

MANUAL DE ARBITRAGEM

PARA ADVOGADOS

Aldemar Motta Jr.
Ana Lucia Pereira
Asdrubal Júnior
Cesar Pereira
Daniel Jacob Nogueira
Francisco Cahali

Francisco Maia Neto
João Bosco Lee
Joaquim Paiva Muniz
Ricardo Ranzolin
Silvia Rodrigues
Thiago Rodovalho

**MANUAL DE
ARBITRAGEM
PARA ADVOGADOS**

CONSELHO FEDERAL DA OAB

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

Presidente

CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA

Vice-Presidente

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO

Secretário-Geral

CLÁUDIO STÁBILE RIBEIRO

Secretário-Geral Adjunto

ANTONIO ONEILDO FERREIRA

Diretor Tesoureiro

ALDEMAR MOTTA JÚNIOR

Presidente da Comissão Especial de Conciliação, Mediação e Arbitragem

CACB

JOSÉ PAULO DORNELLES CAIROLI - RS

Presidente

ROGÉRIO PINTO COELHO AMATO - SP

1º Vice Presidente

JARBAS LUIS MEURER - TO

Diretor Secretário

GEORGE TEIXEIRA PINHEIRO – AC

Diretor Financeiro

EDUARDO DA SILVA VIEIRA

Coordenador CBMAE

Capa

HENDERSON LUCIO SAMPAIO

Editoração e Diagramação

LÍGIA UCHÔA

ISBN

978-85-7966-037-5

Sumário

PREFÁCIO CONSELHO FEDERAL DA OAB.....	07
ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA ARBITRAGEM.....	10
THIAGO RODOVALHO	
O PAPEL DO ADVOGADO NA ARBITRAGEM.....	18
ALDEMAR MOTTA JÚNIOR	
REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM.....	35
SILVIA RODRIGUES PACHIKOSKI	
ESCOLHA DE NORMA MATERIAL EM ARBITRAGEM.....	42
JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ	
ARBITRABILIDADE.....	48
CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA	
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	64
FRANCISCO JOSÉ CAHALI	
O ÁRBITRO.....	72
DANIEL F. JACOB NOGUEIRA	
A FUNÇÃO DAS ENTIDADES ARBITRAIS.....	88
ANA LÚCIA PEREIRA	
O PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	96
RICARDO RANZOLIN	
A PROVA PERICIAL DA ARBITRAGEM.....	109
FRANCISCO MAIA NETO	
SENTENÇA ARBITRAL.....	116
ASDRUBAL JÚNIOR	
A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA.....	128
JOÃO BOSCO LEE	
ANEXOS.....	135

PREFÁCIO CONSELHO FEDERAL DA OAB

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO¹

Sentimos todos orgulho de mais um feito da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB), pelo lançamento do seu Manual de Arbitragem.

Vivemos o ápice da crise da Justiça, em que quase 100 milhões processos tramitam em nossas cortes judiciais. O resultado é a grande morosidade na prestação jurisdicional. E, como nunca se pode olvidar, Justiça lenta é justiça falha. Perdem todos: os advogados, soterrados por processos, mas com honorários aviltados; os clientes, cujas causas nunca chegam ao fim; e mesmo os juízes, com suas pilhas de autos, ainda que virtuais. Perde principalmente a sociedade que, impotente diante do grande abismo entre demanda e prestação jurisdicional, não vê seus conflitos pacificados.

Há que se pôr fim a esse ciclo pernicioso, o que só ocorrerá com a maior popularização dos meios alternativos (também ditos adequados) de solução de conflitos - MASC's. Eles não só abrem mais vias para dirimir litígios, como podem oferecer foros mais adequados, tal como arbitragem, para controvérsias mais especializadas, servindo assim para tornar verdadeiro e efetivo os ideais constitucionais não só de justiça, mas de bem-estar, igualdade, desenvolvimento, entre outros - insculpidos na Constituição Federal pátria de 1988, desde o seu preâmbulo.

Além de tudo, os MASC's abrem um campo de trabalho imenso para os advogados, como árbitros. Para cada caso de arbitragem de maior monta, surgem pelo menos três oportunidades, pois haverá em regra geral três

¹ Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

árbitros; além da inegável manutenção dos postos de trabalho para os advogados que patrocinam os que contendem, pois não há como imaginar que compareçam as partes a um Juízo Arbitral sem a assessoria de um advogado.

Elucida-se, ainda, a falácia de que a celeridade trazida pela arbitragem seria desfavorável ao interesse da advocacia. Pelo contrário, nada interessa mais ao advogado, o qual se remunera principalmente pela sucumbência e pelos honorários de sucesso, do que um deslinde rápido e eficiente do processo.

A situação atual, de processos que levam décadas para se resolver, só atenta contra a dignidade financeira da classe e a dignidade da pessoa humana, bem maior constitucional, inculcado em nossa Carta Magna de 1988. Atenta também contra os interesses das partes, que se veem tendo que contingenciar valores para fazer frente a eventuais passivos decorrentes de demandas que não se findam jamais, além de impedir que as relações comerciais/mercantis se restabeleçam para benefício de toda a sociedade, através do incremento da circulação de riquezas, aumento do número de postos de trabalho, recolhimento de impostos etc.; ou seja, ao incentivar o uso dos métodos adequados de resolução de conflitos, entre eles a mediação e a arbitragem, temos a oportunidade de inverter os sinais, tornando virtuoso, o que a sociedade como um todo e especialmente a classe jurídica, conhece desde as priscas Ordenações do Reino (Alfonsinas, Filipinas etc.) como um ciclo vicioso.

Nesse contexto, a CEMCA/CFOAB tem feito um trabalho de primorosa qualidade na divulgação dos MASC's Brasil afora, onde não são conhecidos ou utilizados, e de sua consolidação e fortalecimento nos locais onde já o são. Tem sido esta Comissão Especial ator fundamental na interlocução da OAB com a sociedade e com os órgãos públicos ou privados que apoiam a utilização destes métodos, de comprovada eficácia.

Nessa toada, vale relembrar um de seus recentes feitos, que em dezembro de 2014 trouxe também ao mundo jurídico o Manual de Mediação Para Advogados -escrito por advogados, cumprindo missão apontada pela OAB Nacional - firmou convênio com o Ministério da Justiça para a elaboração do Manual de Mediação (que recebeu o símbolo da ENA/CFOAB), a servir de orientação a todos os advogados que desejem trilhar a senda da missão do operador do Direito contemporâneo: mitigação da cultura do litígio e consolidação da cultura da não adversarialidade; futuro próximo em que não haverá que se falar em distribuição de Justiça sem se falar nos métodos adequados de resolução de conflitos. É um caminho sem volta!

Na interlocução da OAB Nacional com os demais atores que pugnam pela expansão e fortalecimento dos MASC's, importante frisar a permanente parceria com o Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, CNJ, entre outros. Não se pode deixar de exaltar e aplaudir o desprendimento da CACB e do SEBRAE que uniram esforços à OAB Nacional – em parceria inédita, através da CEMCA/CFOAB -, o que permitiu fosse esta obra. hoje, uma realidade. É o esforço de todos em prol do bem comum.

Por todos esses motivos, a atual gestão da OAB Nacional tem dado prioridade na divulgação e democratização da mediação e arbitragem no Brasil, inclusive colaborando para o aprimoramento dos marcos legais. Este Manual segue essa linha de atuação e esperamos, através dela, difundir os meios adequados de resolução de controvérsias por todo o Brasil, vencendo as naturais resistências inerentes ao novo (ao menos para grande parte dos advogados brasileiros), e conquistando entre a advocacia pátria novos adeptos ao método que, em poucas palavras, significa “futuro” e “pacificação social”.

Encerro estas palavras reafirmando o compromisso da OAB Nacional com a expansão e o fortalecimento dos métodos adequados de resolução de conflitos e com a expectativa de que o ano de 2015 seja simbolicamente o ano dos MASC'S no Brasil.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA ARBITRAGEM

THIAGO RODOVALHO¹

Arbitragem - noções gerais

A arbitragem é um método de solução extrajudicial de conflitos. Assim, podemos conceituar a arbitragem como sendo o processo através do qual a controvérsia existente entre as partes é decidida por terceiro ou terceiros (árbitros) imparciais, e não pelo Poder Judiciário (juízes).

Esses terceiros imparciais são indicados pelas próprias partes ou indicados na forma por elas desejada (por uma instituição, por exemplo). A arbitragem é, assim, um exercício da própria liberdade das partes, que podem escolher como desejam que a controvérsia seja decidida, se de forma judicial (juízes) ou de forma privada (árbitros). E, optando pela arbitragem, ainda exercem sua liberdade escolhendo como se dará esse processo, se de forma institucional (administrado por uma câmara arbitral) ou *ad hoc* (administrado pelos próprios árbitros em conjunto com as partes e eventuais secretários), e se a controvérsia será decidida por árbitro único ou por tribunal arbitral (três ou mais árbitros, desde que em número ímpar).

Os únicos requisitos impostos pela lei é que as partes sejam capazes civilmente (capacidade de contratar) e que o objeto da controvérsia seja arbitrável, ou seja, que se trate de direito patrimonial disponível (LArb art. 1.º).

¹ Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, Pós-Doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Membro da Lista de Árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAM-FIEP, do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP, da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira – CARB, da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE, da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial – CBMAE, do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CEBRAMAR, e da ARBITRANET. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, do Instituto de Direito Privado – IDP, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, e do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO. Professor-Assistente de Arbitragem e Mediação na graduação da PUC/SP. Coordenador e Professor de Arbitragem na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Autor de diversas publicações no Brasil e no exterior (livros e artigos). Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>.

A arbitragem e seu crescimento no Brasil - 19 anos da lei de arbitragem²

Um passo absolutamente *essencial* para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil foi o advento da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem - LArb), fruto de excelente projeto elaborado por Carlos Alberto Carmona, Pedro Antonio Batista Martins e Selma Maria Ferreira Lemes,³ refletindo a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1986, e revista em 2006.

Nesse contexto, passados cerca de dezenove anos de vigência da atual Lei de Arbitragem, e, especialmente nos últimos treze quatorze anos, posteriormente à celebrada decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhecendo sua constitucionalidade, o Brasil passou a vivenciar muito intensamente a arbitragem, transpondo rapidamente da infância arbitral para sua maturidade.

Não que arbitragem fosse inexistente no país antes de 1996, mas era muitíssimo diminuta e praticamente restrita a arbitragens internacionais, ainda que houvesse, aqui ou acolá, arbitragens domésticas, o que se devia, principalmente, às falhas legislativas em sua disciplina, impedindo o desenvolvimento de uma cultura arbitral, ante a falta de obrigatoriedade do compromisso assumido e a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral.

Essas falhas foram corrigidas na atual Lei de Arbitragem brasileira, passando a convenção de arbitragem, assinada entre as partes, a ser obrigatória, e a não ser mais necessária homologação judicial da sentença arbitral, salvo se estrangeira, a exemplo do que também ocorre com as sentenças judiciais.

² Sobre o tema, v., amplamente, Francisco José Cahali. Curso de Arbitragem, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 85/87; e Thiago Rodovalho. O crescimento da arbitragem no Brasil, in Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito, 1.º Caderno, p. 2, em 28.7.2013. V., ainda, Francisco José Cahali e Thiago Rodovalho. Mediação nos cursos de Direito estimulará mudança, in Revista Consultor Jurídico, publicado em 12.12.2013, disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-dez-12/mediacao-cursos-direito-estimulara-mudanca-cultura-litigio>.

³ A esse respeito, v., por todos, Carlos Alberto Carmona. A arbitragem no processo civil brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 13/18, 124/137 e 147/166; Carlos Alberto Carmona. Arbitragem e processo, 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 1/14; e Petronio Raymundo Gonçalves Muniz. Operação Arbitrer: A História da Lei 9.307/96 sobre a Arbitragem Comercial no Brasil, Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005, passim.

Nesse cenário, segundo recentes estatísticas colhidas por Selma Lemes junto às cinco principais câmaras arbitrais brasileiras, o Brasil passou de 21 procedimentos arbitrais em 2005 para 122 em 2011, o que significa, em valores envolvidos nesses procedimentos, de R\$ 247 milhões em 2005 para cerca de R\$ 3 bilhões em 2011, um aumento de 1.250%.⁴ De igual sorte, nas estatísticas da Corte Internacional de Arbitragem (CCI), o Brasil já é o país líder na América Latina em número de arbitragens, estando três vezes à frente do segundo colocado, o México.

Assim, o Brasil vem sendo reconhecido, inclusive internacionalmente, como um ambiente seguro e propício para o desenvolvimento da arbitragem, o que se deve também ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, em prestigiar a arbitragem. Inclusive, o Brasil foi premiado pela Global Arbitration Review – GAR como o vencedor do GAR's 50 como a “Jurisdiction that made great progress improving its arbitration regime in 2013”.

Nesse contexto, a utilização da arbitragem vem experimentando forte crescimento no País, como demonstram as recentes estatísticas de algumas das principais câmaras arbitrais brasileiras.

Em verdade, em alguns setores da economia, a arbitragem chega a ser necessária, como para as empresas que desejam atuar no novo mercado da bolsa de valores ou para as que desejam atuar na comercialização de energia elétrica, sendo que, nos negócios internacionais, a utilização da arbitragem também tem sido a regra.

As principais vantagens são tempo, sigilo, especialidade do julgador, e flexibilidade. O fator tempo torna-se especialmente mais relevante quando cotejado com os números da Justiça Estatal:

- Cerca de 14 mil magistrados em primeiro grau, que julgam, em média, 1.082 processos por ano.

⁴ Cfr. em: <http://www.valor.com.br/brasil/2960894/contratos-com-arbitragem-alcancaram-r-3-bi-em-2011#ixzz2HPLoougS>.

- Isso corresponde a 3 processos julgados por dia (considerando-se 365 dias trabalhados ininterruptamente) ou 1 processo a cada três horas (para uma jornada de 9 horas). Em outras palavras, por ano, o juiz dedicará, em média, apenas três horas para o processo.
- Situação nos Tribunais Superiores: em 2013, 6.788 processos foram julgados em média por ministro (cerca de 18 processos/dia ou meia hora por processo, para uma jornada de 9 horas).
- Pior situação: STJ – em 2013, 8.909 processos foram julgados em média por ministro (cerca de 24 processos/dia ou cerca de vinte minutos por processo, para uma jornada de 9 horas).
- TJ/SP (o maior tribunal do país): em 2013, 1.585 processos foram julgados em média por Desembargador (cerca de 4 processos/dia ou 1 processo a cada duas horas e meia, para uma jornada de 9 horas).⁵

O estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que, atualmente, há cerca de 95 milhões de processos em andamento no Poder Judiciário, ou quase um processo a cada dois habitantes, e dos quais 70% ou 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, sendo que, no decorrer do ano de 2014, houve o ingresso de cerca de 28 milhões de novos casos, o que representa 1,2 novo processo por segundo a cada dia útil do ano. O referido estudo ainda mostrou que o aumento na estrutura orçamentária e de pessoal nos tribunais não tem resultado necessariamente em aumento, proporcional, da produtividade, o que pode significar um atingimento de um ponto-limite na produtividade dos magistrados. Nesse sentido, o IPM - Índice de Produtividade dos Magistrados oscilou de 1.712 para 1.684 processos baixados por Magistrado (-1,7%) entre 2012 e 2013.⁶

⁵ Fonte: CNJ – Indicadores de Produtividade dos Magistrados e Servidores no Poder Judiciário: Justiça em números 2014, ano-base 2013. A esse respeito, cfr. Thiago Rodovalho. A reforma da Lei de Arbitragem: Perspectivas, Palestra proferida no Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF, em 9.9.2013, disponível em <http://www.cahali.adv.br/arquivos/Apresentacao-ThiagoRodovalho.pdf>; e Thiago Rodovalho. Procedimentos e especificidades contratuais, Palestra proferida na Escola Nacional de Seguros – ENS, em 7.5.2014, disponível em <http://www.funenseg.org.br/download/?t=1>.

⁶ Fonte: CNJ – Indicadores de Produtividade dos Magistrados e Servidores no Poder Judiciário: Justiça em números 2014, ano-base 2013.

É a denominada “*crise do processo civil*”, que acaba por exacerbar a *cultura do litígio* que atualmente impera no País.

Os atrativos da arbitragem⁷

O crescente interesse pela arbitragem no Brasil está diretamente associado aos seus principais atrativos, quais sejam, especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confidencialidade.

Na Justiça Estatal, por razões inerentes à sua estrutura organizacional, o magistrado acaba por ser, naturalmente, um generalista. Isso não é um demérito, ao contrário, é necessário, ante à pulverizada gama de conflitos que chega cotidianamente ao nosso Judiciário. Contudo, para certos conflitos mais específicos ou mais complexos, essa qualidade generalista pode não ser positiva.

Esse é um dos fatores que levam empresas a buscar, na arbitragem, um meio de solução da controvérsia. Nela, há ampla liberdade da escolha de quem poderá ser o árbitro e, com isso, as partes podem eleger alguém que tenha familiaridade com a matéria e em quem depositam confiança.

Com isso, sentem-se mais confortáveis com o próprio procedimento. Assim, num conflito societário, por exemplo, podem escolher, como julgador, determinado profissional que se dedica ao estudo desse tema, conferindo, pois, maior expertise ao julgamento, o que lhes traz mais segurança.

Mais do que isso, e aqui reside outra vantagem, se o próprio árbitro porventura não se sente confortável com a arbitragem para a qual foi indicado, ele pode recusá-la, inclusive se não dispuser de tempo hábil para se dedicar ao caso. De outro lado, ao magistrado não é dado recusar as ações que lhe chegam (salvo nas hipóteses de impedimento ou suspeição).

⁷ Cfr. Thiago Rodovalho. A arbitragem e seus atrativos, in *Jornal Gazeta de Limeira*, Coluna Fatos & Direito, 1.º Caderno, p. 2, em 11.8.2013; e Thiago Rodovalho. Arbitragem e os negócios empresariais – análise econômica da arbitragem, in Adalberto Simão Filho, Elias Marques de Medeiro Neto e Janahim Dias Figueira. *Direito dos negócios aplicado*, vol. II (Do direito processual), Coimbra: Almedina, 2014, passim.

Ademais, outro grande atrativo da arbitragem é, sem dúvida, sua celeridade. No Judiciário, o cidadão sabe apenas quando entra em juízo, mas dificilmente conseguirá precisar quando sairá. Facilmente, um processo judicial supera a casa dos quinze, vinte anos de duração, o que gera muito custo e intranquilidade às partes.

A arbitragem, por sua vez, é célere. A própria Lei de Arbitragem fixa-lhe prazo de seis meses para terminar, ainda que não seja incomum sua prorrogação. Mas, mesmo com a prorrogação, a média das principais câmaras arbitrais é de pouco mais de um ano de duração, com realização de provas e audiências. Isso sem se falar nas chamadas arbitragens expeditas, mais céleres ainda.

Sendo a arbitragem resolvida em sentença final, não cabe recurso para impugná-la, cabe apenas *Pedido de Esclarecimento* (assemelhado aos embargos de declaração, no CPC). Assim, uma vez proferida a sentença arbitral, pode-se tão somente tentar-lhe a anulação por vício procedimental, mas não de mérito.

E o Poder Judiciário tem prestigiado muito o desenvolvimento da arbitragem no País (em decisões que têm sido elogiadas inclusive no exterior), de modo que os índices de sentenças arbitrais anuladas são muito baixos.

A flexibilidade do procedimento arbitral também é um atrativo. Em vez do engessamento do Código de Processo Civil, as partes, em conjunto com os árbitros, podem moldar o procedimento para um formato que lhes seja mais adequado, de acordo com o conflito, desde que preservados os princípios da igualdade e do contraditório.

Assim, podem ajustar como serão apresentadas as manifestações, prazos, quais provas serão produzidas e em que ordem, enfim, disciplinar como querem que o procedimento se desenvolva. Note-se que o Projeto do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13105 de 2015), influenciado pelo êxito da arbitragem, tem procurado flexibilizar, em certa maneira, o próprio processo judicial, o que é um grande avanço.

Por fim, tem-se na confidencialidade mais um atrativo. Embora a Lei de Arbitragem não imponha a confidencialidade, em regra, as arbitragens são sigilosas, quer porque as partes assim expressamente o escolheram, quer porque a câmara arbitral a prevê em seu regulamento. E isso tem atraído tanto empresas quanto pessoas físicas, que não desejam ver seu conflito exposto ao grande público, especialmente quando questões negociais sensíveis estão em jogo. Na Justiça Estatal, naturalmente, ocorre o contrário, a regra é publicidade.

É justamente em razão desses atrativos, que a arbitragem tem se desenvolvido e crescido no país, sendo considerada, atualmente, não apenas um meio alternativo (ADR – Alternative Dispute Resolution), mas, sim, efetivamente um meio adequado à solução de conflitos (modernamente, ADR – Adequate Dispute Resolution), razão pela qual, no Brasil, ao lado de outros métodos (como a conciliação e a mediação), o próprio Projeto do Novo Código de Processo Civil, inclusive, a estimula.⁸

Em razão disso, ao longo dos últimos anos, a arbitragem vem crescendo exponencialmente, no Brasil (*“Com um crescimento médio anual de 20%, a arbitragem está se tornando um método de resolução de litígios cada vez mais confiável para as empresas de grande porte”*)⁹ e no mundo (a Espanha, por exemplo, registrou um aumento médio de 15% nas arbitragens).¹⁰

Sendo que, nesse cenário, recentes pesquisas realizadas junto às grandes empresas têm revelado, ainda, a maior (e crescente) preferência para utilização da arbitragem como meio *adequado* para resolução de

⁸ Sobre o tema, v. amplamente Francisco José Cahali e Thiago Rodovalho. A arbitragem no novo CPC – primeiras impressões, in Alexandre Freire et alii (orgs.). Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil, v. 2, Salvador: JusPodivm, 2014, pp. 583/604.

⁹ Cfr. Editorial do Jornal “O Estado de São Paulo. O sucesso da arbitragem, Quarta, 06 de Fevereiro de 2013, disponível em: <http://m.estadao.com.br/noticias/impresso,o-sucesso-da-arbitragem-,993635.htm>.

¹⁰ Cfr. em http://www.eleconomista.es/pais_vasco/noticias/4900320/06/13/El-arbitraje-en-Espana-registro-un-incremento-medio-del-15.html.

certos tipos de controvérsias empresarias (conflitos societários e obras complexas de construção civil, por exemplo).¹¹

No mesmo sentido, nos negócios internacionais, a utilização da arbitragem também tem sido a regra, a ponto de recente pesquisa ter mostrado que 52% das multinacionais preferem recorrer à arbitragem em vez da justiça estatal.¹²

Esse crescente interesse pela arbitragem, no Brasil e no mundo, está diretamente associado aos seus já mencionados atrativos (especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confidencialidade).

¹¹ Empresas já preferem arbitragem ao Judiciário, conforme notícia divulgada pelo Jornal “O Estado de São Paulo”: <http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios-geral,empresas-ja-preferem-arbitragem-ao-judiciario,138979,0.htm>.

¹² V. pesquisa conduzida pela School of International Arbitration (Centre for Commercial Law Studies) e pelo Queen Mary College, com apoio da PriceWaterhouseCoopers: School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, e Queen Mary University of London (com apoio da PwC). Corporate choices in International Arbitration - Industry perspectives, disponível em: www.pwc.com/arbitrationstudy, acessado em 31.5.2013.

O PAPEL DO ADVOGADO NA ARBITRAGEM

ALDEMAR MOTTA JÚNIOR¹.

Considerações iniciais

A CEMCA/CFOAB – Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, capitaneada na atual gestão por seu *bâtonnier*, **Marcus Vinícius Furtado Coêlho**², pública e verdadeiramente comprometido com o desenvolvimento e consolidação dos métodos adequados de solução de conflitos – MASC³, no Brasil, em seus profícuos trabalhos ao longo de todos estes meses, ofertou, recentemente⁴, à sociedade brasileira o “Manual de Mediação Para Advogados, Escrito Por Advogados”, ao tempo em que entrega agora – no raiar do ano de 2015, com o apoio da Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil (CACB) e do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), uma nova obra para a comunidade de operadores do direito – dita, “Manual de Arbitragem para ADVOGADOS” sem a pretensão de ser obra doutrinária, como o próprio nome diz, mas um simples manual, a socorrer as novas levas de advogados que ao manter seus primeiros contatos com a matéria necessita, não só entendê-la doutrinariamente, mas saber como fazê-lo no dia-a-dia, para poderem usar e fruir, para si, para seus clientes e para a sociedade em sua completude, de todos os benefícios e vantagens da arbitragem. Para nós – foi pedido uma reflexão ligeira sobre “o papel do advogado na arbitragem”.

¹ Advogado. Presidente da CEMCA/CFOAB.

² Gestão relativa ao triênio 2013/2015.

³ Consciente está este autor de que a letra “A” na sigla MASC representa para muitos a palavra “Alternativo” e não “Adequado” de resolução de conflitos, mas sendo certa a vontade deste de referir-se a tais métodos como sendo “adequados” e não “alternativos”, assim se utilizará desta sigla durante todo este artigo.

⁴ Lançado em Brasília, no Ministério da Justiça em data de 17/12/2014.

Nada obstante ser este um texto de tiro de curta distância, o raciocínio deve ser amplo para que possa proporcionar aos colegas de profissão uma visão global sobre a arbitragem e o papel que o advogado desempenha no acompanhamento do procedimento, sendo imperioso então, não pular etapas. Começemos pois, do início.

Da fase antecedente à arbitragem

O melhor dos mundos para o advogado que vai discutir um contrato é quando ele tem a oportunidade de elaborá-lo, de ter participado de todas as rodadas de negociações que antecederam a sua confecção e subscrição. Nesta situação, o advogado que participou das rodadas e encontros pré-elaboração e pré-celebração do contato sairá, em tese, com vantagem sobre o colega que não tenha participado de tais encontros.

Por vezes a força ou fragilidade do contrato encontra-se não no que está expressamente escrito, mas nas entrelinhas, no pano de fundo que as partes têm interesse que não fique tão explícito assim. Aqui, tal reflexão anda longe de ser confundida com a má-fé, pois quem está habituado à área tem consciência de que para contratos que vão reger negócios complexos e de grandes montas financeiras, muitas vezes por um longo período de tempo, existem estratégias a serem desenvolvidas e posições empresariais a serem preservadas ou conquistadas.

O advogado deve desde o primeiro momento, ficar atento não só às nuances legais do contrato-fim em si, quanto também começar a pensar acerca das avenças que se façam necessárias para a construção de uma cláusula compromissória correta, isenta de vícios ou que venha a pôr em risco a realização de eventual futura arbitragem, o que seria desastroso para o cliente/parte, ter que levar à apreciação do Poder Judiciário Estatal uma discussão

que exigirá do juiz togado uma atenção, um comprometimento que em face das dificuldades estruturais do Judiciário nacional, seja em relação ao congestionamento de causas, que é algo absolutamente surreal, tendo chegado ao final de 2013 a uma taxa de congestionamento de 70%, e em números despídos de maiores interpretações, a um patamar de 95.000.000 (noventa e cinco milhões) de causas em andamento no Judiciário brasileiro⁵, seja também em relação ao fato de que os juízes togados são em sua maior parte generalistas, não havendo como a Justiça Estatal transformar ou qualificar cada juiz para torná-lo um especialista.

O advogado que vai militar na seara arbitral deve entender que a arbitragem em si não é o fim, mas um dos meios (métodos) adequado de distribuição da Justiça, *in casu*, privada. Por que este alerta, se pode dizer o leitor mais desatento, que isso é óbvio? Não! Não é tão óbvio assim para os não iniciados, esteja certo leitor, e pode levar a confusões conceituais a colocar o colega advogado mais desprevenido em dificuldades. O advogado que vai militar na seara arbitral deve ser profundo conhecedor do Direito Privado, especialmente o Direito Civil, que é – em sua imensa maioria, o direito material que vai ser discutido nas demandas arbitrais.

Cláusula Compromissória

A lei (Arts. 1.º e 2.º da Lei de Arbitragem) e a doutrina informam que pelo encontro de vontade das partes, de forma lúcida, sem coações de quaisquer espécies e em respeito à sua autonomia, estas podem optar pelo procedimento arbitral como uma das portas adequadas de acesso à Justiça, que por não ser a forma ordinária (estatal), recebe o qualificativo de “método alternativo”,

⁵ Discurso de Posse de Ricardo Lewandowski, In - <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29603-novo-presidente-do-cnj-defende-maior-celeridade-processual-e-incentivo-a-conciliacao>

quando melhor seria dizê-lo “método adequado”. Pois bem, a Lei de Arbitragem em seu artigo 3º dispõe que “... 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”.

De se entender a diferença entre Compromisso Arbitral e Cláusula Compromissória: ambos são espécies do gênero Convenção de Arbitragem. Usa-se o Compromisso Arbitral quando o litígio já se encontra instaurado; e a Cláusula Compromissória para prevenção de litígios futuros, é o escólio de Joaquim de Paiva Muniz⁶. O inciso III, do Artigo 10 da Lei de Arbitragem, inclusive, dispõe que um dos requisitos do Compromisso Arbitral é justamente a “matéria que será objeto da arbitragem”, de tal modo impossível a previsão em sede de Cláusula Compromissória da matéria que seria objeto da arbitragem.

Por que a opção pela Cláusula Compromissória? Explica-se de forma muito fácil: Se para a instauração do procedimento arbitral a parte interessada necessitar propor a ação judicial do Art. 7º da Lei de Arbitragem, consoante reflexão de Cândido Rangel Dinamarco⁷ e pacificado pela doutrina, por ser a Cláusula Compromissória vazia, incompleta ou mesmo inexistente, um dos benefícios que as partes em tese buscaram ao escolher a arbitragem, frise-se, celeridade, estaria invariavelmente comprometido ao se ver forçada uma qualquer das partes a recorrer ao Poder Judiciário para a instauração da arbitragem via compromisso arbitral.

⁶ In, Curso de Direito Arbitral – Aspectos Práticos do Procedimento, 2ª Edição, Revista e Ampliada, Atualizada com a Reforma da Lei de Arbitragem, Ed. CRV, pág. 59, Curitiba, Brasil, 2014.

⁷ In, A Arbitragem na Teoria Geral do Processo, Malheiros Editores, págs. 218 e segs., São Paulo/SP, 2013.

Vale alertar que a ideia – para ser representação eficaz da vontade das partes de privilegiar o procedimento arbitral, abrindo-se mão do método ordinário de socorro à Justiça Estatal, para fins de composição dos conflitos relativos a direito patrimoniais, deve instar ao advogado preferir a elaboração de uma cláusula compromissória cheia ao invés do compromisso arbitral.

A preocupação da parte com a escolha do procedimento arbitral como método adequado de resolução de conflitos (relativamente a direitos patrimoniais disponíveis, segundo os termos da Lei de Arbitragem), deve fazer ao advogado ainda quando na fase de fornecimento dos serviços de consultoria jurídica ao seu cliente, refletir com serenidade acerca da correta elaboração da Cláusula Compromissória, a permitir no futuro – sem quaisquer sobressaltos, a quaisquer das partes, solicitar a instauração do competente procedimento arbitral, sem o recurso à ação do Art. 7º da Lei de Arbitragem em vigor.

O momento adequado para acordar a escolha da arbitragem como o método adequado de resolução de conflitos é exatamente quando os problemas são inexistentes na relação contratual, ainda em início de regular execução dos termos de suas cláusulas, avenças e condições.

Entre os advogados mais experientes com o uso da arbitragem para resolução de conflitos, existe uma percepção prevalente de que, quando qualquer das partes não tem interesse em resolver de forma rápida e eficaz eventuais problemas surgidos relativamente ao cumprimento ou não de obrigações contratuais, a forma mais eficaz de postergar a solução efetiva do problema é socorrer-se do Poder Judiciário. Aqui, estar-se a tratar do tema de forma escorreitamente técnica sem qualquer viés políticos: é fato de que o Poder Judiciário brasileiro, congestionado – não consegue resolver de forma rápida e eficaz os litígios que lhes são confiados

pela população de forma geral. Assim, se não houver uma previsão de Cláusula Compromissória isenta de vícios, ou ainda dita “não patológica”, as partes contratantes correm o sério risco de, no momento em que precisarem instaurar o procedimento arbitral, não o seja possível, já que poderá parecer mais oportuno à parte culpada pelo inadimplemento contratual não permitir seja levada a solução das eventuais controvérsias para o Juízo Arbitral, que é rápido e objetivo, pospondo conseqüentemente de forma consciente a resolução do problema, em detrimento dos interesses da parte inocente.

Assim, o primeiro e mais importante papel do advogado na arbitragem não ocorre com a instauração da demanda arbitral em si, mas com a escolha da arbitragem como método adequado de resolução de conflitos, bem como, com a correta elaboração da Cláusula Compromissória.

Imprescindibilidade do advogado

A Lei da Arbitragem no § 3º, do seu Art. 21 diz textualmente que a “...As partes poderão postular por intermédio de advogado, *respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.*”, ou seja – torna facultativa a presença ou não de advogado para fins de postulação do Juízo Arbitral.

A Constituição Federal de 88, em seu artigo 133 dispõe de forma taxativa que “... *O advogado é indispensável à administração da justiça, ...*”, de sorte que sendo o advogado indispensável à administração da Justiça e sendo a arbitragem, justiça privada, deveria ser tido por absolutamente indispensável para fins de postulação em juízos arbitrais; não o é, entretanto.

O lugar comum entre os arbitralistas é de que a presença de

advogado – como indispensável para fins postulatórios em demandas arbitrais faria o Brasil ter dificuldades no cenário mundial para fins de se firmar como praça internacional de arbitragens, posição que vem se consolidando em face da jurisprudência nacional cada vez mais assecuratória do instituto da arbitragem; mormente para as arbitragens internacionais em que partes estrangeiras se veriam assim obrigadas a constituir advogados brasileiros para poderem realizar suas arbitragens no Brasil.

A CEMCA/CFOAB – em reunião realizada em Salvador/BA em maio de 2014, ao analisar contribuições que seriam ofertadas para a revisão da Lei de Arbitragem, à época em tramitação pelo Congresso Nacional, sugeriu uma redação que espantaria dúvidas, como segue – “... nas arbitragens domésticas – isto é, nacionais, com o uso da legislação nacional brasileira, em solo pátrio e partes brasileiras, será necessário o patrocínio das partes por advogados nacionais”. Não havendo a verificação de quaisquer dos requisitos retroapontados, seria prescindível o acompanhamento de advogados. Este o nosso entendimento.

Apesar do nosso modo de pensar distante do entendimento da maioria, é fato – hoje, que no Brasil o advogado não é tido por indispensável para a realização dos procedimentos arbitrais. Nada obstante a não obrigatoriedade do advogado em procedimentos arbitrais, é, outrossim, fato - que praticamente em 100% das demandas arbitrais as partes comparecem acompanhadas de seus advogados. O autor deste texto, nunca teve a experiência de participar de arbitragens em que quaisquer das partes tenha comparecido ao Juízo Arbitral desacompanhada de advogado, nem teve conhecimento em contatos informais, com advogados ou árbitros que tenha vivenciado situação que tais. Isso é verificável em arbitragens internacionais, não em arbitragens domésticas.

Como é permitido em lei, entretanto, há sempre a possibilidade de isso vir a acontecer. Assim, ocorrendo tal situação, vemos como saudável ao advogado da parte que compareça acompanhado, requerer ao tribunal arbitral que advirta à parte que não se faça acompanhar de causídico, acerca da importância do acompanhamento da demanda por advogado, fazendo disso contar no Termo de Arbitragem/Ata de Missão, para que depois não haja a tentativa de se desconstituir a sentença arbitral sob a alegação de ausência de paridade de armas, ou hipossuficiência técnica de uma das partes. Não precisa dizer que em uma situação desta espécie cabe ao tribunal velar para que, nada obstante a ausência do patrocínio de advogados por uma delas, as partes tenham respeitados seus direitos constitucionais à igualdade em face da parte contrária e ao contraditório.

Assim, como é do interesse geral que uma sentença arbitral qualquer, seja isenta de vícios que possam vir a ser arguidos em uma eventual ação de nulidade, com supedâneo nos termos do Art. 33 da Lei de Arbitragem, com fundamento no inciso VIII, do Art. 32, que remete à falta de observância dos princípios constantes do § 2º, do Art. 21 do mesmo diploma legal, é sempre de bom alvitre que o advogado da parte que esteja assistida se preocupe a todo o tempo em verificar se tais princípios previstos na disposição legal indicada – isto é, *igualdade das partes e contraditório*, estão sendo efetivamente preservados. Não interessa a quem quer que seja que esteja de boa-fé, principalmente à parte que venha a lograr êxito na demanda arbitral, que a sentença respectiva venha a ter decretada sua nulidade⁸.

⁸ O escopo deste texto não permite uma diferenciação e/ou discussão sobre anulabilidade ou nulidade, declaração ou decretação, de sorte que foi usada a terminologia legal sem maiores considerações.

Postura do advogado no procedimento arbitral

Insta alertar aos advogados que vão militar na seara da arbitragem, que há que se ter uma mudança de postura mental, quase filosófica acerca da forma de encarar o direito e o exercício da advocacia.

Não é admissível militar como advogado em demandas arbitrais com o mesmo espírito de litigância que move os colegas advogados que militam na seara judicial. O espírito nas demandas judiciais, não deveriam ser, mas o é – o de litigar, por litigar, permeando-se no inconsciente de todos os operadores do direito a ideia de que o advogado será tanto melhor, quanto mais preparado ele esteja para um bom litígio.

A CEMCA/CFOAB – por isso mesmo, tem pugnado de forma insistente pela inserção dos MASC's nas grades curriculares dos cursos de Direito, como disciplinas autônomas; bem como pela obrigatoriedade de questões relativas aos MASC's nos Exames de Ordem e nos concursos públicos de carreiras jurídicas. Estas seriam soluções eficazes para um problema que aparenta não ter fim, que é conseguir modificar a cultura do litígio, a que nós temos denominado de forma simbólica de *“cultura pit bull”*, com que saem formados dos bancos universitários os novos operadores do Direito, sejam eles advogados – públicos ou privados, juízes ou promotores; para a cultura da *“colaboração”* ou *“não adversarial”*.

Na arbitragem o advogado deve estar sempre aberto para uma eventual tentativa de conciliação, sendo tal iniciativa – inclusive, constante do texto da Lei de Arbitragem – nos termos do § 2º, do seu Art. 7º e do § 4º, do seu Art. 21; ou mesmo mediação, se existirem condições para tanto. Este também é o espírito do novo CPC, que privilegia de forma assaz forte o consenso entre as partes, nos novos ritos processuais civis.

A cultura da colaboração em sede de arbitragem não significa, assim, abrir mão de provar os direitos do seu constituinte em prol dos interesses da outra parte. Não é isso! É tão somente entender como correta e praticá-la, a cultura da boa-fé na adoção das estratégias jurídicas tidas como mais adequadas para a demonstração do bom direito da parte, não requerer provas desnecessárias, não tentar postergar infundadamente a demanda, não tentar induzir a erro, e de forma intencional, o(s) árbitro(s).

A arbitragem somente admite-se entre cavalheiros. Ainda que se pugnano de forma firme pela prevalência dos interesses dos seus respectivos clientes, os advogados devem ser urbanos entre si, bem como para com os árbitros, eventuais funcionários da instituição que administre a demanda, peritos e demais colaboradores da demanda arbitral; bem como a todo o tempo, agir de boa-fé, para que os princípios e benefícios da arbitragem sejam preservados, de forma a, independente do resultado da demanda, sair fortalecido o instituto em si. Trata-se do interesse geral da sociedade e não apenas dos operadores do direito, vez que a arbitragem é uma das tantas portas de acesso à Justiça, a que leva de forma rápida e eficaz uma maior contribuição para a consecução da paz social.

É dever dos advogados em arbitragens levar ao conhecimento de seu cliente, uma perfeita explicação sobre todo o procedimento e acerca da filosofia do instituto, explicando-lhe as vantagens intrínsecas, mesmo para as partes sucumbentes, quanto eventual possibilidade de continuidade dos negócios, não só entre as partes litigantes, quanto e principalmente com terceiros, tornando a atividade das partes, assim – mais hígida e dinâmica. A perpetuação de demandas é, sem sombra de dúvidas, uma expectativa insalubre para toda e qualquer sociedade empresária.

Processo civil

Ainda como parte da mudança mental que deve ter o advogado que vai militar em arbitragens, ele deve se desvincular dos cânones que o impelem a crer que o Processo Civil é a bíblia dos ritos dos civilistas. Não, não é. O advogado que vai militar em arbitragens tem que saber qual a lei aplicável ao procedimento arbitral e que o vai reger, o regimento/regulamento das instituições que vão administrar a arbitragem, dos princípios, conceitos e nuances da arbitragem e – *the last, but not least*, ser profundo conhecedor do Direito que vai dirimir a questão a ser arbitrada.

Segundo Selma Lemes⁹: *“É temerário atuar na arbitragem sem conhecer as especificidades do instituto. É preciso se desvincular do Processo Civil e saber que não adianta fazer um pedido extremamente genérico”. Mas lembra: “a base de todo direito é o direito civil. Não é a arbitragem. Arbitragem é uma técnica, além de ser uma disciplina jurídica.”*

Assim, as disposições de rito emanadas do Código de Processo Civil podem até vir a ser observadas em procedimento arbitral, mas esta não é a regra, tampouco deve o advogado ter expectativa de, ou querer conduzir sua demanda arbitral segundo os critérios e princípios do Código de Processo Civil, que maior parte das situações não serão bem recebidos pelos princípios orientadores da arbitragem, quando não forem antagônicos – como o são os princípios da publicidade no Processo Civil e o da confidencialidade na arbitragem, como será visto a seguir.

⁹ Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico em data de 12 de maio de 2013, In <http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>

Confidencialidade

João Bosco Lee¹⁰ sustenta que dos motivos que fazem com que, na avaliação do custo-benefício, a arbitragem seja escolhida como porta de acesso à Justiça em face das demais opções, a confidencialidade é um dos mais importantes. Assim, para as partes – muitas vezes em face do valor do negócio em disputa, ou de sua complexidade, ou ainda em vista de sua natureza estratégica para uma ou ambas as demandantes, é importante que sobre a matéria submetida à arbitragem haja discricção, reserva, sigilo mesmo, bem como – também, acerca das posições jurídicas expostas no pedido e na defesa, sobre documentos, principalmente os relativos às áreas financeira e contábil.

O advogado em demandas arbitrais deve estar sempre consciente de que na arbitragem o princípio ético-processual, diferentemente das demandas judiciais, impõe a reserva da publicidade, de sorte que não só as partes, e os árbitros estão vinculados a este compromisso de manutenção do sigilo acerca das informações constantes, mas também e principalmente os advogados devem respeitar os princípios ético-processuais da arbitragem, entre os quais o relativo ao sigilo das informações levadas ao conhecimento do Tribunal Arbitral. Esclareça-se que a confidencialidade não é um princípio explícito na Lei de Arbitragem para as partes, mas a maioria das regras arbitrais a prevê. E, de qualquer forma, o processo arbitral tem natureza privada, ao contrário do processo judicial, em regra, público.

Por conseguinte, em diversas situações – estimulado ainda pelo fato de que a arbitragem é procedimento que prima pelo desarmamento dos espíritos e pela disputa amigável – o sigilo da

¹⁰ Apud, Candido Rangel Dinamarco, in Op. Cit., pág. 61.

demanda contribui para evitar que o eventual *stress* na relação entre as partes demandantes seja tornado público, preservando assim a continuidade das relações e dos negócios. Isso é extremamente importante e útil não só para as partes, mas também para a sociedade como um todo, e mais ainda, para a higidez das relações comerciais que passam a ter condições reais de continuidade.

Deste modo, uma das principais obrigações dos advogados em demandas arbitrais é a busca constante pela manutenção do sigilo das informações levadas ao conhecimento do Tribunal Arbitral. O descumprimento destes deveres pode vir a ensejar o direito da parte prejudicada vir a ser indenizada em decorrência da inobservância do vínculo a que estavam obrigadas ambas as partes contratantes, entre outros atores locais responsáveis pela administração da arbitragem respectiva.

Especialização dos árbitros

Não é dúvida ou desconhecimento para qualquer um iniciado no tema, que outro grande trunfo em favor da arbitragem, quando comparando-se os prós e/ou contras entre estas e as demais portas de acesso à Justiça, é o de que as partes demandantes têm a liberdade/possibilidade de, em comum acordo, escolherem árbitros que sejam experientes conhecedores das matérias objeto do litígio. É o princípio da especialização dos árbitros, diferentemente do que ocorre na Justiça Estatal, onde o Juiz Togado é, normalmente (e aqui não se registra quaisquer notas de críticas, e/ou afins) um generalista,

Sendo os árbitros – normalmente, expertos nas matérias postas sob julgamento do Tribunal Arbitral, muito natural que os advogados lembrem-se sempre de que os argumentos expostos em petições escritas, memoriais, sustentações orais e/ou afins, devem ser sempre argumentos técnicos, isentos de passionalismos, sem

aforismos ou discursos inflamados e emocionais. O advogado quando no patrocínio das demandas arbitrais, deve sempre ser um amante do bom Direito, sendo preciso em descrever o problema, sem excessos gramaticais e cirúrgico tanto para rebater os argumentos da parte contrária quanto para pedir.

Não se conseguirá, assim, convencer os árbitros, pessoas normalmente com um alto nível de conhecimento técnico da matéria objeto da arbitragem, sem que se agite com bom senso, apuro, rigor e amplo conhecimento das questões fáctica e de direito que precisem ser revolvidas na análise das situações tidas por fundamentais ao deslinde da demanda. Ou seja, ou você, advogado, prepara-se com seriedade para patrocinar uma demanda arbitral, tornando-se profundo conhecedor das questões de fato e de Direito importantes para sustentar a posição do seu constituído como sendo a mais correta e conforme ao Direito escolhido pelas partes para ser aplicada na resolução daquela demanda, ou sua incursão pela arbitragem não será exitosa para a defesa dos interesses do seu cliente.

Termo de Arbitragem e/ou Ata de Missão

Nos termos do Art. 19 da Lei de Arbitragem “... *Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.*”; assim, uma vez instituída a arbitragem, é o momento de se designar dia e hora para a assinatura do **Termo de Arbitragem**.

Também chamado algumas vezes de **Termo de Referência**, significam todos o mesmo documento. É de suma importância no procedimento arbitral, a lhe dar a garantia necessária para que todas dúvidas sejam dirimidas *ab initio*, e para que todas as avenças que as partes entendam necessárias para fins de ordenar o rito da arbitragem sejam celebradas.

Na **Ata de Missão** constarão todos os (1) dados identificadores das partes demandantes; (2) dos seus advogados, estes com poderes especiais para assinarem-na, na representação de seus clientes, e (3) aqueles em suas cartas de preposição com iguais poderes; (4) as transcrições das disposições contratuais que previram a instituição da arbitragem como a forma de resolução dos conflitos eventualmente existentes; (5) dados identificadores dos membros do Tribunal Arbitral; (6) o registro de eventuais tentativas de conciliação; (7) da forma de comunicação das partes com o Tribunal Arbitral e este com aquelas; (8) do prazo da instrução arbitral; (9) do objeto da arbitragem; (10) dos pontos controvertidos; (11) das provas a serem produzidas; (12) do valor da arbitragem; (13) da estipulação do princípio da sucumbência ou da responsabilidade de forma diversa dos responsáveis pelos pagamentos dos custos da arbitragem, aí incluídos os honorários dos árbitros, dos advogados e de eventuais peritos; (14) Lei aplicável; (15) Se será admitido o julgamento por equidade ou não; (16) o local da sede da arbitragem; (17) do prazo para prolação da sentença final, entre outros.

Muitos destes itens podem por vezes possuir previsão nos regimentos/regulamentos internos das entidades que farão a administração da arbitragem, nada impedindo que eles sejam ratificados, modificados, adaptados ou mesmo excluídos (rejeitados pelas partes) do rito a ser instituído para a arbitragem, em face das peculiaridades do caso concreto, quando por ocasião da confecção e assinatura do Termo de Referência.

Uma cautela importante deve ser adotada pelo advogado que patrocina a parte em uma demanda arbitral é com a hipótese de não comparecimento da outra parte para a audiência/reunião de elaboração e assinatura do Termo de Arbitragem. Nesta hipótese aconselha Leonardo de Faria Beraldo¹¹, “... *recomenda-se a seus redatores que se mantenham fieis à Convenção de Arbitragem e*

¹¹ In, Curso de Arbitragem nos Termos da Lei 9.307/96, Editora Atlas, São Paulo, 2014, pág. 286, apud, Maria Helena Diniz

não alterem nenhuma estipulação do Regulamento de Arbitragem. O Tribunal Arbitral deve pautar-se no Regulamento e o Termo de Arbitragem ratificar todas as suas disposições sem nenhuma alteração de forma ou conteúdo...”.

Pelos termos do Art. 20 da Lei de Arbitragem, “...A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem...”, ou seja – se a reunião/audiência para a elaboração e assinatura da Ata de Missão, for a primeira oportunidade em que a parte tiver para se manifestar, então - será também neste documento que o advogado deverá fazer constar todas suas insurgências relativamente a estas questões. Não podendo, entretanto, perder a atenção com a letra da lei que impõe seja tal impugnações realizadas, “na primeira oportunidade que tiver para se manifestar”, de sorte que se antes da reunião/audiência para elaboração/assinatura do Termo de Referência houver uma oportunidade de manifestação, esta será a primeira oportunidade, por isso mesmo o momento adequado para discussão destas questões preliminares, sob pena de preclusão.

Considerandos finais

O escopo deste trabalho, como lembrado desde o seu início, era o de fornecer informações de cunho prático para orientar o advogado iniciante nas arbitragens como efetivamente fazer no dia-a-dia, como, digamos, “pôr a mão na massa”. Muitas outras informações seriam necessárias, mas, sendo esta uma obra coletiva, foram pré-definidos requisitos que não me permito aqui ignorá-los, em face de que, muito mais que eu, os colegas coautores teriam a lecionar, e não o puderam fazer em atenção aos mesmos limites consensualmente decididos por todos os que contribuíram com esta obra.

Elaborada a Ata de Missão, tem-se a instrução da demanda, com ampla produção de provas, depoimento pessoal das partes, juntada de documentos, oitava de testemunhas perícias e tantas outras provas que sejam pertinentemente requerida pelas partes e/ou determinadas de ofício pelo Tribunal Arbitral se este entender necessárias.

Instruída regularmente a demanda, observados os princípios constitucionais do contraditório, igualdade das partes, ampla defesa, entre outros, vem a sentença, eventuais aclaratórios, aditamento da sentença, cumprimento espontâneo das disposições da sentença ou não, situação em que se terá que recorrer ao Poder Judiciário estatal para fins de execução forçada.

Haveria, por fim - a discussão de eventual Ação de Nulidade, no prazo decadência de 90 dias, mas como já anunciado, estas incursões fogem todas ao escopo deste trabalho.

É certo entretanto, que o colega advogado não ficará órfão de informações, pois que partes destes temas estarão sendo discutidos nos trabalhos confiados aos demais colaboradores desta obra, da qual tive a honra de participar. Estimo que o colega advogado continue sua jornada que esperamos, seja na arbitragem êxitosa.

Boa sorte!

REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM

SILVIA RODRIGUES PACHIKOSKI¹

Introdução

Passados 17 anos da promulgação da Lei nº 9.307, de 1996, por determinação do Senado Federal, em 2013, foi constituída Comissão de Juristas para elaboração de proposta de reforma da Lei de Arbitragem e redação de texto legal para Mediação. O trabalho foi conduzido sob a brilhante presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Luis Felipe Salomão, contando com a realização de diversas audiências públicas para permitir a participação de diversas entidades relacionadas à arbitragem.

A comunidade arbitral, resistente às mudanças, pois receosa de que essas modificações poderiam aleijar a base teórica e jurisprudencial que se havia consolidado nos últimos anos, ficou muito apreensiva com o encaminhamento.

Após seis meses de longas e calorosas discussões, com diversas audiências públicas, a Comissão de Juristas produziu o denominado Projeto de Lei nº 406/2013. Ao tramitar na Câmara dos Deputados recebeu nova numeração, mais precisamente o nº 7.108/14.

O entendimento da Comissão foi o de trazer para o texto legal as posições jurisprudenciais pacificadas em sua maioria pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como pequenas modificações que visam contribuir para a ampliação do uso da arbitragem no país.

¹ Advogada formada pela Universidade de São Paulo. Sócia de Rodrigues Pachikoski e Staffa Neto Advogados Associados (RPSN) responsável pela área de Arbitragem e Contencioso do escritório. Pós graduada em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Extensão Universitária em Arbitragem pela Washington College of Law - American University. Secretária Geral da Comissão de Mediação e Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo. Conselheira Eleita da Associação dos Advogados de São Paulo. Integrante da Comissão de Juristas do Senado Federal instituída com a finalidade de elaborar anteprojeto de Lei de Arbitragem e Mediação.

Cumpra salientar que a evolução da sociedade desde os seus primórdios fez com que os indivíduos deixassem de resolver os seus conflitos com as próprias mãos e buscassem justiça ou a solução de seus problemas junto ao Estado ou delegando a um terceiro, conhecedor do tema em discussão, a decisão da pendenga.

No Brasil, a arbitragem passa a ser legalmente reconhecida já na Constituição do Império, de 1824, que estabelecia às partes o direito de nomear árbitros para solucionar suas questões². Apesar de também constar do Código Comercial de 1850³, apenas no início do século XXI é que, de fato, a arbitragem toma força e forma.

Nesse sentido, em 1.996, conforme narra o eminente Petrônio Muniz, sobre a empreitada do Senador Marco Maciel⁴, que armou verdadeira força tarefa para que o Congresso Nacional aprovasse o texto da Lei de Arbitragem e, com isso, definisse um marco legal, permitindo o desenvolvimento efetivo da prática no Brasil.

Com a promulgação da Lei nº 9.307 de 1996, estabeleceram-se diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais para validar se a utilização da arbitragem cercearia ou não o direito de acesso à justiça, estampado no art. 5º, inciso XXXV⁵ da Constituição Federal.

² Art. 160 – Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes. CF 1824.

³ Art. 245 – Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas pelo juízo arbitral. Art. 294 – Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

⁴ MUNIZ, Petronio R. G., A Operação Arbitrer - A história da Lei 9.307 de 1996 sobre a arbitragem, Editora AAEPE, Associação dos Advogados de Empresa de Pernambuco, 2005.

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Assim é que em dezembro de 2001⁶, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a utilização da arbitragem para a solução de conflitos, declarando inexistir ofensa ou lesão a direito constitucionalmente garantido.

Como consequência, o Brasil passa a utilizar a arbitragem como método jurisdicional, alcançando posição de destaque no ambiente internacional, como um dos maiores consumidores do instituto. O Brasil aparece em quarto lugar no ranking dos países usuários da arbitragem internacional. Estados Unidos, França e Alemanha aparecem nas três primeiras colocações, respectivamente.

A fórmula do sucesso é simples: celeridade, especialidade, confidencialidade e segurança. Ou seja, decisões rápidas, proferidas por árbitros especialistas, sigilosas, com a certeza de um veredicto que será aplicado.

A reforma proposta pelo Projeto de Lei não pretende alterar essa fórmula de sucesso, mas busca a ampliação da do instituto da arbitragem, levando ou confirmando a sua utilização pela administração pública, consumidor, algumas hipóteses no direito

⁶ “Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou hoje (12/12) um recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), considerando constitucional a Lei de Arbitragem (Lei 9307/96). A lei permite que as partes possam escolher um árbitro para solucionar litígios sobre direitos patrimoniais, sendo que o laudo arbitral resultante do acordo não precisa ser mais homologado por uma autoridade judicial. Esse é o caso piloto (leading case) sobre a matéria. Trata-se de uma ação movida a partir de 1995. A empresa, de origem estrangeira, pretendia homologar um laudo de sentença arbitral dada na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. A princípio, o pedido havia sido indeferido. Entretanto, em 1996, foi promulgada a Lei 9307, que dispensaria a homologação desse laudo na justiça do país de origem. Durante o julgamento do recurso, o ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da nova lei. Apesar de todos os ministros terem votado pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade. Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal. A corrente vencedora, por outro lado, considera um grande avanço a lei e não vê nenhuma ofensa à Carta Magna. O ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que se trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça. “O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.” O presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio, após o término do julgamento, comentou a decisão dizendo esperar que seja dada confiança ao instituto da arbitragem e, a exemplo do que ocorreu em outros países, que essa prática “pegue no Brasil também.” Segundo ele, presume-se uma atuação de boa-fé por parte dos árbitros, que devem ser credenciados para tanto”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>. Acesso em 03mar.2014.

do trabalho e para pendengas nas sociedades comerciais, dentre outras.

Das mudanças propriamente ditas.

Como já mencionado o PL 7.108/14 expande as hipóteses de utilização da arbitragem, admitindo expressamente a utilização no âmbito da administração pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁷, e também no âmbito trabalhista e consumeirista.

No que se refere às arbitragens envolvendo contratos com a **Administração Pública** essas já vem sendo praticadas baseadas na jurisprudência de nossos Tribunais, na Lei das Parcerias Público-Privadas⁸, Leis estaduais, como o caso da Lei Mineira de Arbitragem⁹, dentre outras, e na própria lei de arbitragem vigente que nunca impôs restrição para a participação das entidades públicas em procedimentos arbitrais.

O PL pretendeu reafirmar essa condição para que eventuais discussões quanto a essa possibilidade ficassem de vez afastadas, definindo a pessoa pública competente para acelebração da convenção de arbitragem e, ainda, estabeleceu que a arbitragem envolvendo a Administração Pública dever ser sempre de direito, respeitado o princípio da publicidade.

Em se tratando da ampliação da aplicação da arbitragem no Brasil, duas mudanças se mostrariam bastante profícuas, mas

⁷ Art. 1º.....

§ 1º – A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (proposta Comissão de Juristas do Senado Federal).

⁸ Lei n. 11.079/04, art. 11.

⁹ Lei Mineira de Arbitragem: Lei Estadual nº 19.477/11

foram mal interpretadas por interesses outros que acabaram por proporcionar o veto das modificações propostas: a sua utilização em sede trabalhista e na esfera do direito do consumidor.

Mister destacar que não haveria risco de ofensa ao direito, uma vez que em ambos os casos tanto o consumidor quanto o empregado¹⁰, neste caso o diretor estatutário nas sociedades anônimas e os administradores nas sociedades limitadas, deveriam iniciar o procedimento arbitral ou validá-lo expressamente para que se tornasse efetivo.

Assim, a proposta trazia em seu bojo a definição de que somente haveria a submissão à arbitragem, como forma de solução de conflitos, nas hipóteses em que os consumidores e ou diretores, de fato iniciassem a arbitragem ou confirmassem sua participação no procedimento, afastando-se por completo qualquer questionamento sobre acesso à justiça ou legitimidade da arbitragem.

Há até quem defenda que a utilização da arbitragem pelo consumidor é, em verdade, uma vantagem, uma vez que sua celeridade garante ao usuário a certeza de uma resposta técnica e rápida. Além disso, o fornecedor que se vincula à arbitragem também se preocuparia mais com a qualidade do serviço e/ou produto oferecido, visto que não poderia contar com a demora

¹⁰ Art. 4º.....

§2º. Nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.

§3º. Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente com a sua instituição.

§4º. Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar, expressamente, com a sua instituição.

nas soluções dos conflitos como um ganho a seu favor¹¹.

O Projeto buscou prestigiar ainda mais a autonomia da vontade das partes, dando a elas a liberdade de escolha do árbitro, independentemente de listas determinadas pelas entidades arbitrais; liberdade de, juntamente com o árbitro, superar questões da convenção de arbitragem, celebrando novo adendo à cláusula compromissória; a liberdade de estabelecer em conjunto com os árbitros os prazos para a sentença e para esclarecimentos¹².

Outras modificações propostas pelo Projeto, de fato, não trarão mudanças na prática, pois já estão pacificadas pela jurisprudência, tais como a possibilidade de sentenças parciais¹³, a definição da interrupção da prescrição pela instauração da arbitragem, retroagindo à data do requerimento¹⁴, o prazo de 90 (noventa) dias para o ajuizamento da ação anulatória também da sentença parcial

¹¹ LIMA FILHO, Geraldo Luiz dos Santos in Empreendedorismo Virtuoso - Projeto de Lei pode impulsionar arbitragem no Direito do Consumidor, www.conjur.com.br/2014-dez-12/geraldo-filho-pl-impulsionar-arbitragem-direito-consumidor

¹² Art. 13

§ 4º. As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. Art. 19....

§1º. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 23....

§2º. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final.

Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

.....

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias ou em prazo acordado com as partes, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

¹³ Art. 23....

§1º. Os árbitros poderão proferir sentenças parciais.

¹⁴ Art. 19...

§2º. A instituição da arbitragem interrompe a prescrição retroagindo à data do requerimento de instauração da arbitragem, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

e as correções aos artigos 35 e 39, alterando a nomenclatura de Supremo Tribunal Federal para Superior Tribunal de Justiça.

O relacionamento Poder Judiciário-Tribunal Arbitral também fez parte do Projeto de Lei que pretendeu melhorar essa comunicação quer em relação às tutelas de urgência quer no que se refere às comunicações/requerimentos propriamente ditos.

Finalmente, mas não menos importante, as reformas sugeridas na Lei Societária, em relação ao direito de recesso nas companhias quando, por deliberação da maioria, insere-se no estatuto social a convenção de arbitragem. A proposta visa superar a aparente incompatibilidade existente entre o princípio da maioria, vigente nas sociedades, com a vontade individual do acionista e seu direito de acesso à Justiça.

Com essa modificação, pretende-se cessar a discussão sobre a inclusão da arbitragem como método de solução de conflitos societários e nas companhias, ambiente que se mostra, cada vez mais, absolutamente adequado e propício para tratar desse tipo de controvérsia. Atualmente, os conflitos societários são responsáveis por quantidade significativa dos procedimentos arbitrais que tramitam nas nossas Câmaras de Arbitragem.

Conclusão.

A reforma da Lei de Arbitragem busca fortalecer o instituto no Brasil, que já ocupa posição de destaque, unificando posições doutrinárias e jurisprudenciais, solidificando todo o trabalho realizado desde a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96.

ESCOLHA DE NORMA MATERIAL EM ARBITRAGEM

JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ¹

Liberdade de escolha de norma material

O artigo 2º da Lei de Arbitragem prevê que as partes podem escolher, livremente, as regras substantivas aplicáveis à solução do litígio. Essa autonomia é ampla, abrangendo não só a possibilidade de eleger a lei de países estrangeiros, como também de escolher fontes que não sejam propriamente ordenamentos jurídicos, tais como princípios gerais de direito, usos e costumes, regras internacionais do comércio e até mesmo julgamento por equidade. Tal escolha não poderá, contudo, resultar em infração aos bons costumes ou à ordem pública.

A Lei de Arbitragem altera a sistemática de escolha de norma material da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a qual prevê que as obrigações sejam qualificadas e regidas pela legislação do país em que forem constituídas, ou seja, no lugar em que os contratos forem firmados (art. 2º, caput). Na hipótese de contratos celebrados entre ausentes, ou seja, com as partes em locais distintos, reputam-se constituídas as obrigações no local onde residir o proponente (art. 2º, § 2º).

Há, portanto, dois regimes distintos para escolha de leis para reger relações contratuais. Por um lado, nos litígios a serem resolvidos por arbitragem, incide o artigo 2º da Lei de Arbitragem e as partes têm liberdade de escolher, na convenção arbitral, a lei aplicável,

¹ Mestre em direito pela University of Chicago. Advogado inscrito na OAB/RJ e admitido na prova do New York Bar. Membro do Conselho Seccional da OAB/RJ. Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB/RJ. Membro da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da OAB/RJ. Coordenador da pós-graduação em Arbitragem da Escola Superior de Advocacia – ESA/RJ. Diretor do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA. Co-autor do livro “Arbitration Law of Brazil - Practice and Procedure” (Juris Publishing). Autor do livro “Curso de Direito Arbitral” (CRV). Coordenador dos livros “Arbitragem Doméstica e Internacional” e “Temas Polêmicos de Arbitragem e Mediação (Forense)”. Membro do Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). Membro da lista de árbitros da CIESP, CBMA e CAMARB. Certificado em Dispute Board pela Dispute Board Foundation.

desde que não haja violação à ordem pública. Por outro lado, para contratos com foro judicial, continua a vigor a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Ordem pública

No sistema jurídico brasileiro, a liberdade das partes de selecionar as regras de direito aplicável ao contrato, se o foro for arbitral, é se limitada pelo fato de que tal escolha não poderá ensejar violação à ordem pública e aos bons costumes (art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem).

Em seu aspecto positivo, a ordem pública destina-se à afirmação das normas, princípios e valores essenciais de um ordenamento jurídico. Em seu aspecto negativo, impede a eficácia de lei estrangeira, o reconhecimento de ato judicial, administrativo ou arbitral proveniente de outra jurisdição e qualquer outra forma de aplicação de regras de direito estranhas ao ordenamento jurídico local que venham de encontro a tais normas, princípios e valores essenciais.

Nem toda a norma cogente do direito brasileiro representa norma de ordem pública para esse fim. Há precedente do STJ, em processo de homologação de sentença estrangeira², que menciona como normas de ordem pública: “a) as constitucionais; b) as administrativas; c) as processuais; d) as penais; e) as de organização judiciária; f) as fiscais; g) as de polícia; h) as que protegem os incapazes; i) as que tratam de organização de família; j) as que estabelecem condições e formalidades para certos atos; k) as de organização econômica (atinentes aos salários, à moeda, ao regime do bem).” A doutrina pontua que nem todas as normas constitucionais, processuais, penais ou de outras natureza

² STJ – Corte Especial, SEC 802, Reqte. Thales Geosolutions Inc, Rqda Fonseca Almeida Representações e Comércio Ltda., Rel. Min. José Delgado, j. 17.08.2005.

citada no precedente acima são de ordem pública de *per se*, pois, dependendo da hipótese, o conteúdo da norma pode não concernir valor essencial da sociedade e, portanto, não merecer proteção especial³.

Não se pretende aqui se aprofundar sobre as teorias referentes aos níveis de ordem pública, mas sim constatar a distinção entre norma cogente e ordem pública. Vale dizer, as partes podem escolher livremente a lei aplicável, mesmo que isso implique ir contra norma cogente do ordenamento jurídico brasileiro, desde que não haja fraude à lei nem infração à ordem pública brasileira, ou seja, a normas e princípios essenciais de nosso ordenamento jurídico.

Equidade

O termo “equidade” tem várias acepções na ciência jurídica, dentre as quais se destacam, no sentido amplo, a idéia de justiça ideal e direito natural e, no sentido estrito, a noção de justiça no caso concreto.

Adota-se o termo julgamento por equidade quando esta estiver em sua função substitutiva e o julgador tiver a faculdade de não se ater a uma norma jurídica pré-existente, criando seu próprio comando para resolver a disputa, com base em sua consciência de qual resultado seria mais justo.

A regra geral no direito brasileiro é que os julgamentos fundamentem-se em norma legal; portanto, a decisão por equidade só poderá ser reconhecida quando houver autorização legal expressa, como ocorre no caso de arbitragem (Art. 2º, caput), desde que as partes concordem com isso.

³ APRIGLIANO, Ricardo. Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil, São Paulo: Atlas, 2011, p. 30.

A arbitragem por equidade não poderá resultar em decisão que viole a ordem pública. Ou seja, a escolha do julgamento por equidade não pode servir como subterfúgio para fraude à lei nem para se evitar a incidência de norma em cuja aplicação ao caso concreto exista interesse público.

Princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio

De acordo com o art. 2º, § 2º da Lei de Arbitragem, as partes podem decidir que o litígio seja resolvido não pela lei brasileira ou por estrangeira, nem por equidade, mas sim mediante a aplicação de princípios gerais de direito e/ou usos e costumes e/ou por regras internacionais de comércio, ou mesmo pela aplicação da chamada “lex mercatoria”. A utilização de princípios gerais ou usos e costumes como regra aplicável para resolver o mérito, mesmo quando houver norma legal a respeito da matéria, constitui uma quebra do paradigma anterior de nosso ordenamento jurídico, em que esse tipo de fonte de direito só seria aplicada de maneira subsidiária, nos casos em que a lei fosse omissa (art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro).

a) Princípios gerais de direito

Princípios gerais de direito representam, nos dizeres da doutrina “as regras oriundas da abstração lógica daquilo que constitui o substrato comum das diversas normas positivas”⁴.

A opção pelos princípios gerais de direito ocorre, em regra, em duas situações: a) quando as partes visam a decisão calcada mais em noções gerais de justiça do que em normas positivas; ou b) quando as partes de jurisdições distintas desejam regular seu relacionamento

⁴ Cogliolo, apud caio mário Da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, Volume I, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p.74

por princípios de direito que sejam comuns a seus ordenamentos.

Na segunda hipótese, são de grande utilidade as compilações de princípios de direito e de comércio internacional, tais como os “Princípios de Contratos Comerciais Internacionais” da UNIDROIT, publicados em maio de 1994.

b) Usos e costumes

Uso consiste no procedimento ordinário, uniforme e habitual, seguido e adotado geralmente⁵. O costume representa regra ou princípio introduzido pelo uso, que uma coletividade admite como norma a ser seguida na prática de determinado ato⁶.

Segundo o art. 291 do Código Comercial de 1850, que vigorou até Código Civil de 2002, usos e costumes comerciais configuravam fonte primária do direito comercial. Segundo o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, o julgador deverá decidir de acordo com os costumes quando a lei for omissa, o que os torna, em princípio, fonte subsidiária de direito.

A doutrina classifica os costumes como *secundem legem* (expressamente referidos na lei), *praeter legem* (complementam a lei, preenchendo as suas lacunas) e *contra legem* (em oposição a dispositivo legal). Em situações normais, o julgador não pode decidir de acordo com costumes *contra legem*.

Certas atividades empresariais possuem seus próprios usos e costumes. Pode ser recomendável citar esses usos e costumes como regras a serem seguidas para resolução de controvérsias referentes a tais atividades, em complemento à lei aplicável.

⁵ De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, p. 844 (2001).

⁶ De Plácido e Silva, op. cit., p. 228.

c) Regras internacionais de comércio

Há, ainda, a possibilidade de as partes escolherem, como direito substantivo, regras internacionais de comércio. Esse termo compreende não só tratados internacionais de comércio, mas também normas desenvolvidas por organismos não estatais de renome e compilações de regras amplamente aceitas no comércio internacional com origem nos usos e costumes, tais como os “Princípios de Contratos Comerciais Internacionais” da UNIDROIT.

A adoção de regras internacionais de comércio pode se mostrar especialmente útil se a controvérsia versar sobre atividade não totalmente regulada pelas legislações nacionais, mas em que tenha sido objeto de normatização por organismo internacional renomado.

ARBITRABILIDADE

CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA¹

Arbitrabilidade: conceito e limites

A arbitragem é um modo de solução de litígios escolhido pela vontade das partes envolvidas. Deriva do exercício de sua liberdade. Saber se um litígio é passível de resolução por arbitragem implica definir se as partes escolheram validamente esse meio de solução. Uma parte da questão diz respeito à existência e à eficácia da opção das partes pela arbitragem. Isso se relaciona com a *convenção de arbitragem* e será analisado no próximo capítulo. O que se define por *arbitrabilidade* tem um conceito mais restrito e se relaciona com a liberdade outorgada pelo ordenamento jurídico para as partes validamente escolherem a solução arbitral. Se a arbitragem resulta de uma opção livre das partes de atribuírem a julgadores não estatais a decisão final sobre o seu litígio, é de se esperar que o ordenamento estabeleça limites para essa opção. A arbitrabilidade é definida por esses limites.

¹ Graduado em Direito pela UFPR (1992), Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP (1998) e Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP (2005). Visiting Scholar na área de Arbitragem Internacional da Columbia University (2013-2014). Publicou “Elisão Tributária e Função Administrativa” (Dialética, 2001) e “Usuários de Serviços Públicos” (Saraiva, 2ª ed., 2008), além de diversos estudos e artigos nas áreas de Direito Público, Direito Comercial e Arbitragem. Coordenou e foi um dos autores das obras coletivas “Arbitragem e Poder Público” (Saraiva, 2010), “Regime Diferenciado de Contratações - RDC” (Fórum, 3ª ed., 2014), “Infrastructure Law of Brazil” (Fórum, 3ª ed., 2012) e “A CISG e o Brasil” (Marcial Pons, 2014). Um dos coordenadores da edição brasileira do livro “Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias” de Schlechtriem & Schwenzer (Thomson Reuters). Professor de Direito Administrativo nas Faculdades Integradas Curitiba entre 2002 e 2006. Course leader da SiLS - Swiss International Law School, da Basileia (Suíça). Professor no Instituto de Direito Romeu Bacellar (Curitiba). Fellow do Chartered Institute of Arbitrators (FCI Arb). Presidente da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP (2011-2017). Árbitro das listas referenciais da CAMFIEP (Curitiba), ARBITAC (Curitiba), CAMARB (Belo Horizonte), HKIAC (Hong Kong) e Centro de Arbitragem Comercial (Lisboa), entre outras”. Centro de Arbitragem Comercial (Lisboa). Vice-presidente do Brazil Infrastructure Institute. Subcoordenador para Licitações e Contratos Administrativos da Revista de Direito Administrativo Contemporâneo (ReDAC), Revista dos Tribunais. Sócio de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, onde atua como advogado desde 1992.

A arbitrabilidade pode ser vista sob um ângulo *subjetivo*, ou seja, quem pode submeter-se à arbitragem, e *objetivo*, relativo às matérias ou tipos de controvérsias ou pretensões passíveis de solução arbitral. De certo modo, definir a arbitrabilidade corresponde a se examinar a possibilidade jurídica da arbitragem em uma certa situação.

Na prática, a arbitrabilidade (subjetiva e objetiva) e os temas ligados à convenção de arbitragem podem parecer confundir-se. A convenção de arbitragem pode estabelecer restrições aos poderes dos árbitros de modo que certas pretensões das partes não possam ser submetidas à arbitragem. É comum, por exemplo, que cláusulas arbitrais em contratos administrativos contenham uma relação de matérias que podem ou não ser resolvidas por arbitragem no âmbito de uma certa relação contratual.

Embora todas essas questões devam ser examinadas no início da arbitragem como fatores que permitem ou impedem a instauração da arbitragem, convém que se tenha clareza na delimitação do que se identifica como arbitrabilidade. Esta resulta do ordenamento jurídico, não da vontade das partes, e dará os contornos da esfera de liberdade que as partes poderão exercer para dar à arbitragem a configuração que desejarem.

A importância dessa distinção é que a arbitrabilidade é tratada de modo separado da convenção de arbitragem nas normas que regulam a validade da arbitragem e seu controle pelo Poder Judiciário. O art. 32, I, da Lei de Arbitragem estipula a nulidade da sentença arbitral se for “*nulo o compromisso*”; uma das possíveis razões de nulidade é a ausência de arbitrabilidade subjetiva ou objetiva. O mesmo é previsto no art. 38, II, da Lei de Arbitragem, que corresponde ao art. V(1)(a) da Convenção de Nova Iorque de 1958, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.311, de 2002. Por outro lado, a desconformidade com a convenção de arbitragem é

tratada nos arts. 32, IV, e 38, IV, da Lei de Arbitragem, além do art. V(1)(c) da Convenção de Nova Iorque.

Além disso, especialmente no campo da homologação de sentenças estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “i”, da Constituição Federal), há uma diferença fundamental com grande alcance prático. A arbitrabilidade – pelo menos a objetiva – deve ser aferida de ofício pelo STJ ao conceder ou não o reconhecimento, conforme o art. V(2)(a) da Convenção de Nova Iorque e o art. 39, I, da Lei de Arbitragem. As matérias relativas à convenção de arbitragem precisam ser arguidas em contestação pela parte interessada.

O objeto deste capítulo é o exame da arbitrabilidade em seu sentido estrito e dos limites que ela estabelece para a liberdade das partes na escolha da arbitragem.

Arbitrabilidade subjetiva

O artigo 1º da Lei de Arbitragem diz que podem valer-se da arbitragem *“as pessoas capazes de contratar”*. O Código Civil, de 2002, reitera essa delimitação ao admitir o compromisso, que é uma forma de convenção de arbitragem, *“para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”*.

Portanto, todos aqueles que podem obrigar-se por meio de contrato enquadram-se nos limites da arbitrabilidade subjetiva e podem submeter seus litígios à arbitragem. Restará saber se o objeto do litígio está compreendido no âmbito da arbitrabilidade objetiva, ou seja, se não há uma vedação normativa de arbitragem relacionada com a matéria em questão.

Ainda no campo da arbitrabilidade subjetiva, o critério da capacidade para contratar não se confunde com o da capacidade

para transigir. Este já foi utilizado no Brasil, mas foi superado. A referência à transação vem do antigo Decreto nº 3.900, de 1867, que vigeu até o Código Civil de 1916. Ou seja, não há razão para que esse critério sobreviva ao fim da vigência daquele diploma. No regime atual, deve-se aferir apenas a capacidade de contratar. Eventuais limites específicos à capacidade da parte para transigir são irrelevantes para a verificação da arbitrabilidade subjetiva.

As pessoas capazes de contratar e, portanto, de se submeter à arbitragem podem ser naturais ou jurídicas, de direito privado ou de direito público. As entidades integrantes da Administração Pública direta ou indireta detêm capacidade de contratar e, sob esse ângulo, autorização oriunda da Lei de Arbitragem para submeter litígios à arbitragem.

Quando se alude à capacidade de contratar, vem à mente o tema da capacidade de direito e de fato (capacidade civil). Ambas são relevantes. Para submeter-se à arbitragem, alguém deve poder ser sujeito de direitos e obrigações (ter capacidade de direito) e não ser qualificado como absoluta ou relativamente incapaz (ter capacidade de fato). Discute-se se o incapaz pode ser representado ou assistido na celebração da convenção de arbitragem e na condução da arbitragem em si, tal como ocorre perante o Poder Judiciário. Há orientações divergentes na doutrina, pelo que não se pode afirmar com segurança que será reconhecida como válida uma arbitragem envolvendo incapaz, ainda que representado ou assistido.

Outro ponto é o relativo a certas entidades que não têm personalidade jurídica, mas têm capacidade de estar em juízo, como o condomínio ou o espólio. Desde que validamente celebrada a convenção de arbitragem, reconhece-se em geral a sua capacidade de submeter-se à arbitragem e dela participar. A massa falida encontra-se em situação peculiar não sob o aspecto

subjetivo, mas objetivo: o objeto do litígio, por sua natureza, pode não admitir solução pela via arbitral. Isso será visto com mais detalhe adiante.

Arbitrabilidade objetiva

Aferir a arbitrabilidade objetiva consiste em saber se a matéria objeto do litígio pode ser resolvida por arbitragem. O critério fundamental é o que está previsto na segunda parte do art. 1º da Lei de Arbitragem: as pessoas capazes de contratar podem utilizar a arbitragem “... *para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”.

A partir dessa fórmula (“*direitos patrimoniais disponíveis*”), verifica-se em cada situação concreta se os direitos que as partes pretendem submeter à arbitragem são patrimoniais e, principalmente, se são disponíveis.

Os arts. 851 e 852 do Código Civil, que é uma lei de mesma hierarquia posterior à Lei de Arbitragem, adotam um modo diverso de definir a arbitrabilidade objetiva. Primeiro, como fórmula geral, o Código Civil prevê no art. 851 a arbitrabilidade subjetiva (“*pessoas que podem contratar*”) e alude simplesmente a “*litígios*”. No art. 852, estabelece campos nos quais não poderá haver arbitragem: (a) questões de estado (estado civil, capacidade), (b) de direito pessoal de família e (c) outras questões “*que não tenham caráter estritamente patrimonial*”. Portanto, o Código Civil não mais tratou da disponibilidade em geral como critério de arbitrabilidade. Apenas reafirmou a patrimonialidade, vedando a arbitragem em certos casos específicos e nos que se enquadrem em uma fórmula geral de não-patrimonialidade.

Patrimonialidade dos direitos

Os direitos patrimoniais são os que têm expressão pecuniária. Essa expressão em dinheiro pode ser direta, como na cobrança da obrigação de pagar o preço em um contrato, ou indireta, caso da exigência de prestação *in natura* com a possibilidade de posterior conversão em perdas e danos.

O art. 852 do Código Civil oferece exemplos de direitos não patrimoniais como as questões de estado – não confundir com questões envolvendo o Estado ou a Administração Pública, perfeitamente arbitráveis como será visto adiante – e as de direito pessoal de família. A redação do Código Civil neste último ponto é reveladora. Admite implicitamente que no direito de família há questões relativas a direitos da personalidade, que serão discutidas sempre perante o Judiciário, e outras com caráter patrimonial que as partes podem escolher submeter à arbitragem.

Não parece também haver dúvida quanto à arbitrabilidade objetiva de aspectos patrimoniais de direitos da personalidade ou outros que tenham um núcleo não patrimonial. É o que ocorre com a ação civil derivada de ilícitos penais ou a reparação por uso indevido da imagem, que podem ser resolvidas por arbitragem se houver convenção das partes nesse sentido.

Disponibilidade dos direitos

A partir da redação dos arts. 851 e 852 do Código Civil, ao menos uma parte da doutrina vem defendendo a noção de que basta o objeto de um litígio ser patrimonial para que a solução arbitral seja possível. Demonstra-se também que a disponibilidade não é um fator inerente à arbitragem e que outros sistemas jurídicos, como o de Portugal, já a aboliram em seus ordenamentos. Essa posição é importante mas não é majoritária. A maior parte da doutrina e da jurisprudência

alude ainda aos dois aspectos – patrimonialidade e disponibilidade – como necessários para que um litígio seja arbitrável.

Há uma razão para isso, que está na origem da compreensão adequada do requisito de disponibilidade. Sempre haverá situações em que o ordenamento jurídico poderá tornar obrigatória a solução de certos litígios pelo Poder Judiciário, não admitindo a solução arbitral, mesmo que se trate de direitos patrimoniais. Estes casos não serão arbitráveis. Trata-se de situações em que as partes não podem dispor do meio de solução do conflito, independentemente de se tratar de matéria patrimonial ou mesmo de se poderem conciliar perante o Judiciário ou transigir fora dele. Sempre, para haver arbitrabilidade, será exigida no mínimo essa disponibilidade sobre o meio de solução. Deve haver a liberdade das partes para resolver seus litígios fora do Poder Judiciário. Ou, dito de outro modo, não pode haver a proibição, pelo ordenamento, de uma solução alheia ao Judiciário, por escolha das partes. Um exemplo claro é o da falência. Embora se trate de questões estritamente patrimoniais, fatores de natureza coletiva levam a lei a impor a condução do litígio pelo Poder Judiciário. Portanto, as partes não têm disponibilidade sobre o meio de solução da controvérsia. Ainda que se possa corretamente compreender que a superveniência do Código Civil derogou o art. 1º da Lei de Arbitragem nesse ponto, restará ainda a necessidade de se verificar a existência de um dever legal de submissão do litígio exclusivamente ao Poder Judiciário. Por decorrência, mesmo se se entender que a lei vigente no Brasil não mais exige a “disponibilidade” como critério de arbitrabilidade, só poderá haver arbitragem nos casos em que o próprio ordenamento não tenha, excepcionalmente, imposto às partes que se submetam ao Poder Judiciário para resolver seus conflitos.

Não por acaso, o principal ponto de discussão sobre a arbitrabilidade objetiva é a ideia de disponibilidade. São arbitráveis os direitos

patrimoniais *disponíveis*. Em um primeiro sentido, a disponibilidade diz respeito à liberdade da parte para dispor do direito, ou seja, para alienar, renunciar, onerar, transferir o referido direito. A maior parte da doutrina e jurisprudência vê a disponibilidade prevista no art. 1º da Lei de Arbitragem sob esse ângulo.

Porém, há outra compreensão possível de disponibilidade. São disponíveis os direitos *sobre os quais*, não *dos quais* a parte pode dispor. Essa ideia é compatível com a circunstância de que a arbitragem não é uma forma de disposição (alienação, renúncia) de direitos, mas de solução de conflitos relativos a eles. Ou seja, tem natureza processual. A parte pode submeter à arbitragem determinada matéria quando é livre para dispor acerca dos meios de solução dos litígios relativos a tal matéria – ou seja, quando não é obrigada pelo ordenamento a submeter esses litígios ao Poder Judiciário. Esse é o ponto de vista defendido por EDUARDO TALAMINI em artigo intitulado “Administração Pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência” (ReDAC nº 13, out/2014, pp. 118/119) e que parece esclarecer o sentido dado pela Lei de Arbitragem à disponibilidade.

Arbitrabilidade em áreas específicas

Os conceitos fundamentais sobre a arbitrabilidade – capacidade de contratar, patrimonialidade e disponibilidade dos direitos – são aplicados pela doutrina e jurisprudência nas diversas áreas específicas em que se manifesta o interesse das partes em submeter-se à arbitragem. Cabe examinar algumas das principais áreas de aplicação. Haveria outras que se poderiam igualmente examinar e são frequentemente referidas pela doutrina, como societária, ambiental e concorrencial. Em comum no seu exame há sempre há preocupação com a disponibilidade como critério de aferição da arbitrabilidade. Este capítulo examina apenas as áreas mais comuns e em que a discussão sobre a arbitrabilidade se manifesta de modo mais intenso.

Arbitragem em litígios trabalhistas

A Constituição Federal contém autorização expressa para a arbitragem em litígios trabalhistas coletivos (art. 114, §§ 1º e 2º). A posição predominante se baseia nesse dispositivo para concluir pela impossibilidade de arbitragem relativa a direito individual do trabalho. No entanto, há defensores e precedentes, inclusive no TST (por exemplo, 4ª T., RR 25900-67.2008.5.03.0075, Rel. Min. ANTÔNIO JOSÉ DE BARROS LEVENHAGEN, j. 2.12.2009), acerca da possibilidade de arbitragem relativa a contratos de trabalho, especialmente após a sua extinção, momento em que apenas se discutem as repercussões patrimoniais do vínculo de emprego e não há desequilíbrio contratual entre as partes. Trata-se de matéria disponível, ao menos em grande parte, e portanto passível de solução arbitral (art. 4º, § 4º, na redação da reforma da Lei de Arbitragem).

Além dos pontos atinentes à suposta proibição (*a contrario*) legal da arbitragem em dissídios individuais e da indisponibilidade de certos créditos trabalhistas, a principal discussão não diz respeito à arbitrabilidade, mas à efetiva liberdade do trabalhador ao assentir ao juízo arbitral. Afirma-se que, na sua relação com o empregador, o trabalhador é hipossuficiente e vulnerável, o que vicia a sua manifestação de vontade. Embora esse aspecto escape à análise da arbitrabilidade, trata-se de questão relevante a ser aferida em cada situação concreta. Os comentários de jurisprudência mencionam aresto em que se reconheceu a plena liberdade de empregado de alta sofisticação na escolha da arbitragem (*Revista de Mediação e Arbitragem – RAM*. v. 35. p. 382).

Arbitragem em litígios de consumo

No direito do consumidor, discute-se a validade da adesão do consumidor a contratos que contenham cláusulas de arbitragem. A Lei de Arbitragem trata dos contratos de adesão em geral, que podem ou não envolver uma relação de consumo. Seu art. 4o, nos §§ 2o e 3o, com a redação da reforma da lei de arbitragem, admite a cláusula compromissória – ou seja, a convenção de arbitragem realizada antes do surgimento de um litígio –, mas lhe dá eficácia em contratos de adesão apenas se o aderente iniciar a arbitragem ou se o instrumento contratual preencher certos requisitos de forma (em instrumento separado ou em negrito e com assinatura ou visto específicos). O art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) veda a inclusão de cláusula contratual que determine a utilização compulsória de arbitragem.

Diante disso, a natureza da relação subjacente (de consumo) atrai a incidência do art. 51, VII, do CDC e impõe que apenas terá eficácia a cláusula compromissória se o consumidor instituir a arbitragem, caso em que não se terá a “compulsoriedade” vedada na cláusula. Havendo contrato de adesão sem relação de consumo, a jurisprudência tende a dar eficácia à cláusula arbitral. O tema foi julgado pelo STJ em 2012, reconhecendo-se a validade da arbitragem em financiamento imobiliário (STJ, 3ª T., REsp 1.169.841-RJ. Rel. Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI. j. 6.11.2012). Sobre outros temas ligados à arbitragem de consumo, o TJSP tem decisão pioneira na 20ª C. AC 9145778-38.2006.8.26.0000, Rel. Des. MIGUEL PETRONI NETO, j. 20.9.2010. O TJRJ, por sua 6ª C., tem decisão importante na AC 0322036-09.2010.8.19.0001. Rel. Des. NAGIB SLAIBI, j. 13.4.2011. Sobre arbitragem em contratos de franquia, especialmente reconhecendo a inaplicabilidade do CDC não se configurar relação de consumo, ver TJSP, 2ª C. Dir. Empresarial. AI 2067864-36.2014.8.26.000. Rel. Des. RICARDO NEGRÃO. j. 17.11.2014.

Além disso, é assente que mesmo as questões de consumo podem ser resolvidas por arbitragem se as partes firmarem um compromisso arbitral (convenção de arbitragem celebrada após o surgimento do litígio), não apenas uma cláusula compromissória. Por decorrência, havendo efetivo interesse das partes em resolver o litígio por arbitragem, a cláusula compromissória pode ser confirmada por meio de um compromisso.

Também neste campo a questão envolve, em grande parte, a efetiva liberdade da parte em assentir à arbitragem, mais que uma vedação normativa à arbitragem em determinadas matérias ou envolvendo certas pessoas. No entanto, vislumbra-se uma efetiva restrição à arbitrabilidade objetiva dos direitos do consumidor se não forem atendidas as condições expostas.

Arbitragem em litígios falimentares

Outro campo de discussão acerca da arbitrabilidade é o direito falimentar. O art. 103 da Lei nº 11.101, de 2005 (Lei de Falências) prevê que após a decretação da quebra ou do sequestro o devedor *“perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”*.

A perda do poder de disposição implica a descaracterização da arbitrabilidade objetiva, sob qualquer ângulo de exame. Disso decorre que, após a quebra, não podem ser iniciadas novas arbitragens. No entanto, no caso de arbitragens já em curso, instituídas quando o devedor ainda detinha poder de disposição, os processos devem prosseguir até decisão final líquida, a qual será levada à falência para habilitação. O TJSP tem precedente nesse sentido: Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 531.020.4/3-00. Rel. Des. PEREIRA CALÇAS. j. 25.06.2008.

Arbitragem em litígios de direito de família ou sucessões

Um campo em que a aplicação dos conceitos de arbitrabilidade é especialmente proveitosa é o do direito de família e sucessões, diante da variedade de situações em que se está diante de direitos da personalidade, questões de estado da pessoa ou outros direitos não patrimoniais ou indisponíveis. Ao mesmo tempo, há diversas manifestações de direitos patrimoniais disponíveis, tanto autônomos como derivados de direitos cujo núcleo não é objetivamente arbitrável.

Conforme afirma FRANCISCO CAHALI na 3ª edição de seu Curso de Arbitragem, *“restrito o litígio a efeitos meramente patrimoniais, ainda que decorrentes de relações familiares, inexistente óbice legal, tanto no direito de família, como na legislação sobre arbitragem para utilização deste expediente na solução dos conflitos (arbitrabilidade objetiva), sempre no pressuposto de se verificar a capacidade das partes (arbitrabilidade subjetiva)”* (p. 371).

Alguns temas passíveis de solução arbitral, indicados de modo exemplificativo a partir da doutrina, são os seguintes:

- a) partilha de bens, com a identificação do patrimônio comum e a divisão na forma legal ou acordada, derivada da dissolução do casamento ou da união estável, inclusive homoafetiva (ressalvado que a existência de tais vínculos, sua extensão e, no caso do casamento, a sua dissolução são matérias de decisão obrigatoriamente judicial);
- b) obrigação de alimentos decorrente do casamento e da união estável, após o rompimento da relação (os alimentos derivados do poder familiar são irrenunciáveis e, portanto, indisponíveis; ressalve-se que há defensores da possibilidade de mesmo nesse caso o quantum ser fixado por arbitragem);
- c) partilha e prestação de contas pelo inventariante, nos casos

em que os herdeiros são maiores e capazes mas não podem valer-se do procedimento extrajudicial (Lei nº 11.441/2007), por exemplo, por não haver acordo quanto à partilha ou existir testamento. FRANCISCO CAHALI faz interessante ressalva sobre a arbitragem para a partilha na hipótese de haver testamento. Como o cumprimento das disposições testamentárias é matéria privativa do Poder Judiciário, a sentença arbitral, se houver, deverá ser integrada por uma posterior sentença judicial que ateste o cumprimento do testamento (ob. cit., p. 376). Isso cria evidentes dificuldades à arbitragem nesse campo e pode comprometer sua eficácia.

Arbitragem em litígios com a Administração Pública

Um dos pontos sobre arbitrabilidade mais relevantes e debatidos na doutrina e jurisprudência, judicial e administrativa, é o da arbitragem envolvendo partes que integram a Administração Pública. Discute-se se o regime jurídico de direito administrativo, oriundo do art. 37 da Constituição, afeta a arbitrabilidade subjetiva ou objetiva nos casos em que um ente administrativo é parte.

A matéria vem sendo objeto de reiterada jurisprudência do STJ favorável à arbitrabilidade. Em 20.10.2011, no julgamento do Recurso Especial nº 904.813, a 3ª Turma do STJ (Rel. Min. NANCY ANDRIGHI) consolidou o entendimento favorável da Corte inclusive sobre aspectos práticos como a desnecessidade de previsão da arbitragem já no edital de licitação e a boa-fé exigida das partes em relação à sua conduta durante e após a arbitragem.

Desde 2005, o STJ já havia analisado o tema no Recurso Especial nº 606.345-RS (2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 17.05.2007), no Recurso Especial nº 612.439-RS (2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 25.10.2005) e no Mandado de Segurança nº11.308-DF (1ª Seção , Rel. Min. LUIZ FUX, j.

09.04.2008). No seu conjunto, essas decisões examinam de modo aprofundado os principais aspectos da polêmica envolvendo o tema e reafirmam a posição que vem sendo consolidada pelo Poder Judiciário brasileiro há décadas, como reconhecido já em 1973 pelo clássico “caso Lage” (STF, Pleno, AI 52.191, Rel. Min. BILAC PINTO, RTJ 68/382).

Nos últimos anos, em contraste, o TCU (Tribunal de Contas da União) proferiu decisão francamente contrária à arbitragem no Acórdão nº 2.573/2012 – Plenário, Rel. Min. RAIMUNDO CARREIRO, j. 26.09.2012, determinando à ANTT a exclusão de cláusula arbitral de contrato de concessão de um trecho da rodovia BR-101. Já em 2013, proferiu decisão favorável à arbitragem no âmbito da Petrobras, embora com restrições não impostas pela jurisprudência do STJ (Acórdão nº 2.145/2013 – Plenário, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER, j. 14.08.2013).

A afirmação da arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo entes estatais (da Administração direta ou indireta) deriva, em primeiro lugar, de haver direitos patrimoniais cuja disponibilidade é instrumental para as atividades da Administração. Se é dado à Administração contratar tendo tais direitos por objeto, não há fundamento para que esses mesmos direitos sejam tidos por indisponíveis para os fins do art. 1º da Lei n. 9.307/96.

Assim, por exemplo, nada impede a existência de arbitragem versando sobre o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo. Trata-se de matéria amplamente passível de solução consensual pela própria Administração. A disposição de direitos patrimoniais da Administração (por exemplo, pagamento em favor do particular contratado) é um instrumento para a realização dos direitos fundamentais envolvidos e do interesse coletivo (“interesse público”) que cabe à Administração proteger.

O mesmo se pode dizer quanto ao pagamento de uma indenização por responsabilidade civil. Não há dúvida de que a Administração não depende de prévia decisão judicial para reconhecer que é devedora de indenização. Por essa mesma razão, pode remeter a um terceiro (árbitro) alheio à estrutura do Poder Judiciário a solução da questão.

Tais conclusões filiam-se ao que se expôs no início sobre a ideia de disponibilidade. Disponível não é apenas o que pode ser objeto de contratação, com a transferência do direito a outrem, mas é aquilo em relação a que a Administração pode reconhecer que não tem razão.

Exceto nos casos de intervenção jurisdicional necessária (questões de estado de pessoa, por exemplo), a Administração deterá sempre a prerrogativa de reconhecer que não tem razão. Por conseguinte, estará presente a disponibilidade necessária para a sua atuação contratual ou para a submissão do tema à arbitragem.

Esse raciocínio é aplicável igualmente à Administração direta ou indireta, qualquer que seja a natureza da sua atuação. Desse modo, embora este ponto seja objeto de discussão doutrinária e sobre ele não haja uma conclusão pacífica, há fundamento para que se repute cabível a arbitragem mesmo nos casos que envolvam a Administração direta ou atos de autoridade da Administração. O dado fundamental é determinar (i) se o interesse da Administração é disponível, no sentido de ser possível ao ente estatal reconhecer como procedente a pretensão a ele oposta e (ii) se esse interesse tem conteúdo patrimonial, ou seja, se pode ser direta ou indiretamente representado pecuniariamente. Presentes estas condições, haverá arbitrabilidade objetiva em relação à Administração Pública.

Essa orientação é confirmada pela evolução legislativa das figuras da *concessão comum* e da *parceria público-privada* e dos setores específicos da atividade administrativa. O art. 11, III, da Lei n. 11.079, de 2004, consagrou a possibilidade de o contrato de PPP prever “*o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato*”. Essa regra foi estendida em 2005 às concessões em geral por meio da inclusão do art. 23-A na Lei nº 8.987. Há também diversas previsões legislativas setoriais acerca da arbitragem. Um exemplo é a regra existente no campo dos contratos de fornecimento de energia (art. 4º da Lei n. 10.848, de 2004), que expressamente declara a disponibilidade dos direitos objeto dos referidos contratos.

Em todos esses campos regulados por legislação específica, qualquer dúvida sobre o cabimento da arbitragem estaria já superada pela própria previsão legal expressa. Porém, a jurisprudência do STJ indica que o reconhecimento da arbitrabilidade dos litígios com a Administração é até mais amplo, prescindindo de qualquer autorização legal específica diante da previsão geral do art. 1º da Lei de Arbitragem. A reforma da Lei de Arbitragem introduziu o art. 1o, §§ 1o e 2o, e o art. 2o, § 3o, que confirmam a autorização legal ampla para a Administração Pública direta e indireta “... utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1o, § 1o).

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

FRANCISCO JOSÉ CAHALI¹

Convenção de arbitragem - considerações gerais²

A arbitragem é por natureza consensual. Por isso, precisa da convenção arbitral para ter lugar. Deste modo, a convenção de arbitragem é a forma pela qual as partes, no exercício da autonomia privada, fazem a sua opção pela jurisdição arbitral. Ela representa o espaço da liberdade para as partes contratarem livremente (nos limites da lei) a arbitragem e seus detalhes.

Nesse contexto, tem-se que a convenção arbitral é o gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3.º da Lei 9.307/1996).

Assim, a cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem. Tem caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém, desde então, deixam previsto que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário.

¹ Mestre e Doutor pela PUC-SP onde leciona na graduação e pós-graduação, em especial na disciplina de arbitragem e mediação. Professor Convidado da USAL – Universidade de Salamanca, para período de investigação como pós-doutorado em Arbitragem. Vice-Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB-DF. Membro das Comissões de Direito Civil e de Arbitragem e Mediação da OAB-SP. Líder do “Grupo de Pesquisa em Arbitragem” junto à PUC-SP. Advogado e Consultor Jurídico. Membro do Conselho Editorial Nacional da Revista de Arbitragem e Mediação – RT, Coordenada pelo Prof. Arnoldo Wald. Expositor em diversos eventos, autor de livros e artigos, destacando-se de suas obras o livro “Curso de Arbitragem” (RT, 4.ª ed. 2014, com anotações ao PL 406/2013). Integra a Lista de Árbitros e Especialistas de diversas Instituições Arbitrais, como CAM-CCBC, CMA-CIESP/FIESP, CAESP, IMAB, CBMAE/CACB, SPARBITRAL/CAE, CBMA dentre outras e CEBRAMAR (instituição da qual é Diretor de Arbitragem).

² Sobre o tema, v., amplamente, Francisco José Cahali. Curso de Arbitragem, 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 129/168.

Por sua vez, o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão.

Ainda, na convenção arbitral (por compromisso ou cláusula), pode se eleger tanto a arbitragem institucional como a arbitragem ad hoc, tudo de acordo com a vontade das partes.

A validade da convenção arbitral deve ser analisada em cotejo com (i) a capacidade para contratar; (ii) consentimento livremente manifestado; (iii) matéria passível de ser objeto de arbitragem; (iv) observância da forma prescrita na lei.

Cláusula compromissória

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” (artigo 4º da Lei de Arbitragem), e “deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira” (artigo 4º, § 1º da Lei de Arbitragem).

Em se tratando de cláusula inserta em contrato de adesão, a lei determina que ela só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Tem-se, ainda, que a cláusula compromissória pode ser vazia ou cheia.

Cláusula vazia

Será vazia ou em branco, a cláusula que contenha a previsão da arbitragem como forma de resolver da controvérsia, mas que seja lacunosa quanto à forma de instauração do procedimento arbitral, o que deverá ser suprido, quando do surgimento do conflito, por compromisso arbitral celebrado pelas partes diretamente, ou por intermédio do Judiciário (artigos 6.º e 7.º da Lei de Arbitragem).

Importante consignar que mesmo diante de uma cláusula compromissória vazia já há pelas partes a renúncia à jurisdição estatal quanto à matéria objeto do contrato, e esta iniciativa vincula os contratantes.

Apenas não se terá a instauração imediata da arbitragem, pois, pelas características da cláusula, esta se mostra inviável diante da falta dos elementos necessários para tanto. Ou seja, a cláusula em branco tem como consequência a inviabilidade da pronta provocação do juízo arbitral. Para estes casos, como dito, necessária se fará a celebração pelas partes de um compromisso arbitral ou a propositura de ação judicial para preenchimento da cláusula.

Este compromisso será buscado primeiramente por provocação extrajudicial da parte interessada à outra, objetivando o ajuste consensual. Frustrada esta iniciativa, por desacordo ou simples omissão do convocado, abre-se à parte o direito de propor ação judicial específica para este fim.

O procedimento judicial proposto é célere, valorizada a tentativa de conciliação, e prestigiada a oralidade. Advirta-se, nesta oportunidade, que ampla a defesa é limitada ao objeto da ação – preenchimento dos requisitos para a instauração do juízo arbitral e forma geral de organização. Assim, tal qual a matéria de fundo contida no conflito, também questões relativas à existência,

validade e extensão da cláusula serão reservadas, em regra, para a apreciação pelo árbitro, em respeito ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.³

A sentença de procedência da ação valerá como compromisso arbitral, na amplitude do que nela contiver.

Cláusula cheia

Considera-se cláusula cheia aquela disposição contratual na qual contenham os elementos previstos no art. 5.º da Lei: indicação de arbitragem institucional, sendo inaugurada a arbitragem segundo as regras da entidade eleita, ou especificação na cláusula da forma como será promovida a instituição da arbitragem, principalmente no que se refere à nomeação de árbitros para que se viabilize a instalação do juízo arbitral. De uma forma objetiva: será considerada cheia a cláusula que contempla o quanto necessário para se dar início à arbitragem (art. 19 da Lei 9.307/1996).

Indicando as partes a instituição para administrar a arbitragem, nada mais será necessário prever, pois o regulamento da entidade certamente contém todas as regras e providências a serem adotadas pelas partes ao pretenderem instaurar a arbitragem diante do conflito decantado. Aliás, é comum a sugestão pelas próprias instituições de modelos de cláusula a serem incluídas nos contratos, inclusive disponibilizando a redação nos respectivos sites ou material de divulgação. Mas podem as partes ir além, ou seja, aproveitar a liberdade de contratar para estabelecer diversas outras regras relativas à organização e ao desenvolvimento da arbitragem.

³ Sobre o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, cfr. Leandro Tripodi e Thiago Rodovalho. Aspectos da arbitragem securitária no contexto de projetos de infraestrutura: uma análise do caso Jirau à luz de princípios da arbitragem internacional e do direito brasileiro, in Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). Revista de Processo, v. 237, São Paulo: Revista dos Tribunais, Janeiro/2014, pp. 367/370; e Francisco José Cahali e Thiago Rodovalho. A arbitragem no novo CPC – primeiras impressões, in Alexandre Freire et alii (orgs.). Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil, v. 2, Salvador: JusPodivm, 2014, pp. 583/604.

Neste contexto, podem estabelecer, por exemplo, (a) a sede e o local de desenvolvimento dos atos procedimentais, (b) a escolha da lei aplicável, permitida a opção pelo julgamento com base na equidade ou com fundamento em princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio, e, de qualquer forma, respeitada a ordem pública e os bons costumes, (c) o prazo para a apresentação da sentença arbitral, (d) a língua a ser utilizada no procedimento, e se for em duas línguas, qual prevalecerá em caso de dúvida, (e) se todos os conflitos decorrentes daquele contrato serão resolvidos pela arbitragem, dividindo, por exemplo, por matéria e valor, (f) a responsabilidade pelo pagamento das despesas com o procedimento, inclusive estipulando honorários dos árbitros, tudo estabelecido na Lei (artigo 11 da Lei de Arbitragem), como de facultativa previsão também para o compromisso arbitral, como adiante se verá, mas não apenas a ele restrito etc.

Importante, porém, que estas previsões sejam harmônicas ao regulamento da instituição eleita; caso contrário, estar-se-á diante de uma cláusula patológica, cujo tratamento pode tumultuar a arbitragem. A cláusula patológica se traduz na cláusula cuja redação é contraditória, incongruente, confusa, ambígua ou de difícil interpretação. Sua imprecisão pode comprometer a certeza quanto à vontade das partes, e enseja dificuldade na sua efetivação. Ainda, a disposição pode conter erros, impropriedades ou falhas capazes de afetar a sua própria eficácia, e até impedir a realização do projetado inicialmente pelos contratantes.

Também podem as partes estabelecer por cláusula compromissória a arbitragem ad hoc, igualmente considerada cheia. Indispensável, porém, nesta hipótese ao menos a especificação dos critérios para a instauração do procedimento, para viabilizar o início da arbitragem.

Cláusula escalonada

Aparecendo cada vez com maior frequência, inclusive com modelos oferecidos por diversos órgãos arbitrais, encontra-se a chamada *cláusula escalonada*, consistente na previsão expressa de busca pela solução da controvérsia por meio de mediação ou conciliação previamente à arbitragem (*cláusula med-arb*), ou em fase própria durante o procedimento, com suspensão deste (*cláusula arb-med*)⁴.

Esta cláusula mostra-se pertinente em especial nos contratos de execução continuada (conflitos em contrato de franquia, representação comercial), de longa duração e significativa complexidade (grandes obras na construção civil e infraestrutura, inclusive promovidas com parceria público-privada).

E tem seu atrativo exatamente porque as partes, mesmo diante de alguma controvérsia surgida no curso da execução do contrato, ainda terão um período prolongado de convivência, sendo de todo recomendável, assim, buscar soluções consensuais para as diferenças havidas. Ainda, muitas vezes o contrato envolve parcerias e subcontratações que podem ser abaladas pelas desavenças levadas a julgamento, com o risco de comprometer até mesmo todo o empreendimento, não só pela demora na solução (pequena em se tratando de arbitragem), mas também pelos naturais desconfortos na relação trazidos pelo conflito.

Autonomia da cláusula compromissória

A cláusula compromissória pode estar estipulada no contrato, ou em documento separado, a ele reportado. Seja como for, em

⁴. Cfr. Fernanda Tartuce. *Mediação nos conflitos civis*, São Paulo: Método, 2008, p. 270; Fernanda Rocha Lourenço Levy. *Cláusulas escalonadas – A mediação comercial no contexto da arbitragem*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200; e Selma Maria Ferreira Lemes. *Cláusula escalonada, mediação e arbitragem*, in *Revista Resultado*, vol. 10, jan. 2005, p. 42.

qualquer situação, ela não é acessória, mas autônoma em relação ao negócio jurídico, nos termos do art. 8.º da Lei de Arbitragem. Em outras palavras, mesmo omissivo o instrumento, mas por força da previsão legal, a invalidade de outras cláusulas, ou mesmo de todo o contrato, não contamina a cláusula arbitral que, preenchidos seus requisitos, permanece válida e eficaz.

Compromisso arbitral

Já o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão.

Pode ser judicial, celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal onde tem curso a demanda, ou extrajudicial, promovido através de instrumento público ou particular, sendo, nesta última forma, necessariamente por documento escrito, e com duas testemunhas (art. 9º, caput e §§ 1.º e 2º, da Lei de Arbitragem).

Quando realizado no curso do processo judicial, segue a forma do termo previsto na legislação processual, sendo necessária a assinatura das partes e dos respectivos patronos. Advirta-se que o advogado só poderá firmar o compromisso em nome das partes se lhe tiverem sido outorgados poderes especiais e específicos para tanto. Com o compromisso, extingue-se o processo sem resolução de mérito. Subtrai-se do Judiciário a análise do mérito, outorgando às partes a jurisdição privada e poder decisório ao árbitro.

Extinção do compromisso arbitral

Prestigiada a sua natureza contratual, por vontade das partes, pode-se extinguir o compromisso antes mesmo de instaurada a arbitragem,

tanto em razão de transação quanto ao objeto do conflito, como para devolver ao juízo estatal o conhecimento da matéria.

De outra parte, o encerramento, por sentença, do procedimento arbitral com ou sem análise da matéria de fundo igualmente extingue o compromisso.

Ainda, a Lei de Arbitragem estabelece causas específicas para a extinção do compromisso (e aqui também se pode tratar igualmente a cláusula compromissória, interpretando-se a norma como direcionada à convenção arbitral, em qualquer de suas modalidades), nos termos de seu art. 12.

Efeitos da convenção arbitral

A existência de convenção arbitral exclui a apreciação do conflito pelo Poder Judiciário Estatal em decorrência da vontade manifestada pelas partes, desde que preenchidos os seus requisitos e que seja admitida a utilização deste método no caso concreto. E assim, a convenção vincula as partes e se impõe aos contratantes, mesmo contra a vontade unilateral de algum deles, autorizando, conforme o caso, a instalação imediata do juízo arbitral.

São os efeitos positivo e negativo da convenção arbitral, como dois lados da mesma moeda.

O efeito positivo é dirigido às partes, que deverão submeter seus conflitos à jurisdição privada.

Por sua vez, o efeito negativo é dirigido ao Estado, pois impede o juiz estatal de analisar o mérito da controvérsia submetida à arbitragem; refere-se, pois, ao afastamento da jurisdição do Estado para apreciar a matéria objeto da convenção.

O ÁRBITRO

DANIEL F. JACOB NOGUEIRA¹

Introdução

Uma notável diferença entre a arbitragem e o processo estatal é a figura do julgador. Quando submetem suas causa ao foro judicial, as partes sabem, de antemão, que seu processo será distribuído aleatoriamente para um daqueles juízes que oficiam naquele fórum ou naquela comarca. O universo de potenciais juízes já é preestabelecido pelas regras processuais de competência, de modo que, mesmo antes de formalizar o litígio, as partes já sabem quem são os magistrados que podem decidir o conflito. No entanto, a distribuição do feito – que acontece por sorteio – não levará em consideração a pessoal qualificação do juiz. Por exemplo, se uma comarca tem dez magistrados com competência cível, um dos quais é reconhecidamente o maior especialista brasileiro em direito da navegação, o ajuizamento de ação decorrente de abalroação entre navios não muda em nada o fato de que a probabilidade do citado juiz decidir o feito é de apenas dez por cento.

De modo distinto, na arbitragem as partes e seus advogados tipicamente só terão noção de quem serão os árbitros depois de instalado o conflito. A escolha dos árbitros, longe de ser randômica, é uma decisão consciente das partes ou da instituição, considerando as características do litígio e a qualificação pessoal do julgador. Isso faz com que a eleição do árbitro ou a constituição do tribunal arbitral se dê de modo bem distinto ao que estamos acostumados no processo judicial. Neste capítulo, vamos explicar

¹ Vice-Presidente da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da OAB. Sócio fundador do escritório Jacob & Nogueira Advogados. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Mestre pela Universidade do Texas, em Austin. Coordenador Regional do Comitê Brasileiro de Arbitragem. Diretor Jurídico da US Chamber of Commerce do Amazonas. Conselheiro Seccional da OAB/AM. Menção Honrosa na Sessão de 2013 da Academia Internacional de Direito Arbitral (Paris). FCI Arb - Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators.

quem pode ser nomeado árbitro e quais são os mecanismos usados para nomeá-lo. Esclareceremos, ainda, qual sua missão, deveres e poderes no âmbito do procedimento arbitral.

Antes de prosseguir, todavia, é essencial fazer três importantes esclarecimentos de natureza terminológica:

1. A correta designação do neutro que, em procedimentos arbitrais, tem o papel de decidir o litígio é “árbitro”. A expressão ‘juiz arbitral’ é uma teratologia que jamais deve ser utilizada por profissionais sérios que trabalhem com arbitragem.

2. A função de árbitro é temporária: o cidadão se torna árbitro no momento em que é nomeado para decidir uma demanda e deixa de sê-lo no momento em que profere a sentença arbitral. Desse modo, ninguém é árbitro permanentemente (e, certamente, ninguém é “juiz arbitral”!). Por ser uma função efêmera, não constitui uma profissão e, portanto, nada justifica a emissão de “carteira de identidade de árbitro”. Aliás, tais carteiras só servem para mostrar a falta de conhecimento ou de boa-fé de seus portadores.

3. A expressão “tribunal arbitral” é um termo de arte que designa um colegiado temporário, formado por três ou mais árbitros, nomeados para, coletivamente, decidir um litígio. O tribunal arbitral não deve ser confundido com a entidade arbitral, essa sim, uma instituição permanente, cujas funções serão endereçadas melhor no próximo capítulo. Vale notar que o tribunal arbitral também não é um órgão recursal da arbitragem. Quando escolhem a arbitragem, as partes pactuam se o litígio será decidido monocraticamente por árbitro único ou colegiadamente, por três ou mais árbitros. Feita a escolha pelas partes, tanto o árbitro que decide monocraticamente quanto o tribunal arbitral exercem exatamente o mesmo papel de julgamento originário do feito, e ambos encerram suas funções com a prolação da sentença

arbitral. Doravante, exceto se indicado de modo diverso, todas as referências à figura do árbitro se aplicam, indistintamente, tanto ao árbitro monocrático quanto àquele que compõe um tribunal arbitral.

Quem pode ser árbitro?

Como veremos abaixo, as partes de uma demanda arbitral têm voz ativa na nomeação do(s) árbitro(s) que decidirá(ão) o conflito. Essa possibilidade de participar da escolha do julgador – que não existe no processo estatal – inicia-se com a identificação de quem pode officiar como árbitro.

Os requisitos legais são aparentemente singelos. Segundo o art. 13 da Lei de Arbitragem, para que alguém seja nomeado como árbitro, basta que seja dotado de capacidade civil e goze da confiança das partes. A doutrina majoritária adiciona, como requisito intrínseco da lei, que o árbitro deve ser alfabetizado, uma vez que a sentença arbitral deve ser prolatada por escrito e assinada.

Como se vê, a lei não exige diretamente que o árbitro detenha qualquer qualificação especial, conhecimentos jurídicos e nem mesmo graduação em curso superior. Em tese, um rapaz de dezoito anos de idade cursando o ensino médio e respondendo criminalmente pela prática de estelionato estaria legalmente autorizado a atuar como árbitro, se as partes o escolhessem para essa função. Nada obstante, a experiência demonstra que, no mundo real, as partes raramente são tão inconsequentes. Sob o aspecto pragmático, os requisitos de capacidade civil e de alfabetização são muito fáceis de atender. Difícil mesmo é conquistar a confiança das partes.

A lei não precisou impor requisitos rigorosos de qualificação dos árbitros uma vez que, prestigiando a autonomia da vontade,

transferiu às próprias partes (ou, mediamente, às entidades arbitrais eleitas pelas partes) o controle de qualidade dos árbitros. Na prática, acabam sendo nomeadas para officiar como árbitros as pessoas que, pelo seu histórico de vida e currículo, conquistam a confiança do mercado. É por conta do requisito de confiança que, tradicionalmente, os árbitros escolhidos pelas partes ou indicados por entidades arbitrais sérias são profissionais de carreira consolidada e reputação ilibada. Pela mesma razão, o presidente do tribunal arbitral, quase sempre, é um profissional da advocacia, a despeito de inexistir qualquer imposição legal nesse sentido.

Se desejarem, as partes podem, conjuntamente, estabelecer requisitos convencionais para a nomeação do árbitro, suplementando os requisitos legais. As partes podem, por exemplo, estabelecer na cláusula compromissória, que só serão nomeados como árbitros advogados com mais de 15 anos de inscrição na Ordem e que nunca foram punidos por infração ético-disciplinar. Da mesma forma, o regulamento de arbitragem da entidade arbitral eleita pelas partes pode estabelecer requisitos adicionais à nomeação de árbitros. Nada obstante, recomenda-se muita cautela à parte que deseje incorporar esses requisitos suplementares em suas convenções de arbitragem. Uma vez estabelecidas, tais exigências devem ser observadas, sob risco de alegação de nulidade do procedimento arbitral. E, se as condições convencionalmente impostas forem suficientemente restritivas, as partes poderão vir a ter dificuldade em encontrar árbitros disponíveis. Na maior parte dos casos, a adequada eleição do regulamento de uma câmara arbitral séria já serve de mecanismo suficiente de controle, dispensando as partes da necessidade de pactuar quaisquer requisitos convencionais para a nomeação dos árbitros.

Além das condições pessoais impostas pela lei, eventualmente suplementados pelas partes ou pelo regulamento de entidade

arbitral, a nomeação de árbitros está sujeita, ainda, a certas condições de ordem deontológica. Assim como o juiz estatal, não podem funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição, tal como tipificados no Código de Processo Civil. Como se sabe, as causas de impedimento e suspeição são apenas aquelas elencadas no rol taxativo normatizado na Lei Processual, cujas hipóteses são *numerus clausus* e não comportam interpretação extensiva. Nada obstante, a Lei de Arbitragem optou por exigir do árbitro um dever de isenção mais amplo do que aquele exigido do juiz, o que faz sentido diante da constatação de que a quantidade de potenciais árbitros é maior que a quantidade de potenciais julgadores estatais. Por essa razão, além de exigir que o cidadão nomeado como árbitro seja isento das causas de impedimento ou suspeição oponíveis ao juiz, do árbitro se exige ainda o dever de imparcialidade e independência em relação ao litígio, às partes e seus procuradores. A Lei, propositalmente, não define quais seriam as causas de parcialidade e dependência, nem enumera as hipóteses de ocorrência de cada um desses tipos, de modo a permitir a análise, a partir das circunstâncias de cada caso concreto, da existência ou não de motivos para recusar o árbitro.

Além das condições deontológicas relativas à isenção do árbitro, a Lei impõe ao mesmo o dever de competência para decidir a demanda. O vocábulo “competência”, tal como empregado na Lei de Arbitragem, refere-se à capacidade técnica para, competentemente decidir o litígio e não àquela figura de competência na acepção jurisdicional. Se, por exemplo, a arbitragem se processar em inglês, aplicando a lei material francesa e disser respeito a aspectos altamente especializados do setor de energia elétrica, um advogado que não fale uma palavra de inglês, não tenha qualquer experiência com direito internacional ou com ordenamentos jurídicos estrangeiros e que não entenda absolutamente nada sobre o setor energético

certamente não conseguirá se desincumbir do dever de decidir o litígio com competência. Nesse cenário, a própria pessoa nomeada teria o dever de não aceitar o encargo de arbitrar a demanda, sob pena de, em algumas circunstâncias, ter sua nomeação recusada pelas partes.

Em resumo final, pode ser nomeado como árbitro qualquer pessoa capaz, de confiança das partes, que atenda a eventuais requisitos adicionais estabelecidos pelas partes ou pelo regulamento de arbitragem e que, além de isento de suspeição ou impedimento, seja imparcial, independente e competente para decidir o litígio.

Mecanismos de nomeação do árbitro

O árbitro é nomeado uma vez existente o conflito e, diferentemente do que ocorre com juízes, não existe um universo delimitado e predefinido pelo Poder Público de profissionais que podem exercer essa função. Isso, aliado à ativa voz das partes na escolha dos árbitros, significa que a fase de nomeação do julgador ganha significativa importância na arbitragem, especialmente se comparada ao sistema de competência e distribuição adotado pelo Judiciário.

As partes, no exercício da autonomia de sua vontade, podem optar dentre diversos mecanismos para a nomeação de árbitros. Na ausência de consenso, nos casos de arbitragem institucional, aplica-se o mecanismo de designação de árbitros previsto no regulamento da entidade arbitral. Nos casos de arbitragem *ad hoc*, em que as partes não tenham indicado uma autoridade com o poder de nomear os árbitros, inexistindo acordo quanto à indicação, qualquer parte pode promover a ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem e pedir que o juiz nomeie o árbitro que decidirá a demanda. Este último cenário, felizmente, não é muito comum em arbitragens nacionais, pois a imensa maioria dos

procedimentos arbitrais no Brasil é vinculada a alguma entidade arbitral, permitindo à instituição exercer o relevante papel de suprimir a ausência de acordo das partes e controlar a qualidade dos árbitros por elas nomeados.

Eis alguns dos mecanismos de nomeação mais comuns:

- i. **Nomeação conjunta.** Independentemente do sistema para nomeação de árbitros estatuído na cláusula compromissória ou no regulamento da instituição de arbitragem, é sempre preferível que as partes elejam, em comum acordo, o(s) árbitro(s). Se todas as partes da demanda concordarem que um determinado profissional é mutuamente aceitável, podem, conjuntamente, indicá-lo como árbitro. Esse mecanismo é muito comum em procedimentos de árbitro único. Também, quando a arbitragem é colegiada, é usual fazer nomeação conjunta do presidente do tribunal arbitral e, com menos frequência, para a escolha de todos os membros do tribunal quando as partes estabelecem, como requisitos convencionais, qualificação heterogênea dos árbitros componentes do colegiado (por exemplo, um advogado, um contador e um engenheiro). Algumas instituições de arbitragem, com o objetivo de controlar a qualidade do procedimento arbitral, sujeitam a indicação conjunta das partes à análise curricular e aprovação prévia. No entanto, a não ser que o indicado seja evidentemente inadequado como árbitro da demanda, a nomeação conjunta das partes é quase sempre acatada pela instituição.
- ii. **Sistema de terceiros.** Quando a arbitragem deve ser decidida por colegiado de três árbitros, a forma mais comum de indicação dos membros do tribunal arbitral é a seguinte: a) O demandante, unilateralmente, nomeia um dos árbitros; b) O demandado também nomeia unilateralmente um dos árbitros. c) as partes ou os árbitros por ela nomeados designam conjuntamente o árbitro presidente; não havendo consenso, a instituição designa o árbitro presidente. Esse mecanismo, em que um terço do tribunal é nomeado pelo demandante, um terço pelo demandado e um terço por comum acordo ou pela instituição, é o mecanismo padrão de escolha de árbitros das grandes entidades arbitrais brasileiras (como, por exemplo, a CAM-CCBC, CIESP/FIESP, CAMARB, FGV e AMCHAM). Importante no-

tar que, conquanto demandante e demandado tenham o direito de realizar nomeações unilaterais, mesmo os árbitros indicados diretamente por cada uma das partes devem ser imparciais e independentes, inclusive em relação à parte que os tenham indicado. Algumas instituições de arbitragem, com o objetivo de controlar a qualidade do procedimento arbitral, sujeitam as indicações unilaterais das partes à análise curricular e aprovação prévia, similar ao realizado quando é caso de nomeação conjunta, mas exercem controle mais rígido em relação à designação do presidente. Algumas entidades arbitrais exigem que, exceto em casos excepcionalíssimos, o presidente seja escolhido a partir de um rol de profissionais pré-selecionados pela instituição.

- iii. **Sistema de listas.** Em função de críticas feitas à possibilidade de indicações unilaterais no sistema de tercios, algumas instituições arbitrais internacionais (notadamente a ICDR) adotam como mecanismo padrão um sistema de listas que, a um só tempo, permite voz ativa das partes na nomeação dos árbitros, e evita que qualquer nomeação seja verdadeiramente unilateral. Segundo esse sistema, a própria instituição apresenta às partes uma lista de potenciais árbitros para decidir a disputa. Cada parte, sem consultar a outra, pode rejeitar os nomes que desejar, classificando os nomes remanescentes em ordem de preferência. Os árbitros que figurarem como melhor colocados, considerada conjuntamente a preferência de ambas as partes, são nomeados para decidir o conflito. O sistema de listas é especialmente útil quando as partes estabeleceram requisitos convencionais de qualificação heterogênea para os membros do tribunal arbitral.
- iv. **Delegação integral da nomeação à instituição.** Se as partes não conseguem chegar a um acordo sobre a nomeação do(s) árbitro(s) e, por alguma razão, não é possível recorrer a outro mecanismo de nomeação, resta ainda a possibilidade de transferir integralmente a escolha à entidade arbitral. É isso que, via de regra, ocorre nas instituições nacionais quando, em arbitragens de árbitro único, as partes não concordam com um nome para indicar. Nesses casos, a instituição simplesmente designa o árbitro único da demanda. Outro cenário em que esse sistema é obrigatório é aquele em que a demanda, que há de ser submetida à apreciação de um tribunal arbitral, tenha

litisconsórcio em qualquer um dos polos e os litisconsortes não conseguem chegar a um consenso entre si sobre quem nomear como árbitro. Nesse caso, a utilização do sistema de tércios poderia ser considerada, em tese, contrária ao princípio da igualdade, pois o polo sem litisconsórcio teria a oportunidade de indicar unilateralmente um árbitro enquanto o outro polo não teria a mesma prerrogativa. Assim sendo, para evitar nulidade, num cenário desses caberia à instituição indicar diretamente todos os três árbitros do tribunal.

Ainda que os mecanismos acima apresentados sejam os mais comuns, nada impede que as partes, no exercício da autonomia da sua vontade, utilizem outros sistemas para a indicação de árbitros. Um exemplo de mecanismo alternativo é o Método Vetulli, uma variação do sistema de tércios proposto pelo advogado argentino Ezequiel Vetulli² para a nomeação de árbitros de um colegiado. Segundo esse método, cada parte prepara uma lista de três árbitros potenciais que encaminha à parte contrária. O demandante, então, nomeia um árbitro elencado na lista do demandado e vice-versa. Os dois árbitros escolhidos, por sua vez, elegem o presidente do tribunal da maneira usual. A vantagem desse sistema é que nenhuma das partes escolhe nenhum árbitro sozinha, e ambas as partes participam da escolha de cada um dos co-árbitros.

O sistema de escolha de árbitros deve apenas respeitar as limitações impostas à própria autonomia da vontade das partes. Seja qual for o mecanismo adotado, deve observar o princípio da igualdade das partes no procedimento arbitral, sendo nula a disposição de cláusula compromissória que delegue a uma das partes a escolha unilateral do árbitro único ou de todos os árbitros. Da mesma forma, é condição formal de ordem pública que o número de árbitros seja sempre ímpar; portanto, quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, em decorrência de comando legal, a nomear mais um árbitro, independentemente da vontade

² Proposta apresentada no ensaio submetido à Sessão de 2013 da Academia Internacional de Direito Arbitral em Paris e que rendeu ao seu autor o título de Laureado da Academia para aquele ano. http://www.arbitrationacademy.org/?page_id=4463

das partes. Parcela majoritária da doutrina entende, ainda, que os litigantes não podem aceitar árbitro que seja considerado impedido de acordo com as normas processuais civis, ainda que tenham ciência prévia do impedimento.

A Função do árbitro

Uma vez nomeado e aceito o encargo, o profissional indicado se torna árbitro daquela demanda, para a qual passa a ser investido de uma missão jurisdicional, contratualmente conferida pelo exercício da autonomia da vontade das partes. Em decorrência disso, o árbitro adquire deveres, poderes, direitos e responsabilidades ligados ao cumprimento de seu mister, alguns dos quais abordaremos a seguir³.

Missão do árbitro

Considerando o papel que tem a cumprir, os seus principais deveres, a missão para a qual o árbitro é nomeado a desempenhar poderia assim ser resumida:

O árbitro tem a missão de decidir tempestivamente, com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, integralmente o litígio arbitrável (e tão somente o litígio arbitrável) que as partes submeteram contratualmente à sua jurisdição cognitiva.

³ Por óbvio, não se pretende aqui, nem remotamente, exaurir as questões atinentes à função do árbitro. Para fins de comparação, J. WAINCYMER dedica 76 páginas de sua obra *Procedure and Evidence in International Arbitration* (2012, Kluwer Law International BV,) para enumerar 20 deveres do árbitro, 7 poderes e 7 direitos. Por óbvias razões, não vamos descer a esse nível de detalhamento. Limitar-nos-emos a apresentar, de modo introdutório, alguns desses aspectos mais importantes.

Deveres do árbitro

O papel principal para o qual o árbitro é nomeado é o de dizer o direito (*i.e.* exercer a jurisdição cognitiva) sobre o litígio entre as partes submetido à sua apreciação. Se for verdade o brocardo que diz que “a arbitragem é realizada para o fim de obter a sentença”, o mandato primordial do árbitro é exatamente o de proferir a sentença arbitral.

Nada obstante, o exercício desse encargo vem acompanhado de uma série de deveres, dentre os quais citamos alguns dos mais importantes:

- i. **Dever de cumprir tempestivamente o mandato.** Diferentemente do que acontece perante o juiz estatal, o prazo do árbitro para proferir a sentença não é uma mera referência. O árbitro tem o dever de sentenciar dentro do prazo estabelecido pelas partes, pelo regulamento ou pela lei. Se não o fizer, pode ser notificado por qualquer parte para sentenciar no prazo suplementar de dez dias. O desatendimento desse prazo suplementar implicará em extinção do compromisso arbitral, com o conseqüente encerramento do procedimento, e sujeição do árbitro à responsabilização civil e criminal.
- ii. **Dever de independência e imparcialidade. Dever de Revelação.** O árbitro tem o dever de ser independente e imparcial quando nomeado e assim permanecer durante todo o período de seu encargo. Intimamente ligado ao dever de independência e imparcialidade está o dever de revelação: A pessoa indicada para atuar como árbitro, antes de aceitar a função, tem o dever de revelar às partes qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência. Da mesma forma, o árbitro tem o dever de revelar qualquer fato superveniente à sua nomeação que afete sua imparcialidade e independência.
- iii. **Dever de competência.** Como já discutido acima, o indivíduo indicado como árbitro tem o dever de recusar o encargo se não gozar de capacidade técnica suficiente para competentemente decidir o litígio.
- iv. **Dever de diligência. Dever de disponibilidade. Dever de eficiência.**

Dever de zelo pela regularidade do procedimento arbitral. O árbitro tem o dever de ser diligente no cumprimento de seu mandato e eficiente na regular condução do procedimento arbitral. Se, por conta de outras obrigações profissionais ou circunstâncias pessoais ele souber que não gozará de tempo suficiente para dedicar ao adequado processamento da demanda, tem a obrigação de recusar a nomeação. Do dever de diligência também decorre, de um lado, o dever de tomar as medidas necessárias para que o procedimento arbitral se desenvolva eficientemente e, de outro lado, o dever de não permitir que, por seu dolo direto ou eventual, o procedimento arbitral seja maculado por nulidade.

- v. **Dever de Sigilo.** O árbitro tem o dever de guardar sigilo sobre os fatos a que teve acesso em decorrência do procedimento arbitral, ainda que as próprias partes não estejam obrigadas a preservar confidencialidade. As partes podem, conjuntamente, desobrigar o árbitro do dever de preservar o sigilo, tornando o procedimento e a respectiva sentença pública para todos os fins; porém, mesmo nesses casos, sobrevive o dever do árbitro de se manter discreto quanto aos fatos relacionados à arbitragem.

Responsabilidade criminal e civil do árbitro

Por disposição legal, o árbitro, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, fica equiparado aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal. Isso significa que, mesmo sendo um cidadão privado, o árbitro pode responder criminalmente pelos tipos de concussão (art. 316 do Código Penal), corrupção passiva (art. 317 do CP), prevaricação (art. 319) e violação do sigilo profissional (art. 325).

O árbitro também está sujeito, em alguns casos extremos, à responsabilidade civil quando por dolo direto ou eventual, deixar de cumprir dever fundamental de seu encargo. Desde logo, é bom esclarecer que inexistente qualquer responsabilidade por *error in iudicando* do árbitro, mesmo que interprete de modo evidentemente incorreto os fatos do caso ou a lei aplicável.

Aplica-se ao árbitro, *mutatis mutandis*, proteção análoga à imunidade funcional do magistrado, preservando-o de qualquer responsabilidade pelo conteúdo decisório da sentença arbitral. Perceba que, formalmente, o dever do árbitro é de “decidir o litígio” e não o de “decidir corretamente o litígio”. Portanto, em tese, a decisão errônea do árbitro não viola nenhum dos deveres de seu encargo (o que apenas reforça a necessidade de atentar para a nomeação de árbitros competentes e qualificados).

Para fins de ilustração, eis os exemplos de alguns cenários que implicariam na responsabilização civil e criminal do árbitro: se não proferir a sentença arbitral a tempo, mesmo depois de notificado (violando o dever de cumprir tempestivamente o mandato); se, para assegurar sua nomeação como árbitro, dolosamente, deixar de revelar fato que sabia e que demonstraria sua evidente parcialidade (malferindo o dever de revelação); se proferir sentença em decorrência de demonstrável corrupção passiva ou prevaricação (ofendendo os deveres de independência, diligência, e zelo pela regularidade do procedimento); se violar o sigilo de dados a que teve acesso em decorrência do procedimento arbitral (desrespeitando o dever de sigilo).

Poderes do Árbitro

A aceitação da nomeação tem como consequência a atribuição e o reconhecimento de certos poderes ao árbitro em relação à demanda arbitral. Dentre tais poderes, podemos citar os seguintes como alguns dos mais importantes:

- i. **O poder da competência-competência.** O árbitro tem o poder de decidir, em primeira mão, se ele detém ou não competência (no sentido jurisdicional) para julgar a demanda. Significa dizer que o Poder Judiciário não pode, antes da manifestação do próprio árbitro, analisar se a demanda é arbitrável, se há convenção de arbitragem válida

ou se a matéria objeto do litígio se insere no âmbito da convenção de arbitragem celebrada pelas partes. Quem primeiro decide sobre a existência ou não da competência é o próprio árbitro e, apenas se necessário, o controle judicial de tal decisão só poderá ocorrer em momento posterior.

ii. **O poder de discricionariedade procedimental.** O procedimento que deve ser adotado na arbitragem não se sujeita às normas do Código de Processo Civil, que são feitas para regular apenas os feitos que tramitam na justiça estatal. A regulamentação procedimental da arbitragem tem gênese, seguindo uma ordem hierárquica decrescente, nas seguintes fontes: 1.) regras procedimentais previstas na Constituição Federal (eg., ampla defesa e contraditório); 2.) as raras regras procedimentais cogentes previstas na Lei de Arbitragem; 3.) a vontade expressa e conjunta das partes; 4.) o regulamento de arbitragem adotado (como expressão da vontade das partes); e finalmente 5.) as esparsas regras procedimentais dispositivas previstas na Lei de Arbitragem. Mesmo observando todas essas fontes, há um universo enorme de questões procedimentais sem regulamentação alguma. É por isso que se confere ao árbitro um poder residual e discricionário para normatizar o procedimento (que seria um 6º grau na base da pirâmide kelseniana acima descrita). Significa dizer que se existem questões procedimentais não previstas em lei ou no regulamento, e sobre as quais as partes não conseguem chegar a um acordo, o árbitro tem a discricionariedade de estabelecer o procedimento que achar mais adequado ao caso, desde que respeite normas cogentes superiores, como, por exemplo, o respeito à igualdade e ao contraditório.

iii. **O poder de ordenar tutela de urgência e medidas assecuratórias.** Uma vez nomeado, o árbitro se torna competente para processar e julgar pedidos liminares formulados pelas partes. Seu poder, todavia, está limitando ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva. Se houver resistência da parte em acolher a determinação dos árbitros, a ordem deve ser encaminhada ao Poder Judiciário, a quem se reserva

o poder de *imperium*, para – após mero juízo de deliberação acerca da decisão arbitral proferida – simplesmente executar a ordem. Da mesma forma, pode o árbitro ordenar condução de testemunhas ou outras medidas coercitivas, requisitando que o Poder Judiciário dê cumprimento ao seu comando. Essas mesmas prerrogativas são reservadas ao neutro emergencialmente nomeado para decidir liminares pré-arbitrais, quando tal figura é prevista no regulamento (o que, hoje já é o caso em algumas instituições internacionais e nacionais tais como CCI, ICDR, CAM-Bovespa e CAMFIEP). Tão logo empossado esse ‘árbitro de urgência’, é dele a atribuição de decidir pelo deferimento ou indeferimento de medidas liminares até a constituição do Tribunal Arbitral. Quando as liminares pré-arbitrais forem decididas pelo Poder Judiciário (o que ocorre, por exemplo, quando não há no regulamento a figura do neutro emergencial), é do Poder Judiciário a competência de decidir liminares anteriores à nomeação dos árbitros; todavia, tal decisão judicial fica sujeita à reanálise pelos árbitros, uma vez constituídos. Nesse sentido, é o célebre precedente decorrente do RESP Nº 1.297.974 – RJ, no qual assim se pronunciou o STJ: “(...) 2. *Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.* 3. *Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.*”

- iv. **O poder de jurisdição cognitiva.** O poder mais relevante reservado ao árbitro é, sem dúvida, o de decidir a demanda, com a possibilidade de exaurir a jurisdição cognitiva da matéria posta à sua apreciação. Importante notar que, por expressa dicção legal, cabe ao árbitro julgar os fatos e o direito da demanda arbitral e sua sentença arbitral não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. De igual modo, a Lei de Arbitragem informa que a sentença arbi-

tral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. Portanto, ao proferir sentença arbitral sobre o fundo do litígio, o árbitro tem o poder de substituir toda a fase de conhecimento do Processo Civil. Noutras palavras, o árbitro tem o poder de proferir uma sentença arbitral que tem a mesma eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado, depois de proferida por juiz de primeiro grau, submetida à Apelação no Tribunal de Justiça, Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça e Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

Direitos do árbitro

A despeito da existência de outros direitos elencados pela doutrina, para o escopo desta obra é suficiente focar no mais relevante: o árbitro tem o direito à remuneração em decorrência do serviço que presta às partes. Não custa lembrar que o árbitro é um cidadão privado e, apesar de exercer missão jurisdicional, é também um prestador de serviços. O tempo, a disponibilidade e a competência do árbitro são postos à disposição das partes para a realização de uma atividade importante e valiosa em troca de remuneração que normalmente (mas não sempre) é rateada igualmente entre o demandante e o demandado. Decorre também do direito à remuneração o direito de condicionar a prolação da sentença arbitral ao pagamento integral dos honorários devidos ao árbitro e das custas devidas à instituição.

A FUNÇÃO DAS ENTIDADES ARBITRAIS

ANA LÚCIA PEREIRA¹

Ao escolher a arbitragem como forma de resolução de conflito, as partes escolhem também se essa arbitragem será institucional ou *ad hoc*.

Arbitragem *ad hoc*

A arbitragem *ad hoc* é aquela em que as partes optam elas mesmas em administrarem o procedimento arbitral ou delegar ao árbitro ou ao Tribunal Arbitral (colegiado de árbitros sempre em nº ímpar)² as regras e prazos que nortearão o desenvolvimento da arbitragem, além da própria administração operacional. Dessa forma, a arbitragem *ad hoc* não está sujeita a nenhuma instituição.

Nesses casos é possível que o Tribunal Arbitral nomeie um secretário que ficará responsável pelo encaminhamento das comunicações, pelo arquivo do procedimento, pelo saneamento da arbitragem, de modo que esta possa se desenvolver normalmente, sem nenhum incidente de percurso. A opção ou preferência pelo Secretário se justifica para que o Presidente do Tribunal Arbitral, responsável em dar o ritmo na arbitragem, não fique sobrecarregado com as funções administrativas e operacionais.

¹ Advogada e bacharel em administração de empresas – Universidade Mackenzie, Especialista em Arbitragem e Mediação e em Direito da Economia e da Empresa – FGV/SP, Árbitra, Presidente do CONIMA gestão 2009 a 2013 e Ouvidora do CONIMA – gestão 2014/2015.

² Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

Evidentemente, as partes devem autorizar a possibilidade da nomeação do Secretário que, por sua vez, ficará unguido as mesmas obrigações de sigilo e confidencialidade imputados aos árbitros, dispensado, obviamente, do dever de revelação, visto que o Secretário não tem a jurisdição concedida aos árbitros.

Às partes caberão, além de escolher os nomes que comporão o Painel Arbitral, negociar também os honorários dos árbitros bem como do Secretário, o que poderá dificultar a instauração da arbitragem, ocasionando até mesmo novos conflitos. Da mesma forma as despesas com locação de salas de audiências, estenotipia, gravação das audiências, envio das comunicações, equipamentos etc deverão ser administrados pelo Secretário ou pelo Painel Arbitral, custeados, claro, pelas partes.

Outra dificuldade que poderá ocorrer na arbitragem *ad hoc* é a sua própria instauração. As partes, ao estabelecerem a arbitragem no contrato, deverão ter o cuidado de redigirem o que a doutrina denomina de cláusula compromissória cheia, e estabelecerem o *modus operandi* que as partes deverão seguir se quiserem iniciar a arbitragem, tais como exemplificativamente: (i) nomear os árbitros ou estabelecerem os critérios que serão considerados para suas escolhas; (ii) fixar os prazos que as partes deverão respeitar para a nomeação dos árbitros; (iii) estabelecer os endereços em que as partes receberão as comunicações manifestando a intenção de instaurar a arbitragem; (iv) estabelecer o prazo em que os árbitros, nomeados pelas partes e estes, cumpridas as obrigações de dever de revelação, aceitem os encargos, deverão escolher e nomear o Presidente do Tribunal Arbitral e somente a partir de então é que a arbitragem terá o seu normal andamento. As demais questões, bem como o custeamento das despesas administrativas poderão ser estabelecidas em reunião conjunta entre o Tribunal Arbitral e as partes. O importante é estabelecer, na cláusula compromissória cheia, as ações necessárias para que as partes possam dar início ao procedimento arbitral.

A ausência de qualquer informação que possa dificultar a instauração da arbitragem por uma das partes – denominada pela doutrina como cláusula compromissória vazia - poderá ensejar na necessidade de interposição de ação de cumprimento de cláusula compromissória estabelecida no artigo 7º. da Lei de Arbitragem.

No transcorrer da arbitragem, tanto as partes quanto o Painel Arbitral poderão se ressentir da ausência de um regulamento que normatize o andamento do procedimento. Para isso, a escolha de árbitros experientes será fundamental para que a arbitragem tenha um bom desenvolvimento, sob pena de se verem obrigados a superarem obstáculos de natureza procedimental e que poderá não só dificultar bem como contaminar a arbitragem.

Outro obstáculo a ser superado pelas partes por escolherem a arbitragem *ad hoc* é o contato direto com o Painel Arbitral. Qualquer reclamação a ser feita de ordem administrativa – demora no andamento da arbitragem, ausência de expedição de ordens processuais, não cumprimento de prazos, etc. - as partes deverão se dirigir diretamente aos árbitros, o que poderá, eventualmente, ocasionar algum desconforto ou constrangimento. Se as partes tiverem nomeado o Secretário, essas questões poderão ser a ele dirigidas; caso as partes tenham decidido por não nomeá-lo, seja por questões financeiras, por exemplo, essas dificuldades deverão ser ultrapassadas pelas partes, o que também poderá ser objeto de novos conflitos.

O que falar então do surgimento de questões que resultem na impossibilidade do árbitro continuar a missão que lhe fora delegada pelas partes? Se nada houver sido estipulado na cláusula compromissória ou no termo de arbitragem, esta será imediatamente interrompida até que novos árbitros sejam nomeados. Sem dúvida, essa hipótese trará inúmeros prejuízos aos envolvidos. Caso as partes não cheguem ao consenso sobre

a nomeação dos novos árbitros, ficarão, igualmente, sujeitos a necessidade de se ingressar com a ação de cumprimento prevista no artigo 7º. da Lei de Arbitragem.

Já a arbitragem institucional se denota por características opostas à arbitragem *ad hoc*.

Arbitragem institucional

Por conceito, as instituições que administram procedimentos arbitrais prestam serviços e para tanto disponibilizam meios e condições para o bom andamento da arbitragem. E se entenda como meios e condições, dentre eles, a oferta de regulamento que norteará a condução do procedimento arbitral.

Uma das características da arbitragem é a possibilidade das partes estabelecerem a forma como o procedimento se desenvolverá. Isso porque ao escolherem a arbitragem, as partes renunciam ao Código de Processo Civil e fixam regras próprias para o procedimento arbitral. Essa é uma das principais razões que levam as partes à arbitragem – participar de um procedimento ágil, informal e rápido para resolver seus conflitos.

Ao escolherem uma instituição arbitral, as partes escolhem também o regulamento dessa instituição que irá substituir, de maneira prática, informal e objetiva, o Código de Processo Civil, de modo que as partes não precisarão se preocupar em fixar as regras que nortearão o procedimento.

Para a instauração da arbitragem, bastará que a cláusula compromissória cheia - que na cláusula *ad hoc* deve conter todos os quesitos sob pena de as partes serem obrigadas a acionar o Poder Judiciário - nomeie a instituição escolhida de comum acordo pelas partes, bem como a respectiva submissão ao referido regulamento.

Da mesma forma, a instituição arbitral pode disponibilizar lista de árbitros cujos currículos ficam à disposição das partes para serem escolhidos e nomeados. Em regra, seus honorários já estarão previamente definidos por meio da respectiva tabela de honorários de árbitros dispensando assim qualquer desgaste das partes na negociação; se houver necessidade, por solicitação das partes, a instituição arbitral irá intermediar, de forma a evitar constrangimentos e desconfortos desnecessários. Igualmente, a instituição arbitral fixará o valor da sua taxa de administração compatível com seu porte, complexidade das arbitragens administradas e seu nicho atuação.

Essa mesma instituição arbitral disponibiliza o suporte necessário para o bom andamento da arbitragem: (i) secretaria que irá acompanhar passo a passo o procedimento, secretaria essa que a depender do porte da instituição arbitral muitas vezes são políglotas; (ii) arquivo para guardar todos os documentos produzidos na arbitragem, que invariavelmente não são poucos, de modo que tanto as partes quanto os árbitros tenham livre e fácil acesso a eles de forma organizada, preservada a confidencialidade e sigilo característicos da arbitragem; (iii) instalações adequadas para a realização das audiências, sendo que, a depender do porte da instituição arbitral, esta disponibilizará os serviços de gravação em áudio, vídeo, estenotipia, conexão e equipamentos para vídeo conferência o que permitirá a oitiva de testemunhas; e (iv) setor financeiro que cobrará o reembolso das despesas incorridas na arbitragem.

Qualquer incidente que ocorra no decorrer da arbitragem, a instituição arbitral tem mecanismos ou órgãos constituídos com o fim específico de resolvê-lo, conforme seu regulamento e demais normativas. Até mesmo qualquer reclamação, que na arbitragem *ad hoc* as partes são obrigadas a dirigirem aos próprios árbitros, na arbitragem institucional, as partes reclamam para a administração

da instituição e esta se encarregará de encontrar a melhor solução para questão apresentada, junto com os árbitros, se for o caso.

Todas essas atividades oferecidas pela instituição arbitral proporcionarão às partes e seus advogados a tranquilidade necessária para se dedicarem com exclusividade à questão de mérito trazida para ser resolvida na arbitragem.

Muitas das instituições arbitrais são certificadas pela norma ISO 9000, certificado esse que avaliza a qualidade da prestação de serviço oferecido.

Mas cuidados devem ser tomados ao se escolher uma instituição arbitral para administrar o conflito.

Muitas instituições não se reportam aos requisitos éticos necessários de forma a garantir uma atuação idônea e correta.

O CONIMA³ – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem tem dedicado muita energia e esforço visando oferecer à sociedade brasileira condições para que a escolha de uma instituição seja efetuada com base em critério éticos e técnicos de forma clara e objetiva. Para tanto desenvolveu e implantou em 2014, o PARCONIMA – Programa Brasileiro de Boas Práticas de Arbitragem, Conciliação e Mediação, certificando as IMAs – Instituições de Mediação e Arbitragem por organismo independente - no caso a ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas – com o selo PARCONIMA⁴. Com isso, a sociedade poderá, ao identificar uma IMA com esse selo, ter a garantia de que a instituição em questão atende aos quesitos éticos e técnicos indispensáveis.

³ www.conima.org.br

⁴ www.parconima.org.br

As filiadas ao CONIMA obedecem critérios éticos de modo a oferecer aos seus usuários a exata e correta ideia de que não estão em nenhuma extensão do Poder Judiciário; dessa forma, não aceita como filiada instituições que tenham denominações de “Tribunal”, “Tribunal de Alçada” ou qualquer outro nome que possa induzir o usuário a concluir que está na Justiça Pública e não em uma instituição privada; tampouco aceita a filiação de instituições que se utilizam de símbolos da República tais como o Brasão da República, símbolo esse de uso exclusivo dos órgãos do governo, o que uma instituição arbitral efetivamente não o é! As filiadas do CONIMA também não aceitam distribuir ou identificar seu corpo de árbitro com as ditas “carteiras funcionais”, carteiras essas que fazem alusão ao juiz togado, em decorrência do artigo 18⁵ da Lei de Arbitragem, muitas vezes mal interpretado e mal utilizado.

Por último, mas não menos importante, a arbitragem, ao contrário do mito amplamente divulgado, não é destinada apenas aos grandes e milionários conflitos. Existem instituições para administrar todo os tipos e portes de disputa— pequenas, médias, grandes e multimilionárias. Claro que essas instituições terão as estruturas, regulamento, corpo de árbitros e tabela de custas e honorários condizente com o nicho de mercado em que atuam. O fato de o valor envolvido ser de pequena importância não inviabiliza a realização da arbitragem. Existem várias instituições, espalhadas pelo território nacional, que atendem exatamente esse nicho de mercado com tabelas de custas perfeitamente compatíveis. Evidentemente que a arbitragem não poderá ser economicamente mais vantajosa se comparada com o Poder Judiciário, que disponibiliza, até mesmo, a Justiça gratuita, condição essa não contemplada no procedimento arbitral.

⁵ 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.

Mesmo assim, inquestionável que a arbitragem tem todas as condições de ser um mecanismo absolutamente amplo e democrático, podendo atender a qualquer tipo de conflito, de qualquer valor, desde que verse sobre direito patrimonial disponível⁶.

Os árbitros que se dispõem a atender os conflitos de pequeno valor, assim o fazem com o mesmo comprometimento e as mesmas obrigações que o fazem os árbitros escolhidos para as arbitragens de alto valor econômico.

Dessa forma, e diante de tudo que as instituições de arbitragem já contribuíram até a presente data desde a promulgação da Lei de Arbitragem, podemos concluir que estas contribuíram, contribuem e, tenho certeza, continuaram contribuindo, de forma dinâmica e efetiva para o desenvolvimento, democratização e fortalecimento da arbitragem.

⁶ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

O PROCEDIMENTO ARBITRAL

RICARDO RANZOLIN¹

A escolha das regras do procedimento arbitral

O procedimento arbitral tem como característica marcante sua flexibilidade. Ao invés de ser baseado nas rígidas regras de ordem pública do Código de Processo Civil, cada procedimento arbitral tem sua marcha estabelecida em regramento fruto do encontro da vontade das partes.

Vejamos como podem ser fixadas as regras do procedimento.

As partes podem convencionar as regras do procedimento arbitral na cláusula compromissória – a qual é firmada quando ainda não existe conflito entre elas. A cláusula compromissória que assim se debruça a tratar das regras do eventual procedimento arbitral futuro é denominada cláusula compromissória “cheia”.

A cláusula compromissória “cheia” pode, ela própria, descrever, detalhadamente, todos os percalços a serem seguidos no desenvolvimento do procedimento arbitral, desde seu início até sua conclusão. Na prática, contudo, esta hipótese tem sido menos comum, sobretudo porque exige que as partes se desdobrem na redação de regramentos procedimentais exaustivos, que poderão tomar várias páginas da contratação.

¹ Sócio de Silveiro Advogados, Mestre em Arbitragem pela PUC-RS, pós-graduado em Business Administration pela Harvard Business School, pós-graduado em Processo Civil pela PUC-RS, Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB-RS, membro da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da OAB, Vice-Presidente da Câmara de Arbitragem da FIERGS-CIERGS, Presidente do Conselho Diretor do Centro de Arbitragem e Mediação da OAB-RS, Professor convidados dos cursos de pós-graduação da UFRGS, Escola Superior da Magistratura do RS, PUC-RS e Unisinos, autor da obra Controle Judicial da Arbitragem e de vários artigos acadêmicos no âmbito do Direito Processual Civil e Direito dos Negócios.

A praxe tem sido a adoção de cláusulas compromissórias “cheias” que simplesmente elegem um determinado órgão arbitral institucional – centro ou câmara de arbitragem – perante o qual se instaurará e se processará o procedimento arbitral em caso de litígio, conforme facultado nos artigos 5º e 21 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307-96) . Assim, a cláusula compromissória apenas se reporta aos regulamentos destes órgãos arbitrais institucionais, os quais já estabelecem, cada qual de forma detalhada e peculiar, todas as regras do procedimento arbitral. É possível que as partes estabeleçam na cláusula compromissória algumas regras procedimentais pontuais e especiais, que prevalecem sobre as regras procedimentais do órgão arbitral institucional, desde que não haja incompatibilidade em cada situação dada.

Na hipótese da cláusula compromissória ser “vazia” – aquela que apenas refere o comprometimento das partes em submeter eventuais futuros conflitos à via da arbitragem, sem mais nada dispor –, o artigo 6º da Lei de Arbitragem determina que a parte que desejar o início do procedimento arbitral deve notificar a outra para que firme o compromisso arbitral, no qual serão estabelecidas as regras do procedimento a ser seguido. Em não sendo possível a assinatura do compromisso, o artigo 7º da Lei de Arbitragem exige a interposição de ação judicial com rito expedido, com uma única audiência, na qual o magistrado estatal complementa a vontade das partes e decide sobre o conteúdo do compromisso, definindo, assim, as regras que regerão o procedimento arbitral entre as partes.

Mesmo na ausência de cláusula compromissória, e já diante de um conflito dado, as partes sempre podem firmar diretamente o compromisso arbitral, no qual podem também se reportar às regras de um órgão arbitral institucional ou podem redigir os regulamentos do procedimento arbitral, de forma exaustiva.

É possível ainda, e isto vale para todas as situações acima, que as

partes simplesmente deleguem ao árbitro ou ao tribunal arbitral a regulação do procedimento. Tal facultade, prevista no artigo 21, caput, da Lei de Arbitragem, também se estende ao magistrado estatal, quando tiver de proferir a sentença objeto do referido artigo 7º da Lei de Arbitragem.

Aliás, a regulação do procedimento arbitral pelo árbitro ou tribunal arbitral é também prevista pelo parágrafo primeiro do mesmo artigo 21, para a hipótese de não haver previsão acerca das regras de procedimento. E depreende-se desta mesma regra que, diante de toda e qualquer lacuna pontual da previsão das partes ou do regulamento de instituição arbitral acerca do procedimento, cabe ao árbitro ou tribunal arbitral a prerrogativa de colmatá-la.

Vem sendo também bastante comum na prática do instituto da arbitragem que o árbitro ou o tribunal arbitral tomem a iniciativa de utilizar da prerrogativa objeto do parágrafo único do artigo 19 da Lei de Arbitragem, o qual estabelece que, em se entendendo haver necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem acerca do procedimento, será firmado com as partes um adendo dispondo sobre adequações e detalhamentos do procedimento arbitral. Trata-se do ‘termo de arbitragem’, bastante comum na praxe do uso do instituto.

Dentro do princípio basilar de que, de regra, cabe às partes dispor sobre o procedimento arbitral, é elementar que elas podem também alterar, desde que por comum acordo, o procedimento.

Limites para a escolha das regras do procedimento arbitral - o devido processo legal

Há um limite para a flexibilidade da regulação do procedimento arbitral, tanto para as partes como para o árbitro ou o tribunal arbitral. A consagração do Estado Democrático de Direito teve como pilar

fundamental algumas garantias individuais mínimas aos cidadãos. Uma das mais essenciais dessas garantias é a de que os conflitos sejam julgados sempre através de um devido processo legal – *due process of law*.

O devido processo legal, consagrado em nossa Constituição Federal, é assim reconhecido desde que atenda os seguintes princípios: princípio do contraditório, princípio da igualdade das partes, princípio da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. São princípios que garantem, de forma mínima, um processo justo.

Com efeito, o procedimento arbitral somente será válido se transcorrer sob a estrita observância de todos esses princípios. Tal foi expressa e claramente assegurado por força do parágrafo segundo do artigo 21 da Lei de Arbitragem. Some-se a eles o princípio da fundamentação racional das decisões, disposto no artigo 26, II, da Lei de Arbitragem.

Em outras palavras, nesses princípios se encontra o limite de ordem pública para a vontade das partes, do árbitro ou do tribunal arbitral fixarem as regras do procedimento arbitral; sendo que nenhum procedimento arbitral poderá descurar de atender no mínimo tais princípios, sob pena de nulidade.

O procedimento arbitral esteia-se, portanto, nas mesmas garantias mínimas para consecução de um processo ‘justo’, exatamente da mesma forma que o processo judicial estatal.

O início do procedimento arbitral

O início do procedimento arbitral é peculiarmente distinto do processo judicial estatal e impõe ao advogado responsabilidades que vão além de meramente protocolizar uma petição inicial.

Em virtude do procedimento arbitral ser bem mais participativo e democrático – porquanto decorre da escolha das partes a designação do direito aplicável, do procedimento e do árbitro ou tribunal arbitral – isto exige que o advogado oriente, aconselhe e, em suma, advogue em prol da parte constituínte em todos os momentos da instituição do procedimento arbitral. O advogado participa proativamente da construção da estrutura pela qual vai se desenvolver o procedimento arbitral; ao contrário do que se passa no processo judicial estatal, no qual a estrutura jurisdicional já está previamente posta pelo Estado.

Se houver uma cláusula compromissória “cheia” que se reporte às regras de procedimento de uma instituição arbitral – as quais são divulgadas publicamente – o início da arbitragem e todo seu transcurso se dará sob tais ditames.

A maioria dos regulamentos das instituições arbitrais preveem que a parte postulante deva apresentar breve síntese do conflito para que a instituição proceda à notificação da parte contrária. Esta etapa também coincide, de regra, com o pagamento de custas iniciais à instituição arbitral.

Em procedimento que igualmente varia de instituição para instituição, segue-se com a oportunização para que as partes indiquem um dos integrantes do tribunal arbitral, quando não se trata de árbitro único.

Este é um momento especial para a atuação do advogado, onde este terá de auxiliar seu cliente na escolha de profissional especializado e imparcial para melhor solução do conflito. Os contatos para sondagem do árbitro deverão respeitar a ética profissional e não vincular o árbitro, em qualquer hipótese, à posição das partes. Nesta etapa a atenção do advogado deverá se voltar também para as demais indicações de árbitros, podendo desde já alertar à

instituição arbitral de fatos que impeçam um ou mais árbitros de atuar no conflito.

Por sua vez, na condição de árbitro indicado, ao advogado assiste o dever e cuidado de revelar todo e qualquer elemento que o torne suspeito ou impedido para atuar como árbitro. Eventual omissão na revelação poderá ensejar a responsabilização civil e até criminal.

Com a aceitação do árbitro ou de todos os árbitros, a arbitragem reputa-se ‘instituída’, nos termos do artigo 19, caput, da Lei de Arbitragem – já há, assim, autoridade constituída para presidir o procedimento e julgar o conflito.

É bastante comum que a primeira medida do árbitro ou do tribunal arbitral seja a convocação das partes, a fim de que seja assinado por todos o ‘termo de arbitragem’, já antes referido, na esteira do que estabelece o parágrafo único do artigo 19 da Lei de Arbitragem.

Há regulamentos de instituições arbitrais que, excepcionalmente, permitem a introdução de novas postulações no transcorrer do procedimento arbitral. Contudo, a regra é que o “termo de arbitragem” estabeleça a última oportunidade para as partes delimitarem suas pretensões e, por conseguinte, a lide a ser julgada. Lembrando que não é inadmissível sentença arbitral *citra petita* (que não decidir toda a causa), *extra petita* (de natureza diversa do pedido) ou *ultra petita* (que decidir além do demandado), por força do disposto no artigo 32, IV e V da Lei de Arbitragem.

A revelia no procedimento arbitral

A ausência de uma das partes pode se dar já nas fases iniciais de indicação de árbitro e instituição da arbitragem. Em havendo cláusula compromissória “cheia”, o não atendimento por uma das partes da notificação para indicar árbitro e até comparecer para

firmar termo de arbitragem não afetará a instituição da arbitragem, que se processará mesmo sob tal ausência. A recalcitrância da parte na escolha do árbitro é suprida pela previsão, constante na grande maioria dos regulamentos das instituições arbitrais, de que tal escolha passe a ser feita pela direção da instituição arbitral.

No caso de cláusula compromissória ‘vazia’ e diante da inércia de uma das partes faz-se necessário o ajuizamento da ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem, com visto. E, da mesma forma, a revelia de uma das partes não impedirá que o juiz estatal supra a vontade da parte, indicando árbitro e estabelecendo todas as demais escolhas para que tenha início o procedimento arbitral.

Quanto à revelia no procedimento arbitral estrito senso – isto é a ausência de apresentação de defesa –, esta é regulada expressamente pelo parágrafo 3º do artigo 22 da Lei de Arbitragem. À distinção do que ocorre no processo judicial estatal, o não comparecimento da parte para apresentar defesa durante o procedimento arbitral não terá como efeito a sua confissão ficta. Naturalmente, haverá grave prejuízo a quem não apresentar sua versão dos fatos e indicar as provas que as amparam. Porém, o árbitro ou tribunal arbitral apreciarão as alegações e a prova produzida no procedimento com a ausência da parte e julgarão o feito, sem a presunção de confissão.

O estabelecimento do contraditório

Não há qualquer vedação a que o procedimento arbitral seja oral. Contudo, a praxe estabelecida é de que o mesmo seja precipuamente escrito, iniciando-se por fase postulatória argumentativa com a apresentação da prova documental que lhe dá esteio.

Em que pese seja bastante comum a manifestação inicial da parte postulante, seguida da apresentação de defesa da outra parte,

com réplica e tréplica, ocorre também dos regulamentos das instituições arbitrais ou ajuste especial entre as partes e árbitros preverem apresentação de peças iniciais simultâneas pelas partes, com prazos idênticos para resposta e depois réplica, sobretudo nos casos em que ambas as partes são postulantes. Outros formatos de estabelecimento do contraditório são possíveis, desde que obedecida a igualdade de tratamento das partes.

Diante do maior tempo que dispõe o árbitro ou tribunal arbitral para apreciar as manifestações das partes – em comparação com a realidade do processo judicial estatal –, não são incomuns períodos de sustentações orais mais longos do que no processo judicial estatal e com a utilização de projeções de elementos visuais e sonoros.

Da mesma forma que no processo judicial estatal, o procedimento arbitral caracteriza-se pelo conjunto de atos jurídicos em sequência coordenada e em marcha para o desiderato do proferimento de decisão que solucione o conflito das partes. Tudo sob a observância dos princípios que garantem o devido processo legal, como visto. Embora não haja rito previamente estabelecido para o procedimento arbitral, será sempre um procedimento “de conhecimento”, pois a cognição de sentença arbitral ou das decisões interlocutórias será sempre desprovida de poder de *imperium* – dependendo de execução através do Poder Judiciário.

Espera-se das partes o dever de urbanidade e boa-fé procedimental, que consiste na lealdade para com o correto andamento do procedimento.

A preclusão no procedimento arbitral

O artigo 20 da Lei de Arbitragem estabelece expressamente que, se uma das partes desejar invocar a suspeição ou impedimento

de árbitro ou algum vício na convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar após a instituição da arbitragem.

São evidentes, assim, os efeitos preclusivos de eventual omissão – a qual inclusive poderia determinar condenação por litigância de má-fé da parte que iniciasse a participação em procedimento postergando a arguição de invalidade do mesmo.

Não há outras regras na Lei de Arbitragem sobre preclusão, o que levou alguns doutrinadores a entender não haver outras hipóteses de preclusão no procedimento arbitral. Entretanto, a Lei de Arbitragem foi econômica em relação ao procedimento arbitral, de modo geral – e não só em relação às hipóteses de preclusão –, deixando que a escolha das partes viesse a determinar tais regras, sendo que, na ausência delas, toca ao árbitro ou tribunal arbitral estabelecê-las.

Com efeito, no mínimo dos mínimos, operar-se-á a preclusão todas as vezes em que a própria lógica do procedimento exigir que haja determinada invocação da parte em certo momento, sob pena de tal invocação não poder ser mais trazida ao árbitro ou ao tribunal arbitral. Como aludido, o procedimento arbitral também tem etapas, as quais, embora não estritamente estanques como no processo judicial estatal, precisam logicamente ser seguidas e postas em marcha sequencial, sem o que o procedimento não atingiria sua conclusão.

Tome-se como exemplo situação em que as partes produziram farta prova documental, testemunhal e pericial, tendo apresentado memoriais sobre a prova colhida e se encontrando o procedimento com os árbitros para proferir a sentença arbitral. Poderia uma parte postular a oitiva de mais uma testemunha? Retirada situação excepcional, é evidente que tal postulação seria afastada

pela preclusão, na medida que destoaria do comportamento de boa-fé e colaborativo exigido das partes no procedimento arbitral. E, mais do que isso, atentaria contra a natureza e efetividade do procedimento, que precisa resultar em uma decisão dentro de um tempo determinado.

Assim, em que pese a maior flexibilidade, se comparado com o processo judicial, o procedimento arbitral também contempla o instituto da preclusão procedimental.

A produção probatória no procedimento arbitral

Os meios de prova admitidos para o convencimento do árbitro ou do tribunal arbitral se confundem com os admitidos no processo judicial estatal (prova documental, testemunhal, gravações sonoras e em vídeo, prova técnico-pericial, etc). E além da iniciativa das partes, o árbitro ou tribunal arbitral têm a prerrogativa de determinar de ofício a sua produção.

O que difere no procedimento arbitral é que normalmente o árbitro ou o tribunal arbitral dispõe de maior tempo para apreciar a prova produzida, o que representa audiências mais longas e depoimentos mais aprofundados, bem como laudos periciais mais escrutinados e com maiores esclarecimentos dos experts.

Outra diferença de relevo é que não há uma ordem pré-estabelecida para colheita da prova. De praxe é seguida, com raras exceções, a mesma sitemática estabelecida no Código de Processo Civil (embora não haja qualquer vinculação a este): primeiro é colhida a prova documental e posteriormente a prova pericial, ficando para o último momento os depoimentos das partes e a prova testemunhal.

Dentro da flexibilidade do procedimento, não é raro que os

depoimentos de testemunhas ou de assistentes técnicos e peritos sejam tomados conjuntamente, sob forma de confrontação, como meio de facilitar o aflorar da verdade (*cross-examinations*).

Da mesma forma que no processo judicial estatal, o árbitro ou tribunal arbitral poderá convocar as testemunhas. Contudo, em face do árbitro ou do tribunal arbitral não deter o poder de *imperium*, o § 2º do artigo 22 da Lei de Arbitragem estabelece que em caso de recalcitrância da testemunha, o árbitro ou tribunal arbitral deverá requerer à autoridade judiciária para que seja conduzida sob vara a testemunha. O mesmo se dará para a exibição de documento ou outro meio de prova que se encontre com uma das partes ou com terceiro e mereça ser apreciado no procedimento arbitral.

Em que pese a “relação jurídica procedimental” formada a partir do procedimento arbitral estabelecer direitos, deveres e ônus às partes, que decorrem da contratação privada entre elas, onde esta é insuficiente a Lei de Arbitragem estabeleceu, suplementarmente, ônus e deveres *ex lege*, inclusive em relação a terceiros que não participaram da convenção de arbitragem, tudo de modo a permitir a efetividade do procedimento arbitral.

O destinatário da prova, por certo, é sempre o árbitro ou o tribunal arbitral. E se durante o procedimento arbitral um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas, conforme determina o parágrafo 5º do artigo 22 da Lei de Arbitragem.

Por outro lado, e da mesma forma que no processo judicial estatal, as testemunhas além do dever legal de colaborar com a justiça previsto na Lei de Arbitragem, estão sujeitas ao crime de perjúrio caso faltem com a verdade, consoante previsto expressamente no Código Penal.

Medidas coercitivas e tutelas de urgência

Em havendo a necessidade de medidas coercitivas durante o procedimento arbitral, o árbitro ou o tribunal arbitral têm a prerrogativa de solicitar sua implementação ao órgão do Poder Judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa, conforme determina o parágrafo 4º do art. 22 da Lei de Arbitragem.

No tocante à tutela de urgência, em que insere-se fator de emergência, a jurisprudência nacional consagrou a apreciação direta de tal pleito pelo Poder Judiciário, quando não houver sido instituído o procedimento arbitral – não houver árbitro ou tribunal arbitral disponível.

Não obstante, cabe ao árbitro ou ao tribunal arbitral, após a investidura na função, julgar pedido de tutela de urgência. Nessa circunstância, tão logo seja instituído o procedimento arbitral, os autos do processo judicial em que foi apreciada a tutela de urgência são remetidos pela autoridade judicial estatal ao árbitro ou ao tribunal arbitral, a fim de que este mantenha a decisão proferida emergencialmente pelo Poder Judiciário ou a altere a luz de seu livre convencimento.

Trata-se de concerto entre o procedimento judicial estatal e o procedimento arbitral, tudo a fim de que seja assegurada a eficácia prática deste último como forma efetiva de solução de conflitos.

Da suspensão e extinção do procedimento arbitral

O procedimento arbitral será naturalmente extinto com o proferimento da sentença arbitral que decide o mérito da controvérsia.

Entretanto, no caso do árbitro ou tribunal arbitral acolher de imediato a arguição de sua incompetência – no caso da matéria *sub judice* não envolver direitos patrimoniais disponíveis ou tratar de interesse de incapaz, ou ser reconhecida alguma nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem – o procedimento arbitral será de plano extinto, conforme previsto no parágrafo primeiro do artigo 20 da Lei de Arbitragem.

Em todas essas hipóteses, a causa somente poderá ser decidida pelo órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

A hipótese de suspensão é prevista no art. 25 da Lei de Arbitragem, desde que sobrevenha no curso do procedimento arbitral controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento pelo árbitro ou o tribunal arbitral. Nesse caso será suspenso o procedimento arbitral até que seja proferida decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente para julgar a questão dependente.

A PROVA PERICIAL DA ARBITRAGEM

FRANCISCO MAIA NETO¹

Embora o sigilo que protege a arbitragem impeça uma pesquisa mais abrangente sobre as questões submetidas a julgamento e as estatísticas se restrinjam a estudos que envolvem algumas câmaras arbitrais, é sabido que grande número de conflitos relacionam-se a matérias fáticas, especialmente em áreas como construção e infraestrutura, onde os contratos e respectivas cláusulas compromissórias ganharam substancial avanço na resolução dos conflitos.

Dessa forma é natural que no curso do processo arbitral ocorra a necessidade de produção da prova pericial, tamanha sua importância, senão indispensabilidade, na decisão dos árbitros, que formam sua convicção nesse instrumento probatório, designado pelo grande jurista e Ex-Presidente do STF, Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, como a “rainha das provas”.

Sistemática da perícia na arbitragem

Sempre que nos dirigimos a uma plateia para apresentar temas introdutórios sobre arbitragem, fazemos uma advertência inicial, para que os advogados esqueçam os paradigmas do Código de Processo Civil, uma vez que a Lei de Arbitragem não estabelece qualquer regramento quanto à prova pericial, se limitando, em seu artigo 22, a permitir ao árbitro “determinar a realização de perícias”.

¹ Graduado em Engenharia Civil e Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Pós-graduado em Engenharia Econômica, na Fundação Dom Cabral; Autor de diversos livros sobre avaliação, perícia, arbitragem e mercado imobiliário; Membro da lista de árbitros em câmaras em MG, RJ, DF e SP; Integrante das Comissões de Juristas do Senado e do Ministério da Justiça para elaboração da Lei de Mediação e reforma da Lei de Arbitragem (2013); Secretário da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da OAB (2013/2015); Presidente da Comissão de Direito da Construção da OAB/MG (2011/2015); Vice-Presidente Jurídico da CMI-SECOVI/MG (2012/2016).

Se examinarmos o regulamento das câmaras arbitrais não encontraremos também maiores detalhamentos. Em uma análise de 46 desses instrumentos realizada em 2014, constatamos que 26% deles sequer citam a prova pericial, 65% detalham algum procedimento e 54% fazem referência à formulação de quesitos e indicação de assistentes técnicos.

Outra questão que merece destaque se refere ao momento de realização da prova, que pode ocorrer mesmo após uma audiência de instrução, com oitiva de testemunhas técnicas, produção de perícias unilaterais, análise da matéria por árbitro especialista, interrogatório dos peritos ou seguir o modelo preconizado em nosso diploma processual civil.

Laudos unilaterais produzidos pelas partes

Essa não é uma modalidade de todo desconhecida dos operadores do direito brasileiro, por ter vigorado em nosso processo civil entre 1946 e 1973, embora na arbitragem as formas de tratar as divergências são variadas, e não só a nomeação de um perito desempassador, como previa nosso antigo sistema processual.

Na arbitragem, os árbitros podem adotar outras sistemáticas, começando por esta mesma modalidade, mas buscando um perito cuja escolha seja consensual entre as partes, podem ainda marcar um interrogatório dos peritos, visando dirimir as diferenças existentes nos respectivos laudos, ou ainda partirem para a análise dos trabalhos já realizados, que tragam elementos suficientes para o julgamento, hipótese que ganha adeptos especialmente quando a formação ou experiência dos árbitros permitir a dispensa de um profissional para auxiliá-los nesta tarefa.

Antes porém, pode ocorrer a prática denominada análise cruzada, quando um perito faz a crítica do trabalho do outro, o que permite

uma melhor sinalização dos pontos de divergência entre eles.

Análise dos laudos pelos próprios árbitros

Essa é uma questão que necessita uma análise criteriosa, uma vez que envolve discussão sobre o limite de atuação do árbitro na produção da prova, especialmente quando trata-se de um ou mais árbitros especialistas na matéria pericial, ou seja, tratando-se de profissional com igual formação dos peritos que produziram os laudos.

A matéria enseja interpretações diversas, partindo-se da premissa que um ou mais membros de um painel arbitral tenham condições de interpretar os elementos técnicos trazidos ao processo arbitral, podendo assim decidir por seu conteúdo, sem a necessidade do exame por parte de terceiros que não compõem o tribunal arbitral.

Mesmo entre os que admitem essa hipótese a matéria não é consensual, uma vez que existe uma corrente que entende somente ser possível quando se tratar de árbitro único, que teria toda a responsabilidade do julgamento, o que significa inclusive um ganho em celeridade e economia, enquanto os que a rejeitam se baseiam na violação dos princípios da imparcialidade e do livre convencimento, objeto inclusive de ressalva expressa ao exame pericial, consagrada no art. 335 do atual CPC e 375 do CPC de 2015.

A corrente que defende o exame por um ou mais árbitros somente quando da ocorrência de um tribunal arbitral entende que o julgamento colegiado elimina este questionamento, enquanto aqueles que se opõem alegam que a interpretação por um dos árbitros da prova pericial causa um desbalanceamento na decisão, onde aquele que funcionou como um “terceiro perito” ganhou mais poderes decisórios que os demais.

Essa discussão merece uma reflexão quando tratar-se de matéria

exclusivamente fática, de cunho técnico, como em uma ação revisional de aluguel, cuja discussão envolve somente a questão do valor locativo, se não seria o caso de partir-se para uma arbitragem técnica, cujo árbitro único ou o painel arbitral contasse somente com especialistas sobre o tema, o que permitiria um ganho em tempo e custo da demanda, trazendo resultados rápidos e seguros.

O modelo do processo civil brasileiro

Embora não se apliquem as regras do CPC na arbitragem, a solução de nomeação de um perito da confiança do tribunal arbitral tem sido usualmente adotada nas arbitragens onde ocorra necessidade de produção de prova pericial, cujo rito segue regras similares àquelas praticadas na justiça estatal, uma vez que torna-se imperativo a preservação do princípio do contraditório.

Assim, ao escolher um profissional para realizar a perícia, sua nomeação está sujeita ao crivo das partes, no que tange a impedimento ou suspeição, deverá haver oportunidade de formulação de quesitos e indicação de assistentes técnicos, além de ocorrerem os demais atos que não permitam a violação dos princípios do devido processo legal.

Por outro lado, como explicado anteriormente, diante da ausência de regras legais que disciplinem o procedimento e mesmo ausência de determinações claras e completas nos regulamentos das câmaras arbitrais, caberá aos árbitros estabelecerem os procedimentos, que poderão obedecer as seguintes etapas:

- a) Nomeação do perito: Indicar nome e qualificações, bem como determinação para apresentar proposta de honorários, após juntada dos quesitos.

- b) Formulação de quesitos e indicação dos assistentes técnicos:

Abrir prazo para juntada, bem como previsão de quesitos suplementares.

c) Arbitramento dos honorários periciais e questões incidentais: Estabelecer critério para depósito dos honorários, assim como a decisão sobre eventual impasse de valores e sobre questões incidentais nos atos anteriores.

d) Entrega do laudo pericial e pareceres dos assistentes técnicos: Designar prazos para entrega dos trabalhos do perito e assistentes técnicos, bem como estabelecer a forma de condução das diligências periciais.

e) Esclarecimentos pelo perito e assistentes técnicos: Definir a forma de solicitação dos esclarecimentos ao perito e assistentes técnicos sobre os trabalhos apresentados.

O processo de escolha do perito

Em função das diferenças que separam a prova pericial na arbitragem e na justiça estatal, o processo de escolha do perito tem sido motivo de discussão, uma vez que muitos árbitros preferem não optar por escolher profissionais que militam na área pericial, especialmente junto ao Poder Judiciário, fazendo com o que a escolha recaia sobre profissionais de inegável conhecimento na matéria em discussão, mas muitas vezes sem nenhuma experiência na prática pericial.

Essa é uma questão que confronta dois tipos de profissional, de um lado o perito experiente, que possui um conhecimento técnico generalista, mas com bastante experiência na interface técnico-jurídica e conhecedor das atribuições do perito, dos assistentes técnicos e dos demais envolvidos.

De outro lado surge a figura do técnico experiente, com notório saber do tema em discussão, mas carente de familiaridade com

a sistemática pericial e com o sistema processual, o que pode levar a situações desconfortáveis na condução da perícia e mesmo dificuldade de interpretação das questões técnicas por parte do tribunal arbitral.

Como trata-se de questão controversa, não cabe aqui a indicação do caminho preferencial, até porque não existe uma fórmula pronta de solução, dada às características próprias de cada situação com que defrontamos, mas o mais indicado tem sido a convivência harmônica entre esses dois profissionais, especialmente quando um perito experiente se vale dos conhecimentos de um técnico renomado para levar suas conclusões ao tribunal arbitral.

Outra questão objeto de discussão refere-se à escolha de um nome, pois os árbitros usualmente procuram uma indicação consensual entre as partes, o que pode ser feito mediante negociação direta entre seus procuradores ou indicação de um conjunto de nomes, o que pode trazer algum desconforto se não houver coincidência de indicação, e o tribunal optar por um dos apontados por uma parte.

Além dessas, existe uma outra solução similar que seria a indicação de um conjunto de nomes pelas partes e pelo tribunal arbitral, dirigidos à secretaria da câmara arbitral, sem que ninguém saiba de onde partiram as indicações, sendo submetidos ao crivo das partes para eventuais impugnações, cabendo ao tribunal a deliberação, após o exame das manifestações dos respectivos advogados.

Interrogatório dos peritos

Essa é outra questão que merece uma quebra de paradigma na arbitragem, pois privilegia o princípio da oralidade, podendo ocorrer em diversas fases do processo arbitral, e até mesmo substituir a prova pericial escrita, nas modalidades até aqui descritas e da forma como nos acostumamos na sistemática

adotada no processo civil.

As oportunidades em que usualmente ocorrem são: logo no início da arbitragem, caracterizando uma apresentação técnica, cujos questionamentos se mostram mais restritos, em função do pouco aprofundamento no caso; sob a forma de testemunhas técnicas e não fáticas, o que ocorre em audiência; ou logo após a juntada de laudos unilaterais determinados pelo tribunal arbitral, quando os peritos de cada um das partes são convocados para explicarem suas conclusões, sendo determinante para a deliberação dos árbitros quanto ao passo seguinte.

Este interrogatório ocorre também após a realização de toda a produção da prova pericial, o que equivaleria aos esclarecimentos adotados em nosso sistema processual civil, com o diferencial que na arbitragem a duração é muito mais longa e abrangente, havendo uma maior liberdade de questionamento, muito embora cada vez mais os árbitros exigem que as partes delimitem o objeto do interrogatório, evitando-se assim uma saraivada de perguntas, com a intenção muitas vezes de confundir e não de esclarecer.

Nessas ocasiões é também importante frisar que não são somente os árbitros que fazem as perguntas, como acontece com o juiz estatal, mas os próprios advogados das partes, por meio de interrogatório direto ou cruzado, especialmente quando os questionamentos são dirigidos aos peritos que trouxeram laudos unilaterais ou assistentes técnicos.

Vale destacar a observação de alguns especialistas, que advertem para as cautelas na condução desses interrogatórios por parte dos árbitros, uma vez que a habilidade dos advogados em inquirir pode conduzir o resultado, bem como quanto ao preparo intelectual e destreza dos peritos, quando indicados pelas partes, o que pode ser um diferencial no desenvolvimento dos questionamentos.

SENTENÇA ARBITRAL

ASDRUBAL Júnior¹

Introdução

A sentença é o produto que se espera do procedimento arbitral, o objetivo da demanda apresentada, onde o árbitro ou os árbitros irão decidir a controvérsia estabelecida, seja de forma a encerrar a disputa sem resolução de mérito, seja decidindo o mérito, parcial ou integralmente, ou pondo termo ao procedimento, ante uma conciliação, mediante sentença de homologação de acordo (art. 28 da Lei de Arbitragem).

Caberá ainda à sentença (art. 27 da Lei de Arbitragem) decidir sobre a responsabilidade do pagamento das despesas da arbitragem, taxas institucionais e honorários dos árbitros, observando-se no que possível, o que tiver estatuído na convenção de arbitragem e/ou no Termo de Arbitragem. E até mesmo, poderá reconhecer litigância de má-fé de uma das partes e atribuir multa por tal incidência.

Desta forma, como a sentença judicial, a sentença arbitral deverá ser definitiva, condenando uma das partes a pagar a outra alguma coisa que tenha sido discutida no procedimento, como por exemplo, a atribuição de uma multa contratual.

¹ Asdrubal Nascimento Lima Júnior é advogado inscrito na OAB/DF 12.873, sócio da Asdrubal Júnior Advocacia e Consultoria. Especialista em Direito Público pelo ICAT-UDF. Mestre em Direito Privado pela UFPE Advogado Colaborativo. Especialista em Dispute Boards Certificado pela DRBF – Dispute Resolution Boards Foundation. Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/DF. Diretor Adjunto da Escola Superior da Advocacia – OAB/DF. Diretor Técnico da Câmara de Mediação e Arbitragem da ACDF-CBMAE. Palestrante, professor e articulista com mais de 100 trabalhos publicados. Apresentador do Programa “Momento Arbitragem com Asdrubal Júnior”

A sentença arbitral, contudo, pode ser apenas terminativa, quando encerra o procedimento sem avançar sobre o mérito da disputa, quando reconhecer, por exemplo, que a questão trazida à arbitragem não é arbitrável; ou, verificar que há vício de consentimento na convenção de arbitragem.

A sentença arbitral que avance sobre o mérito, poderá ser condenatória, constitutiva ou declaratória, a depender dos tipos de pedidos formulados na demanda.

A sentença arbitral é irrecorrível e não fica sujeita a qualquer homologação do Poder Judiciário (art. 18 da Lei de Arbitragem), cabendo às partes se submeterem ao cumprimento do que nela ficou estabelecido.

Prazo para ser proferida

Uma das características mais estimulantes da escolha da arbitragem pelas partes para a resolução de uma controvérsia é, sem dúvida, a celeridade do procedimento com a breve resolução do conflito. E um dos elementos disponibilizados na lei, para que se imprima a segurança de que o procedimento será mesmo célere, é autorizar as partes fixarem em qual prazo deve ser proferida a sentença arbitral (art. 23 da Lei de Arbitragem), permitindo saber desde logo, quando começa e quando terminará o procedimento de arbitragem, trazendo as benesses de um cronograma e de um planejamento, característica muito valorizada no mundo dos negócios.

O prazo convencionado pelas partes não tem tempo mínimo nem máximo, podendo, por exemplo, ser fixado em alguns dias ou alguns anos, a depender da análise que realizarem sobre a complexidade da discussão, o grau de dificuldade na produção das provas e a conveniência das partes, e tudo, naturalmente, dependendo da

aceitação do árbitro comprometer-se a cumprir tal prazo (art. 19).

Se as partes não convencionarem em qual prazo deve ser proferida a sentença arbitral, o artigo 23 da Lei de Arbitragem que deverá ser proferida em seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, sendo este momento considerado aquele em que o árbitro aceitou sua nomeação, ou quando vários árbitros, quando o último tiver aceita a missão (art. 19 da Lei de Arbitragem).

Contudo, o prazo poder ser alterado durante o procedimento, por vontade das partes e anuência do árbitro ou árbitros (art. 23, parágrafo único, da Lei de Arbitragem), se perceberem a viabilidade de sua antecipação ou a necessidade de sua dilação.

O prazo estabelecido para a prolação da sentença arbitral é considerado, na classificação doutrinária sobre prazos, como “Prazo Próprio”, enquanto o prazo fixado na legislação processual civil para os magistrados é “Prazo Impróprio”. A diferença fundamental dessa classificação é que o descumprimento do prazo impróprio não acarreta consequências de ordem processual. Ou seja, se o Juiz de Direito não proferir a sentença no prazo estabelecido na lei, ainda assim poderá proferir a sentença posteriormente.

Na arbitragem, o árbitro deverá proferir a sentença no prazo convencionado pelas partes e aceito por este, quando aceitou a missão de arbitrar o conflito, ou no prazo legal (art. 23). Seu prazo é considerado “Prazo Próprio”, logo seu descumprimento implica em consequências processuais relevantes.

Caso o árbitro não cumpra o prazo estabelecido, qualquer das partes poderá notificá-lo, assinalando o prazo de 10 dias para que ele profira e apresente a sentença arbitral, sob a consequência de novo descumprimento implicar na extinção do compromisso arbitral (art. 12, inciso III, da Lei de Arbitragem). E, por conseguinte,

a inviabilidade do árbitro vir a proferir sentença no procedimento. E caso a profira extemporaneamente, apesar de notificado, será considerada nula a sentença que proferir (art. 32, VII, da Lei de Arbitragem).

Portanto, o descumprimento dos prazos no procedimento de arbitragem por parte do árbitro traz relevantes implicações processuais, a ponto de tornar extinto o compromisso de arbitragem e nula a sentença que venha a proferir.

Tal desídia do árbitro poderá significar para o mesmo, além das questões legais já apontadas aqui, também, o expressivo desgaste de sua imagem e conceito profissional, e um provável desinteresse das instituições de arbitragem de fazerem figurar seu nome na lista de árbitros, bem como, de vir a ser escolhido pelas partes para outras demandas, além de eventual responsabilidade civil sobre danos que tenha causado as partes.

Requisitos da sentença arbitral

A sentença arbitral por literal disposição do Artigo 24 da Lei de Arbitragem, deve ser expressa em documento escrito e assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros, permitido ao Presidente do Tribunal Arbitral, na hipótese, de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

A sentença arbitral deve estar estruturada formalmente em quatro elementos:

- a) relatório, que conterà o nome das partes e um resumo do litígio;
- b) os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se o árbitros julgaram por equidade;

c) a parte dispositiva, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerá o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso;

d) a data e o lugar em que foi proferida.

No relatório, além do resumo da controvérsia, mérito do que está sendo discutido, é fundamental consignar o resumo da arbitragem, descrever os passos seguidos no procedimento até aquele momento.

Considerando que os árbitros foram escolhidos ou aceitos pela confiança das partes, e ainda que a sentença será irrecorrível, é muito importante que os árbitros, na elaboração da fundamentação da sentença, procurem avançar detidamente sobre todos os elementos da discussão, enfrentando e decidindo didaticamente cada uma das teses abordadas, arrimando suas conclusões nas provas produzidas, para que possa além de decidir o conflito em si, também, servir como instrumento de persuasão para a parte vencida entender as razões que levaram ao não acolhimento das suas teses.

Na parte dispositiva, o árbitro ou árbitros devem decidir pontualmente sobre cada um dos pedidos apresentados pelas partes na demanda, respeitando os limites do objeto da arbitragem, evitando assim cometer os vícios comuns das sentenças judiciais, como julgamento *citra*, *extra* ou *ultra petita*. E ainda, decidindo de modo objetivo e líquido sobre eventuais condenações e a responsabilidade pelo pagamento das despesas e honorários arbitrais.

Por fim, deve inserir a data e o lugar onde proferiu a sentença. A data colocará termo ao prazo para a prolação da sentença,

enquanto o lugar deve respeitar o que ficou consignado na convenção de arbitragem, sendo relevante ainda, para se verificar tratar-se, ou não, de arbitragem nacional ou estrangeira (parágrafo único, art. 34).

Sentença proferida por um Tribunal Arbitral

Quando proferida por um painel de árbitros, denominado na Lei de Arbitragem, como Tribunal Arbitral, poderá ser por maioria, podendo ou não ser apresentado por escrito, o voto divergente.

Quando, apesar da composição ímpar, não for possível extrair um voto majoritário, ou seja, em um Tribunal Arbitral com três árbitros, tiver três conclusões diferentes, e portanto, nenhuma majoritária, o voto do Presidente do Tribunal Arbitral será considerado voto de qualidade, fazendo prevalecer a sua conclusão (art. 24, § 1º, da Lei de Arbitragem).

Da comunicação da sentença arbitral

O árbitro ou o presidente do Tribunal Arbitral deverá enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo (art. 29 da Lei de Arbitragem).

Contudo, embora a Lei de Arbitragem refira-se à comunicação diretamente às partes e não a seus procuradores, é comum que os Regulamentos de Arbitragem ou os Termos de Arbitragem deleguem essa comunicação aos respectivos procuradores.

Em geral, também, as sentenças são assinadas em número de vias suficientes para que cada parte receba uma via original, instrumentalizando-a, caso necessite, levar ao cumprimento

forçado da sentença quando não ocorrer o cumprimento espontâneo.

Uma das questões mais importantes da comunicação da sentença arbitral é definir o marco inaugural da contagem dos prazos para eventuais pedidos de esclarecimento, cumprimento espontâneo do que restou decidido na sentença, ou até mesmo, o prazo decadencial para o ajuizamento da ação anulatória (invalidação da sentença arbitral), conforme art. 33, §1º, da Lei de Arbitragem.

Embargos arbitrais

O art. 18 da Lei de Arbitragem estabelece que a sentença arbitral será irrecurável. Contudo, é possível que as partes formulem, em até 5 dias (esse prazo pode ser diverso segundo a convenção das partes ou as regras aplicáveis), pedido semelhante aos embargos de declaração, típico na Justiça Pública, para correção de erro material e/ou para esclarecimentos, ante alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou para sanar sane alguma omissão sobre ponto a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

É exigido, porém, que a parte ao ingressar com os embargos arbitrais, faça comunicar, imediatamente, a outra parte a apresentação deste pedido (art. 30).

O Árbitro ou Tribunal Arbitral deverá decidir no prazo de 10 dias e, se for o caso, aditar a sentença arbitral, notificando novamente as partes sobre a sentença complementar.

Quando o embargos arbitrais apresentarem pretensão que implique a possibilidade de efeitos infringentes à sentença, como, por exemplo, apreciar uma omissão, e eventualmente acolher a tese sobre a qual não havia se pronunciado, o que implicaria

na necessidade de alterar o conteúdo da decisão anterior, então é indispensável que se abra formalmente a outra parte, a oportunidade de exercer o contraditório, e impugnar a pretensão aduzida, para só após, o árbitro ou Tribunal Arbitral venha, no prazo de dez dias, a proferir o aditamento à sentença arbitral.

Efeitos da sentença arbitral

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 judicial (art. 31, da Lei de Arbitragem).

Sentença parcial ou por etapas

A moderna interpretação da lei de arbitragem contempla a possibilidade de que a sentença seja parcial ou o julgamento fracionado por etapas, viabilizando e otimizando o tempo e os recursos que seriam necessários para uma decisão mais ampla, enquanto uma decisão parcial ou fracionada pode mostrar desnecessária a etapa seguinte, evitando custos e abreviando a solução válida do procedimento.

O Projeto de Lei n. 7.108/2014 que já foi aprovado pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, e aguarda deliberação no Senado sobre Emendas apresentadas pela Câmara, prevê a alteração da Lei de Arbitragem, entre outros pontos, para fazer expressamente incluir a possibilidade de sentenças parciais, porém, deste entendimento já comungavam os arbitralistas, mesmo sem a alteração legislativa proposta.

Cumprimento da sentença arbitral

O interesse comum por um procedimento célere, a escolha voluntária e consciente das partes pelo caminho da Arbitragem, cientes de que esse caminho levará a uma sentença irrecorrível, bem como, aliado ao fato de poderem escolher os especialistas que irão arbitrar o conflito, confiantes de que estes especialistas reúnem expertise suficiente para decidir com qualidade a disputa, levam a um cenário e ambiente onde a regra é o cumprimento espontâneo da decisão proferida pelo árbitro ou Tribunal Arbitral, sendo exceção os casos em que se faz necessário o cumprimento forçado da decisão.

Aliás, as empresas que celebram contratos contemplando a previsão da cláusula compromissória preocupam-se em certificar-se se a outra empresa tem histórico de submissão à arbitragem e cumprimento espontâneo das decisões, imprimindo mais segurança para aquela contratação.

Isso quer dizer, em outras palavras, que o cumprimento espontâneo de uma sentença arbitral, eventualmente desfavorável, serve para a empresa que a cumpre como um fomento a sua credibilidade, gesto claro ao mercado de que honra com suas obrigações e respeita as decisões arbitrais.

Em sentido inverso, aqueles que não cumprem espontaneamente as sentenças arbitrais podem sinalizar ao mercado uma imagem negativa, de descrédito, que não honram com suas obrigações contratuais e não se submetem espontaneamente às decisões do árbitro ou tribunal arbitral.

Tudo isso leva a um cenário, onde é fomentado o cumprimento espontâneo da sentença arbitral.

A sentença arbitral constitui título executivo judicial. Assim, não havendo cumprimento espontâneo no tempo estabelecido na própria sentença, a parte prejudicada poderá, na forma prevista na legislação processual civil, propor a ação de cumprimento de sentença arbitral.

No caso de sentença arbitral condenatória ao pagamento de quantia certa, onde não tenha havido o cumprimento espontâneo, o pedido de cumprimento de sentença arbitral deve ser apresentado ao juízo que seria competente para deliberar sobre a questão, caso não existisse a convenção de arbitragem.

Invalidação da sentença arbitral

A lei de arbitragem elenca hipóteses que autorizam a pretensão de invalidade da sentença arbitral, misturando defeitos e nulidades, tanto do procedimento de arbitragem ou da sentença arbitral, quanto por questões relativas à arbitrabilidade, à convenção de arbitragem, ao prazo da sentença ou até mesmo a violação dos princípios que orientam o procedimento de arbitragem.

Causas de invalidação da sentença arbitral

As hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem preveem que a sentença arbitral será nula, se:

- a) for nulo o compromisso. Ressalte-se que a doutrina entende que a invalidade não se limita ao compromisso arbitral, mas a toda a convenção de arbitragem, incluindo-se aí a cláusula compromissória e o termo de arbitragem.
- b) emanou de quem não podia ser árbitro; A falta das condições para atuar como árbitro, caso reconhecida, pode levar à invalidação da sentença arbitral. Independentemente

do julgamento de exceção de impedimento ou suspeição do árbitro, finda a arbitragem a parte poderá arguir o suposto impedimento ou suspeição novamente, agora em ação de invalidação da sentença arbitral.

c) não contiver os requisitos da sentença arbitral (conforme art. 26 da Lei de Arbitragem);

d) for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

e) não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

f) comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

g) proferida fora do prazo, desde que notificado árbitro.

h) forem desrespeitados os princípios previstos na Lei de Arbitragem, (art. 21, § 2º).

Prazo para a propositura da ação para invalidação da sentença arbitral

O prazo é de 90 (noventa) dias e tem natureza decadencial, portanto não se suspende, nem se interrompe.

Este prazo será contado a partir da notificação da sentença arbitral, e portanto, poderá ser diferente a contagem para cada uma das partes.

As matérias que poderiam ser suscitadas na ação para invalidade da sentença arbitral também poderão constar da impugnação à sentença arbitral condenatória quando em fase de cumprimento judicial.

Contudo, as matérias previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem que ensejariam a pretensão de Invalidação da Sentença Arbitral só podem ser arguidas na impugnação da sentença (antigo embargos

do devedor) dentro do prazo de 90 dias.

A sentença que julgar procedente o pedido de invalidação da sentença arbitral decretará a nulidade da sentença arbitral nos casos de reconhecer a nulidade ou anulação da convenção de arbitragem; ou de quem atuou como árbitro não poderia atuar como tal; ou reconhecer que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção, proferida fora do prazo, forem desrespeitados os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e liberdade de convencimento.

E se reconhecer que o defeito está no fato da sentença não ter observado os requisitos obrigatórios ou ter sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, ou ainda, não decidir todo o litígio submetido à Arbitragem, então determinará que o árbitro ou tribunal arbitral profira nova sentença, corrigindo a falha observada.

A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

JOÃO BOSCO LEE¹

Para que uma sentença arbitral estrangeira produza efeitos no território nacional, ela deve ser controlada pelo juiz estatal do Estado receptor da sentença. Este procedimento de controle ou de homologação² não visa, *a priori*, revisar o mérito da sentença, mas se limita em verificar se esta preenche certas condições postas pela ordem jurídica do Estado requerido, para que este a aceite.

No regime anterior à Lei de Arbitragem, a sentença arbitral estrangeira passava por um sistema de dupla homologação: primeiramente, pelo juiz do país no qual a sentença era proferida e, em seguida, pelo crivo do Supremo Tribunal Federal³. Este sistema foi alterado pela Lei de Arbitragem que adotou a sistemática da homologação simples da sentença arbitral estrangeira.

A Lei de Arbitragem incorporou as principais regras da Convenção de Nova York de 1958 (Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral Estrangeira), sendo uma das suas

¹ Sócio de Lee, Taube & Gabardo Sociedade de Advogado, Professor da Universidade Positivo, Mestre e Doutor em Direito Internacional pela Universidade Panthéon-Assas (Paris II), Membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, Ex-Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem, Diretor da Revista Brasileira de Arbitragem, Ex-Presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC), árbitro em procedimentos arbitrais nacionais e internacionais, autor de diversos artigos e livros.

² O direito brasileiro não faz distinção quanto ao reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira. No Brasil, toda demanda de reconhecimento e de execução de sentença estrangeira é denominada de demanda de homologação.

³ O duplo exequatur encontra suas raízes nas primeiras leis brasileiras relativas à execução das sentenças estrangeiras. Primeiramente, no Decreto 6982 de 1878 em seu artigo 13 ; após, na lei 221 de 1894 em seu artigo 12, § 4º e enfim, no artigo 14 da parte V do Decreto 3082 de 1898. Sobre o antigo regime jurídico aplicável ao reconhecimento e à execução das sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, v. K. Rosenn, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil", 28 Am. J. Comp. Law. 498 (1980); C.V. do Couto e Silva, "L'arbitrage en droit brésilien", Journées de la société de législation comparée, 1986, p. 569; P.B. Casella, "Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères au Brésil", Cah. jur. fisc. exp., 1987, p. 699; L.O. Baptista, "L'homologation des sentences arbitrales étrangères au Brésil", Cah. jur. fisc. exp., 1988, p. 2283; C. Cintra Mori, "L'exécution des sentences arbitrales", Cah. jur. fisc. exp., 1988, p. 2301

principais contribuições ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil, como a inversão do ônus da prova e os motivos de denegação de sentença arbitral estrangeira. O Brasil finalmente ratificou a Convenção de Nova York em julho de 2002⁴.

Destarte, o direito brasileiro estabelece regras modernas e adequadas para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras na linha do direito comparado.

A Definição de sentença arbitral estrangeira

A Lei 9.207/96, adotando o mesmo conceito que o art. 1.1 da Convenção de Nova York de 1958, consagra o critério geográfico para determinar se a sentença arbitral é estrangeira. O parágrafo único do artigo 34 da lei brasileira sobre a arbitragem de 1996 dispõe que:

“Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

Assim, uma sentença arbitral proferida no Brasil é considerada com nacional. Esta posição foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça no caso *Nuovo Pignone SpA v. Petromec Inc*⁵. Desta forma, o direito brasileiro não adota a noção de sentença arbitral não estrangeira consagrada pela Convenção de Nova York de 1958⁶.

⁴ Decreto nº 4.311, de 23.7.2002.

⁵ STJ, Recurso Especial n. 1.231.544/RJ, 24.11.2011.

⁶ Art. 1.1 da Convenção de Nova York de 1958 (segunda parte): “[...] A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução”.

Autoridade competente para homologar sentença arbitral estrangeira

A Lei de Arbitragem supriu uma lacuna do direito brasileiro ao estabelecer que o STF era a autoridade competente para conhecer a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 transferiu esta competência para o Superior Tribunal de Justiça. Esta transferência abriu a possibilidade de recurso extraordinário dos julgados do STJ ao STF. No caso Inepar SA Indústria e Construções c/ SV Engenharia SA⁷, o STF decidiu que seria contrário ao espírito da Emenda Constitucional nº 45/2004 e à finalidade do recurso extraordinário de transformá-lo em uma via de recurso geral das decisões do STJ em matéria de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

As condições para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras

A homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no nosso ordenamento jurídico é regida pela Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), pelo Regimento Interno do STJ e pela Convenção de Nova York de 1958.

Todavia, a aplicação destas normas deve obedecer a hierarquia estabelecida pela própria Lei de Arbitragem e os seus respectivos campos de aplicação material.

Precipuamente, o artigo 34 da Lei 9.307/96 determina que:

“A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com

⁷ STF, Recurso Extraordinário nº 715.400, 14.11.2013.

eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”.

Como a Convenção de Nova York de 1958 é um tratado internacional que tem como principal escopo regulamentar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, esta Convenção prevalece sobre o direito interno. Destarte, a homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser realizada pelos dispositivos da Convenção de Nova York de 1958, tendo a Lei de Arbitragem e o Regimento Interno do STJ vocação subsidiária⁸.

Desta forma, a Convenção de Nova York de 1958 regulamenta as condições formais para a homologação da sentença arbitral estrangeira e os motivos de denegação da homologação do laudo arbitral estrangeiro. Quanto aos aspectos procedimentais, estes são regidos pela Lei de Arbitragem e pelo Regimento Interno do STJ.

Outrossim, o regime de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil está assentado no princípio da vedação da revisão de mérito da decisão estrangeira pela jurisdição nacional.

Segundo Oscar Tenório, o direito brasileiro adota o sistema da delibação, consagrado no direito italiano. Neste sistema, *“não entra na apreciação do mérito da sentença; aprecia apenas se foram cumpridos determinados requisitos legais”*⁹, *“senão para a verificação dos requisitos formais e da ofensa à ordem pública,*

⁸ João Bosco Lee, “A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: a Convenção de Nova York de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem”, in Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, sob a coordenação de Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, São Paulo, Atlas, 2007, p. 184.

⁹ Oscar Tenório, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 448.

bons costumes e soberania nacional”¹⁰. O Brasil respeita assim “o pronunciamento judicial da soberania estrangeira e atendemos ao interesse do Estado onde a sentença será executada”¹¹.

Este mesmo princípio é o pilar da aplicação da Convenção de Nova York de 1958. Assim esclarece o *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), no seu guia de aplicação da Convenção de Nova York de 1958:

*“O tribunal estatal não detém o poder de substituir a decisão do tribunal arbitral a respeito do mérito pela sua própria decisão, ainda que os árbitros tenham cometido erro de fato ou de direito”*¹².

Contudo, o juiz de homologação pode realizar uma análise limitada do mérito em caso de violação à ordem pública. Esta análise não permite, todavia, ao juiz de homologação julgar novamente o mérito da questão.

A Lei de Arbitragem adota nos seus artigos 38 e 39 os motivos para denegação de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras previstos no artigo V da Convenção de Nova York de 1958. Existe assim um rompimento com a tradição dos países latino-americanos de aplicar as regras de processo civil à homologação de sentença arbitral estrangeira.

¹⁰ Nádya de Araújo, *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 295.

¹¹ Oscar Tenório, *idem*, p. 448. Nesse sentido, afirma Renata Alvares Gaspar: “Em função de sua natureza delibatória, o tribunal que julga os pedidos de homologação de decisões estrangeiras está limitado a um controle formal das mesmas, típico dos sistemas jurídicos ligados à tradição italiana. Assim se afirma porque, nos referidos sistemas, ao tribunal competente para a concessão ou denegação de importação de eficácia das decisões estrangeiras é defeso, em termos gerais, realizar qualquer valoração de fundo das decisões homologandas” (*Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 125).

¹² Guia do ICCA sobre a Interpretação da Convenção de Nova York de 1958: um Texto de Referência pra Juizes, *International Council for Commercial Arbitration*, www.arbitration-icca.org, 2012, p. 80.

Os motivos previstos no artigo 38 devem ser obrigatoriamente invocados pela parte demandada. Destarte, a homologação não é concedida se o requerido provar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

O artigo 39 da Lei de arbitragem prevê igualmente, como no artigo 5º, § 2º da Convenção de Nova York, a recusa de ofício da homologação da sentença arbitral estrangeira pela Corte Suprema, se o objeto do litígio for inarbitrável segundo o direito brasileiro ou se a sentença for contrária à ordem pública nacional. A adoção da expressão “ordem pública nacional” no lugar de “ordem pública internacional” resulta do fato de que o direito brasileiro desconhece a diferença entre ordem pública nacional e ordem pública internacional¹³.

¹³ Cf. I. Strenger, “Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais”, RT, vol. 606, p. 9, em especial p. 10

Com a incorporação dos dispositivos da Convenção de Nova York, colocou-se o país na rota da modernidade¹⁴, tendo a jurisprudência do STJ se posicionado favoravelmente à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

e "The application by the arbitrator of public policy rules to the substance of the dispute", in ICCA Congress Series n° 3, Comparative arbitration practice and public policy in arbitration, 1987, p. 353.

¹⁴ C.A. Carmona, Arbitragem e Processo. Um Comentário a Lei n° 9.307/96, 2ª. Edição, São Paulo, Atlas, 2004, p. 368.

ANEXOS

MANUAL DE ARBITRAGEM PARA ADVOGADOS

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.
(redação anterior à reforma)

Disposição sobre Arbitragem

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I
Disposições Gerais

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

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Capítulo II
Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

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

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito,

podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

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

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará,

previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

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

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

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

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

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

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

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

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

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

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

Capítulo III Dos Árbitros

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

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

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

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

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

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

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

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

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

Capítulo IV **Do Procedimento Arbitral**

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

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento

a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

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

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de

arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

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

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da

notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

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

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será

requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII **Disposições Finais**

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

“Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;”

“Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;”

“Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;”

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

“Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.”

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015.

Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1o Os arts. 1o, 2o, 4o, 13, 19, 23, 30, 32, 33, 35 e 39 da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1o

§ 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2o A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (NR)

“Art. 2o

§ 3o A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” (NR)

“Art. 4o

§ 2o (VETADO).

§ 3o (VETADO).

§ 4o (VETADO).” (NR)

“Art. 13.....

.....

§ 4o As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

.....” (NR)

“Art. 19.....

§ 1o Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

§ 2o A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.” (NR)

“Art. 23.....

§ 1o Os árbitros poderão proferir sentenças parciais.

§ 2o As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final.” (NR)

“Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

.....

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29.” (NR)

“Art. 32.....

I - for nula a convenção de arbitragem;

.....” (NR)

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

§ 1o A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2o A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

§ 3o A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial.

§ 4o A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.” (NR)

“Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.” (NR)

“Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

.....” (NR)

Art. 2o A Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 22-A e 22-B, compondo o Capítulo IV-A, e do seguinte art. 22-C, compondo o Capítulo IV-B:

“CAPÍTULO IV-A

DAS TUTELAS CAUTELARES E DE URGÊNCIA

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.”

“CAPÍTULO IV-B DA CARTA ARBITRAL

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.”

Art. 3o A Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 136-A na Subseção “Direito de Retirada” da Seção III do Capítulo XI:

“Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1o A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.

§ 2o O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de

liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.”

Art. 4o Revogam-se o § 4o do art. 22, o art. 25 e o inciso V do art. 32 da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Art. 5o Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 26 de maio de 2015; 194o da Independência e 127o da República.

MICHEL TEMER

José Eduardo Cardozo

Manoel Dias

Luís Inácio Lucena Adams

QUADRO COMPARATIVO ENTRE A LEI DE ARBITRAGEM ANTES E APÓS REFORMA

Legislação Original	Lei 13.13.129 de 15 de 26 de maio de 2015
	Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.
	O CONGRESSO NACIONAL decreta:
Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996	Art. 1º Os arts. 1º, 2º, 4º, 13, 19, 23, 30, 32, 33, 35 e 39 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:
Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.	“Art. 1º
	§ 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados(...), desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento.
	§ 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (NR)
Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.	“Art. 2º
..... § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.
	§ 3º As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.” (NR)

Legislação Original	Lei 13.13.129 de 15 de 26 de maio de 2015
<p>Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.</p>	<p>“Art. 13.</p>
<p>§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.</p> <p>§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.</p> <p>§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.</p>	<p>.....</p>
<p>§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.</p>	<p>§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição. Nos casos de impasse e arbitragem multiparte deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.” (NR)</p>
<p>§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.</p> <p>§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.</p> <p>§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.</p>	

Legislação Original	Lei 13.13.129 de 15 de 26 de maio de 2015
Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.	“Art. 19.
Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.	§ 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.
	§ 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de instauração da arbitragem, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.” (NR)
Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.	“Art. 23.
	§ 1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais.
Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.	§ 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado para proferir a sentença final.” (NR)
Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:	“Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:
Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.	Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias ou em prazo acordado com as partes, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.” (NR)
Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso;	“Art. 32.
	I - for nula a convenção de arbitragem;” (NR)

Legislação Original	Lei 13.13.129 de 15 de 26 de maio de 2015
<p>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.</p>	<p>“Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.</p>
<p>§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.</p>	<p>§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.</p>
<p>§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:</p> <p>I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;</p> <p>II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.</p>	<p>§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou tribunal profira nova sentença arbitral.</p>
<p>§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.</p>	<p>§ 3º A declaração da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.” (NR)</p>
	<p>§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.</p>
<p>Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.</p>	<p>“Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.” (NR)</p>
<p>Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:</p> <p>.....</p>	<p>“Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:</p> <p>.....” (NR)</p>

Legislação Original	Lei 13.13.129 de 15 de 26 de maio de 2015
	Art. 2º A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 22-A e 22-B, compondo um Capítulo IV-A, do seguinte art. 22-C, compondo um Capítulo IV-B, e dos seguintes arts. 40-A e 40-B, em suas Disposições Finais:
	“Capítulo IV-A Das Tutelas Cautelares e de Urgência
	Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medidas cautelares ou de urgência.
	Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta (30) dias, contados da data da efetivação da respectiva decisão.
	Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.
	Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, as medidas cautelares ou de urgência serão requeridas diretamente aos árbitros.”
	“Capítulo IV-B Da Carta Arbitral
	Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral, para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.
	Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.”
	Art. 3º A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 136-A na Subseção “Direito de Retirada” da Seção III de seu Capítulo XI:
	“ Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas da companhia, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações (art. 45).
	§ 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da ata da Assembleia Geral que a aprovou.

DECRETO Nº 4.311, DE 23 DE JULHO DE 2002

Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, por meio do Decreto Legislativo no 52, de 25 de abril de 2002;

Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional em 7 de junho de 1959, nos termos de seu artigo 12;

DECRETA:

Art. 1o A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2o São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3o Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de julho de 2002; 181o da Independência e 114o da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Celso Lafer

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.7.2002

CONVENÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS FEITA EM NOVA YORK, EM 10 DE JUNHO DE 1958.

Artigo I

1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

2. Entender-se-á por “sentenças arbitrais” não só as sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam.

3. Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração.

Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir

entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Artigo III

Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

Artigo IV

1. A fim de obter o reconhecimento e a execução mencionados no artigo precedente, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução fornecerá, quando da solicitação:

a) a sentença original devidamente autenticada ou uma cópia da mesma devidamente certificada;

b) o acordo original a que se refere o Artigo II ou uma cópia do mesmo devidamente autenticada.

2. Caso tal sentença ou tal acordo não for feito em um idioma oficial do país no qual a sentença é invocada, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução da sentença produzirá uma tradução desses documentos para tal idioma. A tradução será certificada por um tradutor oficial ou juramentado ou por um agente diplomático ou consular.

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do

país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Artigo VI

Caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no Artigo V, 1. (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto a execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.

Artigo VII

1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.

2. O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças

Arbitrais Estrangeiras de 1927 deixarão de ter efeito entre os Estados signatários quando, e na medida em que, eles se tornem obrigados pela presente Convenção.

Artigo VIII

1. A presente Convenção estará aberta, até 31 de dezembro de 1958, à assinatura de qualquer Membro das Nações Unidas e também de qualquer outro Estado que seja ou que doravante se torne membro de qualquer órgão especializado das Nações Unidas, ou que seja ou que doravante se torne parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou qualquer outro Estado convidado pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

2. A presente Convenção deverá ser ratificada e o instrumento de ratificação será depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo IX

1. A presente Convenção estará aberta para adesão a todos os Estados mencionados no Artigo VIII.

2. A adesão será efetuada mediante o depósito de instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo X

1. Qualquer Estado poderá, quando da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que a presente Convenção se estenderá a todos ou a qualquer dos territórios por cujas relações internacionais ele é responsável. Tal declaração passará a ter efeito quando a Convenção entrar em vigor para tal Estado.

2. A qualquer tempo a partir dessa data, qualquer extensão será feita mediante notificação dirigida ao Secretário-Geral das

Nações Unidas e terá efeito a partir do nonagésimo dia a contar do recebimento pelo Secretário-Geral das Nações Unidas de tal notificação, ou a partir da data de entrada em vigor da Convenção para tal Estado, considerada sempre a última data.

3. Com respeito àqueles territórios aos quais a presente Convenção não for estendida quando da assinatura, ratificação ou adesão, cada Estado interessado examinará a possibilidade de tomar as medidas necessárias a fim de estender a aplicação da presente Convenção a tais territórios, respeitando-se a necessidade, quando assim exigido por razões constitucionais, do consentimento dos Governos de tais territórios.

Artigo XI

No caso de um Estado federativo ou não unitário, aplicar-se-ão as seguintes disposições:

a) com relação aos artigos da presente Convenção que se enquadrem na jurisdição legislativa da autoridade federal, as obrigações do Governo federal serão as mesmas que aquelas dos Estados signatários que não são Estados federativos;

b) com relação àqueles artigos da presente Convenção que se enquadrem na jurisdição legislativa dos estados e das províncias constituintes que, em virtude do sistema constitucional da confederação, não são obrigados a adotar medidas legislativas, o Governo federal, o mais cedo possível, levará tais artigos, com recomendação favorável, ao conhecimento das autoridades competentes dos estados e das províncias constituintes;

c) um Estado federativo Parte da presente Convenção fornecerá, atendendo a pedido de qualquer outro Estado signatário que lhe tenha sido transmitido por meio do Secretário-Geral das Nações Unidas, uma declaração da lei e da prática na confederação e em suas unidades constituintes com relação a qualquer disposição em particular da presente Convenção, indicando até que ponto se tornou efetiva aquela disposição mediante ação legislativa ou outra.

Artigo XII

1. A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após a data de depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão.
2. Para cada Estado que ratificar ou aderir à presente Convenção após o depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão, a presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após o depósito por tal Estado de seu instrumento de ratificação ou adesão.

Artigo XIII

1. Qualquer Estado signatário poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação por escrito dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia terá efeito um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.
2. Qualquer Estado que tenha feito uma declaração ou notificação nos termos do Artigo X poderá, a qualquer tempo a partir dessa data, mediante notificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas, declarar que a presente Convenção deixará de aplicar-se ao território em questão um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.
3. A presente Convenção continuará sendo aplicável a sentenças arbitrais com relação às quais tenham sido instituídos processos de reconhecimento ou de execução antes de a denúncia surtir efeito.

Artigo XIV

Um Estado signatário não poderá valer-se da presente Convenção contra outros Estados signatários, salvo na medida em que ele mesmo esteja obrigado a aplicar a Convenção.

Artigo XV

O Secretário-Geral das Nações Unidas notificará os Estados previstos no Artigo VIII acerca de:

- a) assinaturas e ratificações em conformidade com o Artigo VIII;
- b) adesões em conformidade com o Artigo IX;
- c) declarações e notificações nos termos dos Artigos I, X e XI;
- d) data em que a presente Convenção entrar em vigor em conformidade com o Artigo XII;
- e) denúncias e notificações em conformidade com o Artigo XIII.

Artigo XVI

1. A presente Convenção, da qual os textos em chinês, inglês, francês, russo e espanhol são igualmente autênticos, será depositada nos arquivos das Nações Unidas.
2. O Secretário-Geral das Nações Unidas transmitirá uma cópia autenticada da presente Convenção aos Estados contemplados no Artigo VIII.

