “Juízo Arbitral”, sendo mantidos os mesmos entraves a dificultar sua adoção com maior freqüência. A modernização deste instituto há muito se impunha, até como alternativa para um certo desafogo, ainda que diminuto, do Poder Judiciário. Nesse contexto surgiu o Projeto de Lei do

⁽¹¹⁾ V. os estudos de Berthold Goldman, Phillippe Kahn e Antoine Kassis, todos referidos pelos Profs. José Alexandre Tavares Guerreiro, (*Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*, São Paulo: Saraiva, 1993) e Hermes Marcelo Huck (*Sentença estrangeira e Lex Mercatoria*, São Paulo: Saraiva, 1994), e ainda Filali Osman (*Les principes Généraux de la Lex Mercatoria*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992).

Senado n. 78, de 1992, de autoria do Senador Marco Maciel, atual Vice-Presidente da República, finalmente transformado na Lei 9.307/96.¹²

“Por que inovar?”, indagava-se na justificação do Projeto de Lei¹³ que deu origem à Lei 9.307/96. Respondia-se:

“A legislação hoje em vigor no Brasil acerca da arbitragem não permite a utilização do instituto em nosso País; de um lado, não havendo previsão legal para a cláusula compromissória, transforma-se a promessa, inserida nos contratos, de solucionar as eventuais pendências através da decisão por árbitros, em letra morta, verdadeiro pacto sem maior efeito senão o de gerar perdas e danos (de difícil liquidação); por outro lado, a necessidade de fazer homologar, obrigatoriamente, todo e qualquer laudo arbitral pelo Poder Judiciário suprime duas das mais importantes vantagens deste meio alternativo de solução de controvérsias, a saber, o sigilo e a celeridade.

Tudo somado, a disciplina legal atual não acompanha as necessidades da sociedade moderna, que demanda formar alternativas de solução de controvérsias eficazes para coadjuvar a missão do Estado de distribuir justiça.

Uma legislação avançada sobre a arbitragem, extirpada de empecilhos e for-

malidades inúteis, e estribada no que há de mais moderno acerca dos princípios e garantias dos litigantes, trará sensível benefício à sociedade, pois colocará à sua disposição um meio ágil de fazer resolver controvérsias, com árbitros por aqueles próprios escolhidos, imparciais e independentes, especialmente em matéria técnica, tudo com sigilo, brevidade e com grande informalidade.”

Nesse ponto convém uma análise de algumas vantagens da arbitragem. Observam os ingleses que as vantagens da arbitragem como uma via para a solução de disputas são: “a) *cheapness* (by comparison with litigation in the courts); b) *informality*; c) *speed and accessibility*; d) *privacy* (particularly important for large business concerns).¹⁴ As vantagens do juízo arbitral também são mencionadas, em princípio, no direito americano, haja vista a definição acima registrada (*private and informal, quick, practical, economical*) no direito francês e no direito espanhol, bem assim, em nosso País.

“Rapidez, economia e segredo”, tais são as vantagens clássicas da arbitragem, apontadas por Carlos Alberto Carmona,¹⁵ mas o próprio autor demonstra encontrarem-se longe de serem absolutas, porque a experiência tem provado o contrário, quanto à rapidez; e o custo da arbitragem é por vezes superior ao do processo tradicional, em especial, acrescentamos, na arbitragem internacional que exige, em muitas situações, a assistência de advogados especializados. Finalmente, quanto à confidencialidade nem sempre é ela garantida, haja vista o aumento de publicações, de relatórios e anuários das organizações particulares que realizam arbitragens institucionais, a conter notícias e laudos de arbitragens.

(12) O Projeto de Lei foi fruto da operação denominada *Arbiter* desenvolvida pelo Instituto Liberal de Pernambuco, sob a coordenação do Dr. Petronio R. G. Muniz, com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito Processual, e de debate no Seminário Nacional sobre Arbitragem, realizado em Curitiba (PR), em abril de 1992, sendo a Comissão Relatora do Anteprojeto constituída dos Profs. Selma M. Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins.

(13) “Por que não inovar?” É a pergunta do Prof. Carlos Alberto Carmona, na introdução de sua tese *A arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo : Malheiros, 1993.

(14) v. autores e *op. cit.* na nota 6, p. 6.

(15) in *A arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo : Malheiros, 1993, p. 71.

Creemos, todavia, que, em termos de juízo arbitral interno, tais vantagens possam ser alardeadas e obtidas, porque os pretórios estão abarrotados de processos de toda espécie e natureza. E é de supor-se reúna um juízo instituído pelas partes para examinar somente um litígio específico, com o árbitro ou árbitros comprometidos a decidir apenas uma determinada questão, melhores condições de oferecer com maior celeridade o resultado de seu trabalho. Isso sem levar em conta que o prazo para a arbitragem pode ser previamente estabelecido, responsabilizando-se os árbitros contratualmente pela inobservância daquela condição temporal. Claro está que o juízo arbitral não ressurgiu como um medida capaz de resolver os problemas de acúmulo de serviço do Poder Judiciário. Porém, sem dúvida, a redução do volume de ações passa por esta solução, assim como por outras de desenvolvimento de juizados informais, onde a tônica seja a conciliação ou mesmo uma arbitragem mais simplificada, segundo previsão legal, como é caso das Lei 7.244, de 08.11.1984 (Juizados especiais de pequenas causas), arts. 7.º e 25 a 27.

Quanto aos custos, acreditamos não superarem, na arbitragem interna, as despesas processuais e, mesmo na arbitragem internacional, as chamadas arbitragens institucionais, administradas por instituições privadas de prestígio mundial, como a AAA – *American Arbitration Association*, a CCI – *Chambre de Commerce Internationale*, sediada em Paris e tendo comitês em diversos países (o Comitê Brasileiro atua junto à Confederação Nacional do Comércio), a *London Court of International Arbitration* (na Inglaterra existem várias associações mantenedoras de centros especializados em arbitragem sobre várias matérias primas, tais como café, cacau, trigo, milho, algodão etc., como, por exemplo, a *Coffee Trade Association*, e a *London Corn Trade Association*), podem proporcionar

arbitragens menos onerosas do que a disputa em tribunais públicos, especialmente no exterior.

Finalmente, quanto ao sigilo, a circunstância de o processo não tramitar em uma repartição pública já é suficiente para garantir uma bem menor divulgação dos fatos e controvérsias submetidos ao tribunal arbitral. Entregue a condução e composição do conflito aos árbitros, cabe a estes resguardar as partes quanto à divulgação da litígio, sem embargo de ser exigido deles absoluto segredo sobre a matéria. Mesmo tocante aos relatórios e anuários publicados pelas instituições de arbitragens, ressentem-se os estudiosos da ausência de precedentes jurisprudenciais sobre o tema.

Ainda a considerar a informalidade do juízo arbitral. Sem dúvida, é triste para a Justiça, em muitas situações, constatar o sacrifício do direito substancial do demandante, no juízo estatal, em respeito à forma sacramental. Na arbitragem, entretanto, salvo a possibilidade de o interessado não colaborar com o tribunal arbitral, não ocorrerão hipóteses dessa natureza. A solução final não deve versar sobre a “extinção do processo”, mas acerca da composição definitiva da lide.

Finalmente, devem ser alinhadas às vantagens comentadas outras de indiscutível valor. Referimos, em primeiro lugar, a especialidade. Com efeito, uma das primazias desse instituto é a possibilidade de uma questão técnica vir a ser decidida por pessoas de conhecimento especializado, como, por exemplo, a transferência de tecnologia. Na Justiça estatal, em varas cíveis não especializadas, é freqüente a afluência das mais variadas questões, desde uma ação decorrente da execução ou interpretação de um contrato de locação a um contrato de *hedge*. Não queremos dizer que o árbitro deva ser um perito. A arbitragem não é peritagem ou arbitramento. A prova pericial, como todos os meios de prova, também pode ser útil e até indispensável

na pesquisa da verdade no juízo arbitral. O essencial é a familiaridade do julgador com a matéria fática ou legal que ele vai examinar. Na arbitragem comercial internacional, a especialização do árbitro e seu conhecimento dos usos e costumes do ramo comercial em que atua são fatores de confiança na melhor decisão da disputa.

Um clima favorável ao entendimento, por outro lado, é o que muitos autores realçam como vantagem real da arbitragem.¹⁶ Recorrer ao Poder Judiciário é provocar a ruptura nas relações entre as partes, enquanto a arbitragem representa uma harmonização dos interesses em jogo. Os árbitros não fazem conciliação (a arbitragem não se confunde com a transação, pois é evidente a presença de um terceiro na composição do litígio, bem assim difere da conciliação ou da mediação). Nada impede, no entanto, que os árbitros atuem como conciliadores. Sob outro prisma, a possibilidade de os árbitros, autorizados pelos interessados, julgarem com fundamento na equidade (*ex aequo et bono*), isto é, realizarem uma *amiable composition*, faz com que a arbitragem apareça como uma justiça *lénifiante*.¹⁷

Por último, não é demais lembrar, na arbitragem internacional, a neutralidade dos árbitros. Não se cogita da imparcialidade, requisito indispensável e inafastável em qualquer juízo, seja público, seja privado. A neutralidade referida é quanto à nacionalidade da justiça. Caravaca e Gándara, autores espanhóis já mencionados, observam: “Se dice que éste es

perfectamente *neutral*, ya que no administra justicia en nombre de ningún Estado, su nombramiento y poderes proceden del acuerdo arbitral, y su imparcialidad se encuentra garantizada, si se adoptan ciertas precauciones, por ejemplo, em cuanto a la nacionalidad de los árbitros, el ordenamiento que deben aplicar o la sede en que deben actuar. La libertad de las partes para elegir a los árbitros permite que el nombramiento recaiga en personas dotadas de una alta preparación, superior a la normal, para resolver los complejos problemas jurídicos, económicos o técnicos que frecuentemente plantea el desarrollo del comercio internacional.”¹⁸ No concernente às entidades administradoras internacionais de arbitragens mundialmente conhecidas, têm elas merecido o respeito de organismos como a ONU, a OEA e o Banco Mundial, de modo a serem conceituadas como neutras.

Ainda é na arbitragem internacional onde há campo para a ampla liberdade na aplicação do direito mais conveniente aos interessados, inclusive, não necessariamente estatal, mas com raízes nos usos e costumes do comércio internacional, de regulamentos supranacionais, ou, em suma, na *lex mercatoria*, libertando-se os protagonismos dos sistemas jurídicos, às vezes conflitantes, adotados nos Estados onde mantêm suas sedes.

Razões de natureza vária têm contribuído para a insignificante utilização da arbitragem como meio de solução de litígios no Brasil. São motivos de ordem sociológica e psicológica e também de ordem prática, fruto de uma legislação desatualizada até a recente lei e de falsos conceitos de soberania e de jurisdição que vêm atrasando a aceitação do instituto pela sociedade.

De nossa experiência, observamos não se conformar, nunca, o litigante com as decisões desfavoráveis do juízo singular

⁽¹⁶⁾ v. José Carlos de Magalhães, in “Arbitragem Internacional Privada”, no livro *Arbitragem Comercial*, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1.086, de parceria com Luiz Olavo Batista, p. 17-18.

⁽¹⁷⁾ Motulsky, *apud* Ancel, Loquin e Rondeau-Rivier, sob a direção de Jacqueline Rubellin-Devichi, in *L'Arbitrage*, Paris : Litec, 1989, Fasc. 1.005-205, p. 6.

⁽¹⁸⁾ *Op. cit.*, na nota 7, p. 39-40.

de primeiro grau, e, ainda, irresignar-se, quase sempre, com a decisão colegiada, de segunda instância, onde todos os fatos da questão e o direito aplicável são amplamente examinados e debatidos, para, ainda, tentar a abertura a jurisdição extraordinária dos tribunais superiores, de difícil acesso pois ali se discute apenas a questão de direito, nem sempre possível a vista da decisão na jurisdição estatal ordinária fundada nos elementos fáticos aferidos segundo a prova.

Luiz Olavo Baptista acredita que há uma “tendência em ver no Estado a autoridade suprema e única capaz de resolver litígios”, o que se tem “constituído obstáculo à criação de mentalidade propícia à solução de controvérsia por meios privados.”¹⁹

Deveras, parece-nos confiar a parte mais no árbitro-autoridade, isto é, no juiz, do que em um terceiro investido na função de julgador por ato privado. De um lado, essa constatação confere um certo alento ao Poder Judiciário pela confiança nele depositada, mas, na verdade, essa fé não é tão verdadeira como se poderia pensar, mas, apenas, uma reverência à autoridade pelo temor de ela voltar-se contra a parte.

O reconhecimento pela própria interessada da ausência de razões, além disso, surge como algo doloroso para a parte, não conformada, assim, em renunciar a um direito ainda que não o possua.

Sob outro enfoque, na realidade, a legislação brasileira não favorecia a arbitragem. Pelo menos dois entraves se apresentavam inafastáveis na legislação revogada, a dificultar a adoção da arbitragem: a ausência de reconhecimento de efeitos coercitivos na chamada “cláusula compromissória” e a necessidade de homologação da sentença arbitral pela jurisdição estatal.

¹⁹⁾ In “A experiência brasileira em arbitragem comercial”, na *op. cit.* na nota 16, p. 13.

Quanto ao primeiro empecilho, o direito positivo brasileiro desconhecia a também chamada “cláusula arbitral”. Regulava-se no Código Civil e disciplinava-se no Código de Processo Civil (arts. 1.072 a 1.102) apenas a arbitragem *ex compromisso*. Com efeito, só o compromisso tinha a faculdade de extinguir o processo sem julgamento de mérito, nos termos do disposto no art. 267, VII, do estatuto processual civil (este foi o único avanço da legislação processual brasileira nas décadas anteriores com relação ao juízo arbitral). E cláusula compromissória e compromisso eram tidos como atos absolutamente distintos. Aquela seria apenas uma cláusula inserível em contratos ou em pacto adjeto a prever a submissão ao juízo arbitral de quaisquer litígios que viessem a surgir entre as partes a respeito de controvérsia decorrente do contrato principal, sem contudo obrigar as partes a renunciar à jurisdição estatal. O “compromisso” seria ato judicial ou extrajudicial, mediante o qual as partes se louvavam em árbitros para a solução de pendências judiciais ou de litígios ainda não ajuizados, todavia existentes. O compromisso deveria conter, sob pena de nulidade, todos os requisitos estabelecidos nos incs. I a IV do art. 1.074, do CPC, dentre os quais os nomes, profissão e domicílio dos árbitros, bem assim “o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusive o seu valor”, o que era impossível de determinar-se e descrever-se em uma cláusula contratual de submetimento à arbitragem.

Em face dessas diferenças entre as cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*, na expressão de Clóvis) e o compromisso, decorrentes da normatividade anterior à Lei 9.307/96, ainda que avençada no contrato a promessa de submissão à arbitragem, se a parte se recusasse a firmar o compromisso, o juízo arbitral não se instituiria.

A doutrina brasileira, por outro lado, era uníssona na conceituação da cláusula

arbitral como simples *pactum de contrahendo*, dela derivando apenas a obrigação de indenizar para a parte descumpridora do pacto ou de pagar a multa contratualmente prevista, como perdas e danos pré-estabelecidos. José Carlos de Magalhães foi um dos raros a tentar demonstrar a natureza da cláusula arbitral. Assim, na esteira da concepção de Chiovenda sobre o compromisso, dizia ele regular a cláusula arbitral “uma relação de direito público, de natureza processual – forma de composição do litígio – enquanto as demais cláusulas do contrato disciplinam relação de direito privado.”²⁰

A jurisprudência harmonizava-se com a doutrina, e nem mesmo a pouco estudada execução direta ou específica da obrigação de prestar declaração de vontade, prevista no CPC, no art. 639, estimulou o desenvolvimento de teorias ou o perfilhamento de práticas a facultar a exigência do cumprimento da cláusula arbitral.²¹

A atribuição de efeitos concretos a essa cláusula é da maior significação para o desenvolvimento da arbitragem, pois, segundo Tavares Guerreiro foi a cláusula compromissória a viabilizadora da prática da arbitragem comercial internacional.²² Seu reconhecimento é básico a fim de retirar-se o Brasil do rol de países da América latina a integrar *des îlots de résistance*, consoante registro de René David,²³ insulado, pois, do concerto universal, o que, finalmente, veio a acontecer com a nova lei de arbitragem.

O outro embaraço era a homologação do laudo ou sentença arbitral. De fato,

para que o laudo produzisse os mesmos efeitos da sentença judicial mister se fazia sua homologação pelo Judiciário. Assim dispunha o art. 1.097 do CPC e era a sentença de homologação que tinha a natureza de título executivo judicial. Note-se que o título executivo era a sentença homologatória de laudo e não o laudo em si, a revelar um certo desprezo da lei processual pela sentença arbitral.

A homologação, como é óbvio, decorria da necessidade de execução da decisão arbitral, em face da resistência da parte vencida em cumpri-la. Mas, com o pedido de homologação instaurava-se um novo procedimento, desta vez no juízo estatal, com todos os recursos inerentes a qualquer ação. Assim, cabia apelação para o órgão colegiado de segundo grau, recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, em tese, e, quiçá, recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, como se tem ciência, no dia-a-dia forense, e há quem afirme caber inclusive ação rescisória da decisão homologatória.

A breve exposição evidencia as grandes dificuldades para o resultado final de uma lide submetida ao juízo arbitral, até então, no Brasil. A expectativa, com a nova lei, agora é outra. É esperar os resultados da aplicação do novo estatuto.

Realmente, a lei de arbitragem adota posição no sentido de tornar possível a realização da arbitragem, desde que pactuada. Reconhece o novo ordenamento a validade da cláusula arbitral, como meio de instituir o juízo arbitral, ou seja, a ele são conferidas as mesmas faculdades do compromisso arbitral extrajudicial, inclusive, a configurar fato impeditivo à constituição da relação processual. Com efeito, a adotar moderna terminologia, conforme consta do novo Código de Processo Civil Francês (art. 1.442 e 1.447), lê-se no art. 3.º da lei que as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios à arbitragem mediante convenção, considerando-se

⁽²⁰⁾ v. *op. cit.* na nota 16, p. 23-24.

⁽²¹⁾ Acerca do assunto, veja-se excelente artigo pioneiro do comercialista mineiro Celso Agrícola Barbi Filho, intitulado “Execução específica de cláusula arbitral”, publicado em várias revistas e, por último, na RT 732, p. 64-73.

⁽²²⁾ v. *op. cit.* na nota 11, p. 53.

⁽²³⁾ v. *op. cit.* na nota 5, p. 233.

como convenções de arbitragem tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral. Aí está a equiparação da cláusula arbitral ao compromisso.

Recusando-se uma das partes a assinar o compromisso, a lei faculta, expressamente, a execução específica da cláusula arbitral através de um procedimento especial, de extrema simplicidade (art. 7.º). A parte interessada requererá a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. Não há prazo para resposta prévia. As razões do réu para a recusa serão, obviamente, expostas, oralmente, na audiência que terá as seguintes fases:

a) fase de conciliação acerca do litígio principal, ou seja, sobre a questão de fundo;

b) fase de tentativa de condução das partes à celebração do compromisso arbitral, no caso de insucesso da primeira conciliação;

c) fase decisória, após ouvida a parte promovida a respeito do conteúdo do compromisso, na própria audiência ou no prazo de dez dias, oportunidade em que o juiz sentenciará, valendo sua sentença como compromisso. A substituição da vontade das partes pela sentença, apresenta-se segundo lição de Luis Eulálio de Bueno Vidigal, na sua dissertação – de mais de cinquenta anos atrás – “Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade”,²⁴ “como uma das mais

típicas manifestações do processo, segundo o escopo” que ele assinala antes na mesma monografia: “atuação da vontade concreta da lei”.

Claro que da sentença caberá recurso de apelação. Cumpre, entretanto, aos juízes, constatando a má-fé do litigador, pela dedução de defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (arts. 16, 17 e 18 do CPC, com a redação da Lei 8.952, de 13.12.1994, de ofício ou a requerimento do ofendido, condenar o malfeitor a indenizar a parte contrária.

A medida ainda não é a ideal, mas, de qualquer forma quem firmar um pacto de futura arbitragem não poderá escapar dela, salvo desistência desse juízo pela outra parte. No direito francês, se “le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l’une des parties ou dans la mise en oeuvre des modalités de désignation, de président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres.” (art. 1.444, primeira parte) – o tribunal de grande instância é o primeiro grau de jurisdição das grandes causas do lugar e seu presidente equivaleria a um diretor de foro judicial no Brasil.

O procedimento adotado deve atender aos reclamos da exclusividade do Poder Judiciário para a apreciação das lesões

executado é condenado a outorgar escritura pública de quitação, de renovação de arrendamento, enfiteuse, etc. O fato ou ato do juiz é então reputado em direito como fato ou ato da própria parte” (Affonso Fraga, Teoria e Prática na Execução das Sentenças, São Paulo, 1922, n. 94, p. 259-260);

“Se a sentença manda que o executado assine uma escritura ou outro título semelhante, e a não assinar no prazo que se lhe marcar, e lançado que seja, a sentença do juiz supre a falta da escritura e serve de título ao exequente.” (Bernardo Teixeira de Moraes Leite Velho, Monografia Jurídica e Prática das Execuções de Sentenças em Processo Civil, Rio de Janeiro, 1885, art. 334, p. 216).

⁽²⁴⁾ São Paulo, Empresa Gráfica “Revista dos Tribunais”, 1940, p. 81. Na página seguinte (82), em nota de rodapé (79), transcreve as seguintes preleções de processualistas consagrados antes do código unitário: “O vencido deve ser citado para, no prazo fixado na sentença ou no que for arbitrado, prestar o fato, sob pena de, não o fazendo, reputar-se ele cumprido por virtude da mesma sentença que o ordenou. A sentença, neste caso, fará as vezes do ato que deveria ser praticado, como por exemplo, quando o

ou ameaça a direito, a afastar qualquer eiva de inconstitucionalidade no procedimento arbitral e encontra guarida no comando geral do art. 639 do CPC, *in verbis*: “Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma: sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.”

A autonomia da cláusula arbitral está plenamente assegurada no projeto, com a indicação de que ela é válida mesmo em face da nulidade do contrato ao qual se vincula e o princípio conhecido como *Kompetenz-Kompetenz*, teorizado na Alemanha, cuja não-acolhida, no juízo arbitral é apontada como entrave técnico à utilização da arbitragem,²⁵ está previsto com a atribuição ao árbitro para decidir, de ofício, ou por provocação, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (art. 8.º, parágrafo único).

O outro grande obstáculo ao desenvolvimento do juízo arbitral no Brasil era, como já foi anotado, a indispensabilidade de homologação da laudo arbitral. De acordo com o Código de Processo Civil (arts. 1.097 e 584, n. III), o laudo arbitral só produziria os mesmos efeitos da sentença judiciária, se homologado pelo juiz; e somente assim se aperfeiçoaria como título executivo judicial.

A Lei 9.307/96 prevê ser o árbitro “juiz de fato e de direito” e não ficar a sentença que proferir sujeita a “recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (art. 18). Recurso da sentença, no procedimento arbitral, pode existir, dependendo, apenas, da vontade das partes em determinar o duplo grau de jurisdição arbitral, a fim de que a sentença seja por outro árbitro revista ou por um colégio

de árbitros. O órgão estatal é que não intervirá no procedimento enquanto não encerrado. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pela juiz do Estado e, sendo condenatória, constitui título executivo, independentemente de homologação (v. art. 41).

A proposição legal coloca nosso País em lugar de vanguarda, pois a maioria das nações exige alguma espécie de *exequatur* para a execução da sentença arbitral, em procedimentos muito simplificados — é certo, em raros casos, mediante simples aposição de um despacho firmado por funcionário administrativo, como na Suécia e na Finlândia.²⁶ No direito francês, *l'ordonnance*, em si, *qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours*. (art. 1.488 do *Code de Procédure Civile*).

Para tranqüilidade dos que temem a concorrência da arbitragem com a jurisdição estatal ou averbam a inconstitucionalidade desta, faz-se oportuno dizer que o novel estatuto consagra a demanda de impugnação do laudo, uma espécie de *querela de nullitatis*, a ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias, após o recebimento da notificação da sentença arbitral (art. 33).

A decretação da nulidade da sentença arbitral, salvo coisa julgada sobre a causa, poderá ser argüida nos embargos à execução (arts. 741 *et seq.* do CPC), em caso de execução do título, que, obviamente, somente se fará no juízo estatal.

Outra questão relevante, omissa na legislação brasileira anterior, é a do procedimento para dar validade, em território nacional, aos laudos arbitrais proferidos no exterior, do que cuida a nova lei. Até então, o sistema era o da dupla homologação, isto é, o laudo deveria ser homologado no órgão competente no País de origem para que o Supremo Tribunal

(25) V. Sérgio José Porto, in “Perspectivas da arbitragem comercial no Brasil”, *RT*, 638, p. 43-49.

(26) V. René David, na *op. cit.*, na nota 5, p.

Federal desse *exequatur*, no Brasil, à sentença homologatória externa.

A arbitragem, segundo a disciplina vigente, pode ter um julgamento por equidade, como é consagrado em todo o mundo. Tradicional é a arbitragem feita pelo *amigável compositor* (*amiable compositeur*) que, no direito francês, é aquele que não está obrigado a julgar segundo a lei. A tradução literal da expressão francesa não corresponde em exatidão aos poderes do árbitro. Jean Robert, comenta que a expressão contida na lei francesa, em geral, não é traduzível, mas “la même idée peut être exprimée sous des formes équivalentes, parte le *ex aequo et bono*, en équité...”²⁷

A opção foi severamente criticada por Otto Eduardo Vizeu Gil quanto o Projeto a dar origem à Lei 9.307 ainda se encontrava no Congresso. Escreveu o autor citado: “O Projeto falhou, no meu entender, ao repetir a mesma fantasia que está no Código de Processo Civil – a de permitir que a arbitragem, a critério das partes, possa ser de direito ou de equidade (Projeto, art. 2.º; CPC vigente, art. 1.075, IV; CPC de 1939, art. 1.045, IV). O legislador brasileiro sempre teve o vezo de repetir certas antiquilhas, reproduzindo-as apenas porque leis anteriores as acolheram, sem mesmo procurar a razão pela qual certos princípios se intrometeram no direito brasileiro, aí permanecendo por tanto tempo.”²⁸

E, prossegue, na investida, alicerçado na falta de um significado preciso para a equidade, na ausência de uma abrangência única do vocábulo, que tivesse um significado preciso. Pensamos que, nas ciências sociais, nada é absoluto ou exato. São inúmeros os valores, os institutos, os princípios e as normas, que, na ciência jurídica, oferecem dúvidas e interpreta-

ções antagônicas. Quanto à equidade é reconhecida sua ambigüidade, a dificultar uma definição unitária, consoante sublinha Carlos Aurélio Mota de Souza, em tese de Doutorado sobre o tema; mas o próprio autor nos oferece importantes reflexões em torno desse notável princípio universalmente conhecido, a saber:

“Uma análise lingüística indica uma acepção técnico-jurídica: adequação às exigências concretas da vida jurídica; e como justiça ou direito natural (4).

Em acepção comum ou popular equivale à expressão direito justo, segundo o sentimento de um povo em determinado tempo e lugar; ou subtende atuação arbitrária da autoridade (5)”²⁹

Adiante, lembra o autor competir aos juristas destacar os valores funcionais da equidade, para uso como instrumento de renovação da ordem jurídica, a fastar os preconceitos do positivismo jurídico e a desconfiança do legislador em relação ao arbítrio, e reconhece nela “instrumento jurídico indispensável a ser utilizado pelo intérprete sempre que o direito estrito – *summum jus* – não se adapte às circunstâncias do caso individual ou se acarretar conseqüências jurídicas indesejáveis, caracterizando a *summa injuria*, tão temida e execrada pelos romanos.”³⁰

Não vislumbramos, dessorse, os inconvenientes apontados por Otto Gil, na sua análise crítica. Imaginamos tão-somente e lamentamos que, na sociedade egoísta e ambiciosa formada em nosso País, sob os falsos valores do ardil, da artimanha e do embuste como esperteza elogiável, dificilmente o juízo arbitral por equidade venha a ser utilizado. É que ninguém quer abrir mão de nada ao seu alcance, ainda que sem razão moral.

Outra censura do mesmo autor é quanto à faculdade de as partes convencionarem

508.

⁽²⁷⁾ v. *op. cit.* na nota 3, p. 160-161.

⁽²⁸⁾ “A Nova Regulamentação das Arbitragens”, pub. na *Revista de Informação Legislativa*,

Brasília, n. 118, abr./jun. 1993, p. 430.

⁽²⁹⁾ *Evolução do conceito de equidade*, São Paulo, 1989, p. 181.

a arbitragem com base nos princípios gerais de direito. Argumenta Otto Gil:

“O art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, é certo, autoriza o juiz, em caso de omissão da lei, a decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Não vejo nenhuma razão para que um juiz, embora não togado, mas com poderes para emitir um título judicial executivo, seja autorizado a decidir, ainda que a lei não seja omissa, com base na analogia e nos princípios gerais de direito. Compreende-se que, silente a lei, possa o juiz, togado ou não, valer-se dos recursos da analogia. Mas não se compreende que um juiz, qualquer que seja, possa julgar de acordo com princípios que ele não conhece e nunca lhe foram explicitados. A questão se agrava na hipótese do juízo arbitral, em que os tais princípios gerais de direito são aplicáveis por convenção das partes e ainda que a lei não seja omissa quanto à matéria do litígio. É preciso considerar que a sentença arbitral, ainda que emanada de uma autoridade não judiciária, deve responder os mesmos requisitos de uma sentença da justiça comum, entre eles, em primeiríssimo plano, o de sua fundamentação.”³¹

É de suma importância, porém, a menção à arbitragem com base nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, quando se cuidar de arbitragem comercial, e, mais que isso, de

arbitragem comercial internacional. Os usos e costumes são fontes subsidiárias do direito comercial interno e fontes primárias, assim como a jurisprudência arbitral e as regras internacionais de comércio do direito comercial internacional. São essas fontes que constituem o que se está a denominar, modernamente, de *lex mercatoria*, indispensáveis na solução dos conflitos internacionais onde necessariamente não se aplica, salvo convenção das partes, nenhuma lei nacional. Nessa órbita supranacional tem muita relevância a disposição da Lei 9.307/96 (art. 2.º, §§ 1.º e 2.º) para que se evite, de futuro, a denegação dos efeitos almejados nas arbitragens internacionais, realizadas ou não no País, por inobservância da lei brasileira ou a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, cujo procedimento também está ordenado na recente lei.

Com estas considerações, manifestamos nossa esperança de que, com o reordenamento da arbitragem no Brasil, o instituto receba o sopro renovador de que estava necessitado, para quem sabe aliviar, em alguns segmentos, o Judiciário e proporcionar mais garantias aos negócios externos de nossas empresas, especialmente, neste final de século, quando se estimulam as uniões entre Estados e a formação de comunidades econômicas, tais como a Comunidade Européia e o Mercosul, para a melhoria das condições de vida em todo planeta.

⁽³⁰⁾ v. tese citada na nota anterior, p. 184.