Arbitragem
Aspectos fundamentais

Sérgio Mourão Corrêa Lima

gen | EDITORA FORENSE

A palavra *internacional* sempre me atraiu. Pessoas, lugares, culturas e línguas diferentes despertaram e despertam minha atenção. Durante minha infância, divertia-me indo ao aeroporto para ver os aviões chegando e partindo; gostaria de estar dentro de todos eles.

Pretendia seguir carreira diplomática, cujos requisitos à época eram outras duas línguas e a graduação em Direito ou Economia. Estudei o Inglês, o Francês e o Espanhol, além de optar pelo Direito.

Durante o curso, percebi que praticar a Justiça seria ainda mais relevante do que exercer a Diplomacia. Então, mudei a rota. Após a graduação, dediquei-me à advocacia comercial internacional, à pós-graduação em comércio exterior e à docência do Direito Internacional na Faculdade Milton Campos.

A época era de globalização e regionalismo. Tratados celebrados no âmbito da Organização Mundial do Comércio e dos blocos regionais, como a União Européia e o Mercosul, intensificaram as operações internacionais.

ARBITRAGEM

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL

SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA

Professor de Direito Comercial da Universidade Federal de Minas Gerais.
Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito Milton Campos.
Doutor em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Pós-Graduado em Comércio Exterior. Indicado pelo Governo Brasileiro
como Expert para o Mecanismo de Solução de Controvérsias do Mercosul.
Árbitro do CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem.
Árbitro da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil.

ARBITRAGEM
ASPECTOS FUNDAMENTAIS

gen | EDITORA FORENSE

Rio de Janeiro

1ª edição – 2008

© *Copyright*
Sérgio Mourão Corrêa Lima

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

L71a

Lima, Sérgio Mourão Corrêa, 1971–
Arbitragem: aspectos fundamentais / Sérgio Mourão Corrêa Lima – 1. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2008.
124p.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-2054-8

1. Arbitragem e sentença. 2. Arbitragem comercial. 3. Arbitragem internacional. I. Título.

08-0723 CDU 347.918

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Endereço na Internet: http://www.forense.com.br – *e-mail*: forense@forense.com.br
Av. Erasmo Braga, 299 – 1º e 2º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3380-6650 – Fax: (0XX21) 3380-6667

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Agradeço
a Deus, por me nortear ao longo de todo o caminho;
à população brasileira, por proporcionar estudos gratuitos em universidades pública de excelência – UFMG;
ao Professor Aroldo Plínio Gonçalves, pela orientação sólida e eficiente;
aos Professores Albertino Daniel de Melo, Elza Maria Miranda Afonso, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Neves de Carvalho, Theophilo de Azeredo Santos e Werter Faria, pelas precisas considerações apresentadas acerca do trabalho.

ÍNDICE

Apresentação XI
Prefácio XIII

1 . Arbitragem: Instituto Jurisdicional Autônomo e com Características Próprias 1
1.1. Breve Retrospectiva Histórica 1
1.1.1. Conseqüências do desmantelamento do Império Romano 1
1.1.2. Conseqüências da realização das feiras 2
1.2. Arbitragem: Instituto Autônomo 3
1.2.1. Métodos negociais 4
1.2.1.1. Entendimento direto ou autocomposição 4
1.2.1.2. Mediação 5
1.2.1.3. Conciliação como resultado do entendimento direto ou da mediação 6
1.2.2. Métodos jurisdicionais 8
1.2.2.1. Princípio do contraditório 9
1.2.2.2. Solução judiciária – jurisdição estatal 9
1.2.2.3. Arbitragem – jurisdição contratual 11
1.3. Arbitragem: Instituto com Características Próprias 12
1.3.1. Manifestação da vontade das partes 13
1.3.2. Modalidade: arbitragem institucional x arbitragem *ad hoc* 13
1.3.3. Direito material – artigo 2° 15
1.3.4. Árbitros 16
1.3.5. Direito processual 17
1.3.6. Direito material 19
1.3.7. Vantagens da arbitragem 20
1.3.7.1. Eficiência e conveniência 21
1.3.7.2. Custo e celeridade 22
2. A Arbitragem em Casos Envolvendo Partes Distintas 25
2.1. Breve Retrospectiva Histórica 25
2.1.1. O contexto econômico e o GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio 26
2.1.2. A Constituição das Organizações Internacionais 27
2.2. A Utilização da Arbitragem em Casos de Conflitos Distintos quanto às Partes Envolvidas 28
2.3. Acordos no Mercosul sobre Arbitragem 29

3. O Tratamento da Arbitragem entre Particulares no Brasil 31
3.1. O Estado 31
3.2. Delegação do Exercício da Função Jurisdicional 34
3.3. Autorização para a Delegação por meio de Lei ou de Tratado Internacional 37
3.4. Controle da Atividade Arbitral 39
4. Alterações Promovidas pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 43
4.1. Breve Retrospectiva Histórica 43
4.2. A Sistemática Anterior 43
4.2.1. Necessidade de homologação pelo Poder Judiciário 44
4.2.2. Laudos arbitrais proferidos no exterior 44
4.3. A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Nova Lei de Arbitragem) 45
4.3.1. Primeira alteração importante: título executivo jurisdicional 45
4.3.2. Segunda alteração importante: abolição da dupla homologação 47
5. A Convenção de Arbitragem entre Particulares na Lei e Jurisprudência Brasileiras 49
5.1. Conceituação Legal 49
5.2. A Sistemática Anterior 49
5.3. Terceira Alteração Importante: Compromisso Arbitral Necessário (?) e Facultativo 50
5.4. A Significativa Contribuição Jurisprudencial 52
6. A Convenção de Arbitragem entre Particulares na Doutrina Brasileira Atual 59
6.1. Compromisso Arbitral Necessário 59
6.2. Compromisso Arbitral Desnecessário 61
7. Análise Preliminar: do Fato ao Contrato 65
7.1 Fatos Jurídicos 65
7.2. Atos Jurídicos 65
7.3. Negócios Jurídicos 66
7.4. Contratos 66
8. A Cláusula Arbitral enquanto Contrato 69
9. A Cláusula Arbitral: Existência, Validade e Eficácia 73
9.1. Existência Autônoma 73
9.2. Validade 74
9.2.1. Capacidade das partes 74
9.2.2. Objeto lícito 74
9.2.3. Forma prescrita em lei 75
9.3. Eficácia 75
9.4. Conseqüência da Existência, da Validade e da Eficácia 76
10. Cláusula Arbitral enquanto Norma Processual 79
10.1. Procedimento e Processo 79
10.2. Pressuposto de Constituição e Desenvolvimento Válido e Regular do Processo 79
10.3. Ato de Caráter Material x Ato de Caráter Processual 81
10.4. Cláusula Arbitral Cheia x Cláusula Arbitral Vazia 82
10.4.1. Arbitragem institucional 82
10.4.2. Arbitragem *ad hoc* *83*
11. O Compromisso Arbitral 85

11.1. Caráter Regulamentar x Autonomia 86
11.1.1. Inocorrência de cláusula arbitral 86
11.1.2. Preexistência de cláusula arbitral cheia 86
11.1.3. Preexistência de cláusula arbitral vazia 87
12. O Compromisso Arbitral enquanto Contrato 89
13. A Convenção de Arbitragem na Legislação Estrangeira 91
14. Análise da Constitucionalidade do Artigo 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 101
14.1. O Entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence 102
14.2. A Constitucionalidade do artigo 7º da nº Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 103
Conclusões 105

Bibliografia 109

APRESENTAÇÃO

O dicionário da língua portuguesa nos apresenta o termo "procedimento":

> "Procedimento, s. m. Ato ou efeito de proceder; comportamento;"[1]

Este simples "ato de proceder" pode ganhar uma "maneira de operar" ou, até mesmo, "técnica; método". Neste caso, merece ser chamado "processo":

> "Processo, s. m. Ato de proceder ou de andar; seguimento; maneira de operar, resolver ou ensinar; técnica; método;"[2]

Poderia parecer que todos estes rumores em torno do termo "processo" são coisas do Brasil. Não que as nossas coisas sejam inferiores às demais, mas o "processo" pertence ao Mundo:

> "**PROCESSO**
>
> (...)
> Alemão: *rechtsstreit*. Espanhol: *proceso*. Francês: *procès*. Inglês: *process*. Italiano: *processo*."[3]

Também não se diga que o termo "processo" pertence àqueles que se dedicam à ciência do Direito. James Redfield ajuda-nos a perceber que o "processo" é mais amplo. Tem a ver com a vida:

> "Quanto mais beleza vemos, mais evoluímos. Quanto mais evoluímos, mais alto vibramos. A Nona Visão nos revela que, em última análise, nossa percepção e vibração aumentadas nos abrirão um céu que já está diante de nós. Apenas não podemos vê-lo."

---

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967, p. 982.

2 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967, p. 982.

3 GARCIA, Hamílcar de; ROSA, Ubiratan. *Grande Dicionário Enciclopédico Novo Brasil*. São Paulo, Novo Brasil, 1980, p. 789.

"Sempre que duvidamos de nosso próprio caminho, ou perdemos a visão do processo, temos de nos lembrar para onde estamos evoluindo, o que significa todo o processo de viver."[4]

O "processo", todo ele, sem distinções geográficas ou científicas, precisa ser conhecido, entendido e interpretado. E "raciocinar é a única forma de adquirir conhecimento. Só com o conhecimento da realidade social em que vivemos podemos atuar de forma consciente e construtiva lutando por um mundo melhor."[5]

A nós, profissionais do Direito, cabe raciocinar:

- primeiro, quanto aos "processos" de nossas próprias vidas, enquanto pessoas humanas que somos; e
- posteriormente, quanto ao "processo" no mundo do Direito, em função de vivermos em sociedade.

Isto porque "a penosa caminhada de uma sociedade, que ainda não resolveu problemas de ordem vital para a maioria de seus membros, desperta, nos estudiosos mais conscientes da dignidade reconhecida a cada ser humano pelo Direito, a indignação por sabê-lo existente e por vê-lo, não obstante, negado".[6]

Assim, esta obra não poderia ter outro propósito que não o de contribuir para a efetividade do Direito e da Justiça em situações que a cada dia se tornam mais presentes em nossas vidas.

Refiro-me aos processos arbitrais, que não são impostos às partes, mas resultam de expressa manifestação de suas vontades, através da convenção de arbitragem.

Nesta, o processo arbitral encontra definição de objeto, limites e forma. Portanto, de sua existência, validade e eficácia decorrem a existência, a validade e a eficácia da própria arbitragem.

Se este trabalho, de alguma forma, contribuir para afastar, em relação à convenção de arbitragem, "a indignação por sabê-lo[a] existente e por vê-lo[a], não obstante, negado[a]",[7] já terá atendido ao seu fim.

Dentro deste objetivo maior, não podemos prescindir de duas ferramentas indispensáveis:

- uma sucinta retrospectiva histórica e
- a partir dela, o exercício do "achar, pensar, concluir".

---

4 REDFIELD, James. *A Profecia Celestina*. Rio de Janeiro, Objetiva, 1993, p. 285.

5 AQUINO, Rubim Santos Leão de, LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos, FRANCO, Denize de Azevedo, REZENDE, Clymene Vieira de. *História das Sociedades*. Rio de Janeiro, Ao Livro Técnico, 1992, p. 4.

6 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 11.

7 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 11.

PREFÁCIO

Dr. Sérgio Mourão Corrêa Lima possui o que Camões chamava de *"saber de experiências feito"*.

Ao escrever sobre arbitragem, em seus aspectos fundamentais, demonstrou, mais uma vez, sua vocação de comercialista, pois consegue oferecer ao leitor criteriosa análise dos temas mais importantes, analisando-as com acuidade jurídica e a decisão de facilitar o melhor entendimento, em linguagem didática e concisa.

Tive a ventura de participar da sua Banca Examinadora na Faculdade de Direito da UFMG, quando defendeu, com brilho, tese de doutorado sobre "Cláusula Compromissória", merecendo justos elogios de todos os argüidores.

Admirado pelos seus alunos e advogado com brilhantes vitórias na área do Direito Empresarial, é um incansável pesquisador do Direito, não se omitindo em criticar, com engenho e arte, observações de juristas de prestígio.

No momento em que o acesso à justiça está dificultado pelo excesso de processos, em face do alargamento dos direitos dos cidadãos, em boa hora consagrados pela Constituição Federal de 1988, pela decorrência da ampla aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, gerando reclamações freqüentes, não atendidas pelos juizados especiais, avulta o prestígio da arbitragem.

Fatos novos ampliaram a opção pela via extrajudicial: a abertura da economia brasileira, que recebe investimentos diretos em todos os setores – comércio, indústria, agricultura, serviços –, além do crescimento das *"Joint Ventures"*, dos *"Projects Finance"*, a ampliação do mercado de seguros, com a possibilidade do futuro desenvolvimento dá resseguro, da utilização da arbitragem nas questões relativas a erro médico, aos esportes, e ainda a sua aplicação nos contratos administrativos, não havendo mais dúvida legítima quanto à sua adoção nos casos de direitos disponíveis nos contratos marítimos e das sociedades aéreas.

O excepcional crescimento do comércio exterior brasileiro deixou à mostra a importância da arbitragem, com destaque especial para a controvérsia da Petrobras Venezuela e a possível futura discussão sobre o contrato relativo a Itaipu, objeto de recentes manifestações políticas no Paraguai. É evidente que o PAC, especialmente nas obras com

recursos externos, identificará a necessidade de decisão rápida sobre as interpretações de dúvidas contratuais.

Causou surpresa no mundo jurídico o fato de o Brasil ser no momento o 4º país em arbitragens na Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI Paris.

Observamos, especialmente no Rio de Janeiro, em São Paulo e em Minas Gerais a escolha de meio extrajudicial para discordâncias em conflitos atinentes à propriedade intelectual, livre concorrência, das *"Venture Capital"*, objeto de recente Seminário organizado em São Paulo, com a participação do nosso Ministério das Relações Exteriores.

Na verdade, a maior responsabilidade pelo atraso da prestação jurisdicional cabe ao Estado, pois ainda quando suas ações são indeferidas por unanimidade, continua, por vários anos, a utilizar todas as modalidades de recursos, com prejuízo para o país, com elevados custos suportados pela União, pelos Estados e pelos Municípios, que encontrarão na arbitragem – quase sempre – o melhor caminho.

Os ensinamentos aqui expostos facilitarão aos advogados, magistrados, empresários e universitários o melhor conhecimento da arbitragem, pois ela – como vimos – alcança, cada vez mais, novas modalidades de conflitos.

Este livro é relevante contribuição para derrubar noções errôneas sobre esse instituto, que será, inexiste dúvida, importante apoio ao melhor acesso à justiça, respeitado o princípio constitucional conhecido, mas mal exercido.

De parabéns está a Editora Forense por esta publicação de elevada qualidade jurídica, que certamente terá, em breve, novas edições.

Rio de Janeiro, abril de 2008

Theophilo de Azeredo Santos
Professor no Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá,
Doutor pela Faculdade de Direito da UFMG, UERJ e "Faculté de Droit de l'Université de Paris", Presidente do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem e da Câmara de Comércio Internacional – Comitê Brasileiro

SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA

1

Arbitragem: Instituto Jurisdicional Autônomo e com Características Próprias

1.1. Breve Retrospectiva Histórica

Conforme leciona Enio Neves Labatut, em um passado remoto, o uso da força era fator preponderante no relacionamento humano. Num estágio mais avançado, os desejos do homem começam a ganhar limite nas pretensões dos outros.[1]

Surgem as trocas, manifestações primeiras de comércio, menos marcadas pela imposição, mas ainda não livres o bastante para se falar em autonomia da vontade.

Na Antiguidade, o comércio apresenta-se inexpressivo em relação aos montantes atuais. Entretanto, na Idade Média, esse quadro começa a ser modificado em função dos seguintes fatores históricos:

- desmantelamento do Império Romano e
- realização de feiras, dando origem a centros comerciais.

1.1.1. Conseqüências do desmantelamento do Império Romano

Após o desmantelamento do Império Romano, constatam-se o fracionamento do território e o surgimento de diversas cidades verdadeiramente

---

1 "Desde os tempos mais antigos, o egoísmo tem orientado os primeiros desejos do homem para a posse, despertando nele um propósito de tomar ao próximo, se preciso pela força, o que quer. Em estágio mais civilizado o homem substitui a força pelo ardil da troca, para obter de outrem aquilo que deseja, delineando-se, assim, a forma mais primária de comércio." LABATUT, Enio Neves. *Teoria e Prática do Comércio Exterior*. São Paulo, Aduaneiras, 1979, p. 138.

soberanas, reunindo aqueles que a Teoria Geral do Estado chama de os três elementos fundamentais:

- o território,
- a população e
- o poder.

Hans Kelsen ensina que o "poder (...) exercido por um governo sobre população residente dentro do território do Estado"[2] implica a soberania. Portanto, "não há razão para o tratamento autônomo do poder, especialmente para considerá-lo desligado da soberania (...)".[3]

Aplicando esses conceitos ao contexto histórico, conclui-se que as cidades que exerciam o "chamado poder do Estado (...) por um governo sobre população residente dentro do território" eram verdadeiros Estados soberanos, inclusive cunhando a sua própria moeda.[4]

1.1.2. Conseqüências da realização das feiras

Nesse contexto, "criou-se o costume de os comerciantes de várias regiões, muitas vezes bem distantes, se reunirem em dias certos em determinadas cidades, para fazerem as trocas dos seus produtos",[5] trazendo distintas moedas. Trata-se, portanto, de inquestionável manifestação de comércio internacional, cada vez mais intenso.

Essa revolução mercantil traz significativas alterações à conjuntura socioeconômica. Opera-se, por exemplo, a transposição do eixo de interesses do campo para as cidades, a institucionalização de mercados regularmente operantes e o surgimento e desenvolvimento das corporações de ofício.

Se, de um lado, o comércio comportava profundas modificações, de outro verificava-se que o Direito comum não se prestava a regulá-las.[6] É que o Direito romano positivo, conhecido à época, somente consagrava o *ius civile*, rejeitado pelos comerciantes quanto às operações comerciais internas.

---

2 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 389.

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, p. 98.

4 "A época das cruzadas provocou a eliminação do centro do comércio mundial da época, que era a Itália, devido ao freqüente contacto direto estabelecido entre o Oriente e o Ocidente por diferentes povos.
As repúblicas municipais italianas dividiram a Itália, e surgiram cidades altamente desenvolvidas na indústria e no comércio. (...)" LABATUT, Enio Neves. *Teoria e Prática do Comércio Exterior*. São Paulo, Aduaneiras, 1979, p. 142.

5 MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 10.

6 Conforme SOHM, Rudolf. *Intituciones de Derecho Privado Romano*, p. 54.

Nasce o *ius mercatorum*, Direito eminentemente costumeiro, resultante das práticas dos comerciantes. Porque produzido em fonte diversa do órgão legislativo integrante do poder público, apresenta caráter internacional.

Esse corpo de regras autônomas e com características próprias, de origem costumeira, estava muito mais próximo dos comerciantes e das corporações de ofício que dos órgãos judiciários do poder público. Ninguém conhecia tanto as práticas comerciais quanto os próprios comerciantes.

Além disso, em função de seu caráter internacional, a aplicação do *ius mercatorum* aos casos concretos não poderia estar sujeita às peculiaridades locais.

Conseqüentemente, a solução das controvérsias vivenciadas pelos comerciantes e pelas corporações de ofício não prescindia de um método alternativo, no qual os comerciantes em conflito, em atenção à autonomia de suas vontades, teriam a opção de estabelecer, pelo menos:

- quais as regras processuais aplicáveis;
- quais as regras materiais aplicáveis;
- quem aplicaria as regras materiais escolhidas, com observância das regras processuais estabelecidas, e
- onde se implementaria a solução de controvérsias.

Nesse contexto, a arbitragem aparece como instituto jurisdicional de solução de controvérsias, autônomo e com características próprias.

É autônomo porque não se confunde com os demais métodos de solução de controvérsias. O caráter jurisdicional provém da obrigatoriedade da decisão resultante do processo arbitral. Apresenta características próprias em função da natureza negocial de sua instalação e desenvolvimento.

1.2. Arbitragem: Instituto Autônomo

Pode-se classificar os métodos de solução de controvérsias em negociais e jurisdicionais. Dentre os métodos negociais, destacam-se:

- o entendimento direto ou autocomposição e
- a mediação.

Como métodos jurisdicionais, temos:

- a arbitragem e
- a solução judiciária.

É de se notar que "os meios [negociais de solução de controvérsias] (...) distinguem-se dos meios jurisdicionais".[7]

---

7 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 343.

No caso dos métodos negociais, o propósito é a composição das "partes ainda que com o eventual sacrifício (...) da norma jurídica aplicável".[8]

Diversamente, nos métodos jurisdicionais, "ao juiz e ao árbitro incumbe aplicar ao caso concreto a norma jurídica pertinente: mesmo quando inexistente, incompleta ou insatisfatória a norma, eles irão supri-la mediante métodos integrativos de raciocínio jurídico, a analogia e a eqüidade".[9]

1.2.1. Métodos negociais

1.2.1.1. Entendimento direto ou autocomposição

parte ←——————→ parte

"Autocomposição é forma não jurisdicional de solução de disputas, em que as partes, por si mesmas, põem fim a suas pendências. (...) As próprias partes, por meio de discussões e debates, buscam seus direitos, chegando a bom termo."[10]

Assim, "o desacordo (...) resolve-se mediante negociação entre os contendores, sem que terceiros intervenham a qualquer título. (...) Ter-se-á chegado a bom termo quando as partes mutuamente transijam em suas pretensões, ou quando uma delas acabe por reconhecer a validade das razões da outra".[11]

"Há várias maneiras de compor litígios dentro dessa perspectiva. A transação (...), a submissão e a renúncia são as principais formas de autocomposição."[12]

"A transação ocorre, enquanto autocomposição, quando as partes, por meio de concessões recíprocas, põem fim à disputa".[13] Nesta hipótese cada uma das partes cede um pouco como forma de viabilizar o acordo.

"A Submissão é outra forma de composição de conflitos, em que uma das partes, simplesmente, se submete à vontade da outra."[14] Neste caso, os termos do acordo correspondem à vontade de uma das partes.

---

8 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 344.

9 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 343.

10 FIUZA, Cézar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 45.

11 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 344.

12 FIUZA, Cézar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 45.

13 FIUZA, Cézar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 46.

14 FIUZA, Cézar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 48.

"Ocorre renúncia quando o credor abre mão de seu direito, extinguindo-se, pois, a relação jurídica que o vinculava ao devedor."[15] Conseqüentemente, as disputas deixam de existir.

Sob as formas de transação, submissão ou renúncia, "o entendimento direto responde, no dia-a-dia, pela solução de elevado número de conflitos (...). Talvez não se perceba essa realidade em razão de (...) que [tais conflitos] não produzem maior tensão nem ganham notoriedade".[16]

1.2.1.2. Mediação

"Cuida-se, aqui também, de um entendimento (...) entre os contendores, entretanto facilitado pela ação amistosa de um terceiro",[17] o mediador.

Essa ação pode oscilar desde a absoluta abstenção de opiniões até a emissão de pareceres.

Na primeira hipótese, o mediador "sequer toma conhecimento das razões de uma e outra das partes: limita-se a aproximá-las, a proporcionar-lhes, muitas vezes, um campo neutro de negociação, por haver-se convencido de que a desconfiança ou o ressentimento reinantes impedirão o diálogo espontâneo entre os (...) contendores".[18]

Entretanto, existem casos em que "ele toma conhecimento do desacordo e das razões de cada um dos contendores, para finalmente propor-lhes uma solução".[19] Diferentemente da primeira hipótese, aqui "o desempenho do mediador não difere daquele do árbitro ou do juiz. A radical diferença está em que o parecer – ou a proposta – do mediador não obriga as partes. Daí resulta que essa via só terá êxito se os contendores, ambos, entenderem satisfatória a proposta e decidirem agir na sua conformidade".[20]

---

15 FIUZA, Cézar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 49.

16 Lições referentes aos métodos de soluções de conflitos regidos pelo *Direito Internacional Público*, mas aplicáveis às controvérsias entre particulares. REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 344.

17 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 345.

18 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 345.

19 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 347.

20 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 347.

Constata-se, portanto, que em uma e outra hipóteses de mediação o que ocorre é o "ato ou efeito de mediar" previsto nos próprios dicionários da língua portuguesa:

> "Mediação. s.f. Ato ou efeito de mediar; (...) (jur.) intervenção destinada a produzir um acordo."[21]

Assim, o mediador "se reúne com as partes – que podem ser duas ou mais – e as ajuda para que possam manifestar sua particular situação e o problema que os afeta. O mediador facilita as coisas para que os que assistem a audiência possam falar francamente de seus interesses, deixando de lado suas posições adversas. Mediante as perguntas apropriadas e as técnicas adequadas, se pode levar as partes até os pontos de coincidência".[22]

Fica evidente, portanto, que a forma de condução da mediação é determinante para o seu sucesso. E, neste ponto, os conhecimentos de Psicologia e de Psicanálise parecem bem mais úteis que as noções de Direito.

1.2.1.3. Conciliação como resultado do entendimento direto ou da mediação

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira leciona que a "mediação (...) leva à conciliação".[23]

Entretanto, também o entendimento direto bem-sucedido implica conciliação entre as partes.

"OSVALDO ALFREDO GONZAÍNI (...) [leciona]: 'A conciliação é uma das formas mais antigas para resolver disputas humanas. De conciliação se pode falar em dois sentidos: o proveniente do acordo de vontades

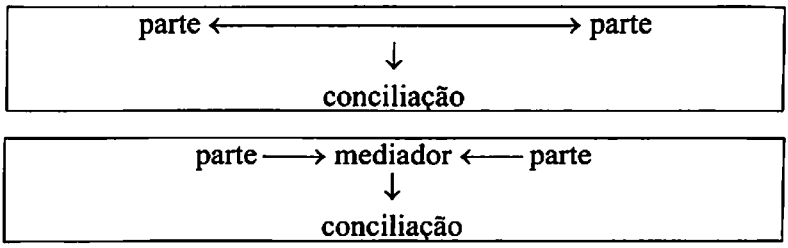
---

21 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967, p. 790.

22 "O mesmo jurista, GONZAÍNI: (...) 'Se instala anterior al procedimiento judicial, y fuera de él crece y promete mejores variables que las fórmulas comunes de resolver un pleito. Enseña SHARON PRESS que la mediación es un proceso en el cual una tercera persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne com las partes – que pueden ser dos o más – y las ayuda para que puedan manifestar su particular situación y el problema que los afecta. El mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión al respecto porque él no puede obligarlas a hacer o aceptar nada. Llegado el caso, ahi termina la mediación." MENEZES, Cláudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. "Juízo Arbitral no Processo do Trabalho". ST nº 109 de julho de 1998, p. 123. *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro.

23 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos no Âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária". RJ nº 236 de junho de 1997, p. 15. *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro.

que encontra pontos de aproximação entre os interesses que os distanciam sem que para isto intervenham terceiros; ou, também, da atividade disposta por outro com objetivo de aliviar as tensões e desencontros das partes.'"[24]



Assim, em ambas as hipóteses, entendimento direto e mediação, o que as partes fazem é conciliar seus interesses, acordar suas vontades:

> "Conciliar. v. t. Harmonizar; pôr de acordo; (...) p. estar em comum acordo."[25]

Conclui-se, assim, que a conciliação se implementa através de um "acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito".[26]

Trata-se de um contrato ou "composição contratual",[27] como prefere CARNELUTTI, citado por Cláudio Armando Couce de Menezes e Leonardo Dias Borges.

Não obstante, a admissibilidade da conciliação não é absoluta. Pode ser que, "pela natureza (...) [do direito das partes], inexista possibilidade de (...) se realizar qualquer (...) acordo ou conciliação, (...) [em função de seu] caráter indisponível".[28]

---

24 "O jurista OSVALDO ALFREDO GONZAÍNI também faz conceituação precisa acerca dos institutos, a saber: "La conciliación es una de las formas más antiguas para resolver disputas humanas. De conciliación se puede hablar en dos sentidos: el proveniente del acuerdo de voluntades que encuentra puntos de acercamiento entre los intereses que los enfrentan sin que para ello intervengan terceros; o, también, de la actividad dispuesta por otro en miras a aligerar las tensiones y desencuentros de las partes' (*in* 'Formas alternativas para la resolución de conflictos', Ed. De Palma, Buenos Aires, pp. 7/9)." MENEZES, Cláudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. "Juízo Arbitral no Processo do Trabalho". ST nº 109 de julho de 1998, p. 123. *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro.

25 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967, p. 308.

26 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1962, p. 5.

27 MENEZES, Cláudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. "Juízo Arbitral no Processo do Trabalho". ST nº 109 de julho de 1998, p. 123. *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro.

28 FREITAS, Juarez. "Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação". RJ nº 221 de março de 1996, p. 22. *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro.

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira não diverge desse entendimento ao afirmar que "do Judiciário é o controle sobrevindo (...) controvérsia acerca de direitos indisponíveis".[29] E esses direitos indisponíveis estão definidos em norma legal.

1.2.2. Métodos jurisdicionais

Como métodos jurisdicionais de solução de controvérsias, temos:

- a arbitragem e
- a solução judiciária.

Em ambos, diferentemente do que ocorre no caso dos métodos negociais, não pode haver o "sacrifício (...) da norma jurídica aplicável"[30] e, conseqüentemente, do Direito. Isso porque "'juris-dição' significa, como indica a própria composição da palavra, 'dizer' e, em certa medida, 'fazer' realidade o Direito".[31] E o termo "juris-dicional" decorre da palavra "juris-dição".

Essa atividade de "dizer" Direito "se manifesta em situações que envolvem conflitos litigiosos e em situações em que (...) encontra-se ausente o litígio".[32]

Cabe destacar que, no caso de controvérsias, presente ou ausente o litígio, tanto o juiz, em caso de solução judiciária, quanto o árbitro, na hipótese de arbitragem, proferem "decisões obrigatórias".[33] Isso não ocorre, por exemplo, no caso das propostas ou dos pareceres do mediador, que são totalmente desprovidas de obrigatoriedade para as partes.

O caráter obrigatório das decisões é, portanto, a principal característica e o marco distintivo dos métodos jurisdicionais de solução de controvérsias.

---

29 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos no Âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária". RJ nº 236 de junho de 1997, p. 15. *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro.

30 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 344.

31 "Pese a que se trata de una expresión altamente multívoca, es esclarecedor que 'juris-dicción' signifique, como lo indica la propia composición de la palabra, 'decir' y en cierta medida 'hacer' realidad el Derecho." CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofia de la Jurisdicción*. Rosário, F.I.J., 1998, p. 7.

32 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 55.

33 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 353.

1.2.2.1. Princípio do Contraditório

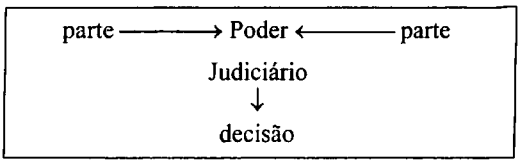
A Teoria Geral do Processo, aplicável ao Direito Processual brasileiro, prevê que as decisões dos juízes ou árbitros serão desprovidas de obrigatoriedade, se proferidas em processos que se desenvolvam em afronta ao Princípio do Contraditório.

"O contraditório não é apenas 'a participação dos sujeitos do processo'. Sujeitos do processo são o juíz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os 'interessados', ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor."[34]

"O contraditório não é, por isso, a 'mera participação no processo'. Essa era a idéia originária do contraditório, quando a participação era concebida como auge das garantias processuais. Participação no processo têm todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam 'sujeitos dos atos processuais'. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve 'entre as partes', porque a disputa se passa entre elas; elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento."[35]

Assim, "não se pode perder de vista que o contraditório é a garantia, a possibilidade assegurada da participação das partes em simétrica paridade".[36] Conseqüentemente, percebe-se que "(...) uma decisão não pode adquirir a autoridade de coisa julgada para quem não participou do debate jurídico, que o contraditório possibilita (...)".[37]

1.2.2.2. Solução judiciária – jurisdição estatal



34 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 120.

35 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 121.

36 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 127.

37 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 119.

A solução judiciária provavelmente é o método de solução de controvérsias que vem merecendo maior atenção da doutrina ao longo dos tempos. Várias são as valiosas obras escritas sobre o assunto.

Parece ser unânime que o método judiciário não dispensa "um procedimento regulado pelo Direito, que discipline o próprio exercício do Poder"[38] judiciário. Trata-se, aqui, do "processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes".[39]

Esse processo deve ser observado "quando o ato do Estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder".[40]

A observância obrigatória do processo se impõe em função do Princípio do Contraditório, que é uma garantia, do ângulo do jurisdicionado; mas, "do ângulo do Estado, é um dever".[41] Impõe-se, portanto, ao juiz, a quem compete o provimento.

Nesse sentido, Aroldo Plínio Gonçalves leciona que "o provimento (...), para que seja emanado, válida e eficazmente, deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico. Em razão de seu caráter imperativo, o provimento se distingue de todos os demais atos (sejam atos dos órgãos da administração, dos órgãos legislativos e dos órgãos judiciários), pois no Estado de Direito o poder se exerce nos limites da lei e o Estado cumpre suas funções dentro do quadro legal que disciplina suas atividades".[42]

Verifica-se, portanto, que o método judiciário de solução de controvérsias pressupõe um provimento proferido por um juiz como "conclusão de um procedimento (...) [Mas] a lei não reconhece sua validade, se não é precedido das atividades preparatórias que ela estabelece".[43] E essa lei

38 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 119.

39 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 132.

40 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 103.

41 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 126.

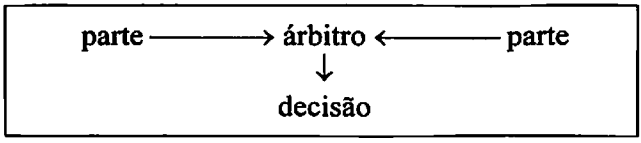
42 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 103.

43 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 112.

"enquanto norma que disciplina o processo jurisdicional", "é a matéria do Direito Processual".[44]

Preservados os institutos atinentes à Teoria Geral do Processo, como o Princípio do Contraditório, o Direito Processual pode apresentar vários desdobramentos. É que diversas são as áreas jurídicas em que pode aparecer uma situação (...) em que o Estado deva intervir jurisdicionalmente. Em virtude disso, a jurisdição é distribuída entre vários órgãos, que se agrupam em função da natureza do litígio a ser composto ou solucionado. Então temos, além da Teoria Geral do Processo, o Direito Processual Civil, o Direito Processual Penal, o Direito Processual Trabalhista etc.

1.2.2.3. Arbitragem – jurisdição contratual



"Na atualidade a jurisdição (...) se transforma pelo avanço da via arbitral."[45]

A arbitragem é um método de solução de controvérsias "em que prevalece a autonomia da vontade (...) e cuja dinâmica se faz pelo modelo do processo jurisdicional".[46]

O Ministro Francisco Rezek ensina que "da arbitragem diz-se, com acerto, que é um mecanismo jurisdicional não judiciário".[47] É jurisdicional porque são "decisões obrigatórias" aquelas proferidas pelos árbitros. Não é judiciária porque a arbitragem não é implementada diretamente por órgãos judiciários permanentes.[48]

---

44 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 58.

45 "En la actualidad la jurisdicción gana protagonismo en relación con el legislador por la importancia creciente que tiene la referencia a lo concreto, pero al propio tiempo se transforma por el avance de la vía arbitral." CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofia de la Jurisdicción*. Rosário, F.I.J., 1998, pp. 120 e 121.

46 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 58.

47 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 353.

48 "Além disso, há a assinalar as categorias anômalas de jurisdições não-judiciárias, para a composição de litígios (...)." MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 02.

1.3. Arbitragem: Instituto com Características Próprias

Nádia de Araújo define a arbitragem como "um meio jurídico de solução de controvérsias, presentes ou futuras, baseado na vontade das partes envolvidas, as quais elegem por si mesmas e diretamente, ou através de mecanismos por elas determinados, árbitros para serem os juízes da controvérsia, confiando-lhes a missão de decidir de forma obrigatória o litígio através da prolação de um laudo arbitral".[49]

Não há dúvidas de que "a arbitragem constitui complexo de atos que compreendem (...) a instituição do juízo arbitral, o procedimento [e] o laudo".[50]

É certo também que esse complexo de atos não prescinde da "vontade das partes envolvidas", o que se extrai do próprio conceito de Arbitragem.

Assim, para que um processo arbitral se desenvolva, as partes envolvidas devem manifestar expressamente suas vontades através de um acordo que vem sendo designado como convenção de arbitragem. Esse "acordo das partes determina a jurisdição do árbitro que não pode ir além dos poderes que as partes lhe tenham outorgado".[51]

"Não pode haver arbitragem sem um acordo das partes em se submeter a este método de solução de disputas. Este é um pressuposto fundamental. O acordo das partes pode tomar a forma de uma cláusula arbitral, no contrato original, referindo-se a disputas futuras. Também pode haver a celebração de um acordo de arbitragem em separado, posterior à conclusão do contrato original, logo que uma controvérsia se apresente."[52]

No primeiro caso, o acordo é conhecido como cláusula arbitral. Na segunda hipótese, é denominado compromisso arbitral.

Percebe-se, portanto, a nitidez do caráter contratual do processo arbitral. "Mas o laudo arbitral não é ato integrativo do [acordo]; nele tem

---

49 Araújo, Nádia de. *Arbitragem – A Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional*. São Paulo, LTr, 1997, p. 91.

50 MAGALHÃES, José Carlos de; e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. São Paulo, Freitas Bastos, 1986, p. 21.

51 "The agreement of the parties determines the jurisdiction of the arbitrator. He must not go beyond the powers which the parties have conferred upon him." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 649.

52 "There can never be arbitration without an agreement of the parties to submit to this method of dispute settlement. This is a very fundamental proposition. The agreement of the parties may take the form of an arbitration clause in the original contract, e.g. in the contract of export sale, in which case it refers to future disputes, or there may be a separate arbitration agreement subsequent to the conclusion of the original contract, particularly after the dispute has arisen." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 649.

seu fundamento e seus limites, mas seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes.

Assim, (...) a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios."[53]

1.3.1. Manifestação da vontade das partes

Através da cláusula ou do compromisso arbitral, as partes envolvidas em um processo de arbitragem podem expressar suas vontades pelo menos no que tange a cinco fatores distintos:

- modalidade da arbitragem;
- árbitros;
- direito processual aplicável à arbitragem;
- direito material aplicável ao caso e
- local da arbitragem.

1.3.2. Modalidade: arbitragem institucional x arbitragem *ad hoc*

As partes devem expressar suas vontades quanto à modalidade da arbitragem que pretendem implementar. Assim, "na convenção arbitral (...) devem optar por arbitragem *ad hoc* ou arbitragem institucional".[54]

A primeira modalidade de processo arbitral se desenvolve sem qualquer vínculo com uma instituição específica. Portanto, faz-se em moldes precários, sem o *know-how* de entidades que detêm um comitê, órgão ou corpo especializado em arbitragem.

Por outro lado, seria demagogia afirmar que o processo arbitral desenvolvido no âmbito de uma instituição não é mais caro. A entidade, seja para promover e fomentar a cultura da arbitragem, seja para custear suas próprias despesas operacionais, necessita de recursos que provém, geralmente, dos próprios serviços que prestam.

Assim, há tendência de que as arbitragens envolvendo montantes menos expressivos sejam do tipo *ad hoc*. Entretanto, quando o interesse econômico envolvido é mais expressivo, as partes tendem a não abrir mão

---

53 MAGALHÃES, José Carlos de; e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. São Paulo, Freitas Bastos, 1986, pp. 20 e 21.

54 "In their arbitration agreement the parties must opt for *ad hoc* arbitration or for institutional arbitration". SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, pp. 653 e 654.

da participação de entidades, cujos comitês, órgãos ou corpos arbitrais detenham experiência nesse tipo de processo.

As instituições que se prestam à atividade jurisdicional arbitral apresentam-se como "serviços sociais autônomos (...) e formam uma espécie distinta de entidades paraestatais, com características próprias e finalidade específica de assistência à comunidade".[55]

A ICC – International Chamber of Commerce (Câmara de Comércio Internacional),[56] por exemplo, é entidade que se dedica às atividades relacionadas ao comércio internacional e que mantém um comitê especializado em arbitragem.

Também a UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) comporta um corpo arbitral.

Estas duas instituições constituem exemplos de organismos internacionais reconhecidos por seu valioso trabalho no campo da arbitragem.

Algumas outras entidades internacionais tendem a se fortalecer na efetivação de processos arbitrais intrabloco. Um exemplo é o TICAMER – Tribunal Internacional de Conciliação e Arbitragem do Mercosul, que se dedica à solução de conflitos entre pessoas físicas e jurídicas dos países-membros do Mercosul, onde o intercâmbio intrabloco comercial só tende a se intensificar.

Também no âmbito interno brasileiro, principalmente após a edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, várias entidades têm sido criadas ou desenvolvidas com o fim de promover a atividade arbitral, principalmente nas esferas comercial e trabalhista, mas também em outras áreas que lidam com direitos disponíveis. Neste sentido têm atuado as federações das indústrias e das associações comerciais de alguns Estados brasileiros.

"Essas instituições geralmente colocam à disposição dos interessados, além da "assistência administrativa com respeito à condução da arbitragem".[57]

• uma relação de árbitros,

---

55 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, p. 309.

56 A ICC – International Chamber of Commerce (Câmara de Comércio Internacional), instituição internacional sediada no endereço 38, Cours Albert 1er, 75008 em Paris – França, é representada no Brasil pelo comitê brasileiro, sediado no Rio de Janeiro na Av. General Justo, 307 – 8º andar, cujo presidente é o Prof. Theóphilo de Azeredo Santos.

57 "The institution usually offers administrative assistance with respect to the conduct of the arbitration and its rules contain a code of procedure for the conduct of the arbitration." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, pp. 653 e 654.

- um código ou regulamento processual e
- algumas disposições relativas à escolha do Direito material aplicável ao caso.

Constata-se, portanto, que "a arbitragem institucional oferece algumas vantagens sobre a arbitragem *ad hoc*",[58] sem que isto implique qualquer cerceamento da vontade das partes.

A opção pela arbitragem institucional não implica a aceitação de qualquer dos fatores disponibilizados às partes pela instituição escolhida. Assim, nada impede que as partes escolham uma determinada instituição, mas lancem mão de árbitros, regras processuais e Direito material diversos daqueles sugeridos pela instituição escolhida. Essa liberdade encontra-se assegurada pela própria Lei de Arbitragem brasileira:

Lei de Arbitragem:

"Dos Árbitros

(...)

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

"Do Procedimento Arbitral

(...)

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."

1.3.3. Direito material – Artigo 2°

"Art. 2° A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.

§ 1° 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.

---

58 "Institutional arbitration offers some advantages over *ad hoc* arbitration. The institution usually offers some advantages over *ad hoc* arbitration". SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, pp. 653 e 654.

§ 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."

1.3.4. Árbitros

Na arbitragem, as partes "elegem por si mesmas e diretamente, ou através de mecanismos por elas determinados, árbitros para serem os juízes da controvérsia".[59]

Não obstante, diversamente do que ocorre no caso da solução judiciária, os árbitros não precisam ter conhecimento jurídico, bastando que disponham de *know-how* técnico relativo à questão objeto do processo arbitral. Dessa forma, estar-se-á a conferir à arbitragem um de seus principais atributos: a "especialização".[60]

Em processo arbitral onde vendedor e comprador estejam discutindo a qualidade do aço vendido, por exemplo, parece interessante que o árbitro entenda mais de aço do que de Direito.

Entretanto, este ponto pode trazer alguma polêmica quanto à acuidade jurídico-formal da sentença arbitral. É que o árbitro que não detenha conhecimentos jurídicos básicos e, conseqüentemente, afronte algum princípio basilar do Direito poderá comprometer a eficácia e a executoriedade do laudo.

Para evitar problemas dessa natureza, vale a pena lançar mão da experiência de algumas instituições,[61] como a BM&F – Bolsa de Mercadorias e Futuros de São Paulo. Esta, através de seu órgão arbitral, tem por praxe que os árbitros sejam três. Cada uma das partes indica um árbitro, preferencialmente com conhecimento técnico na matéria objeto da arbitragem. Os dois árbitros escolhidos pelas partes indicam um terceiro, com conhecimento jurídico, que presidirá o painel arbitral.

Obviamente, uma arbitragem com um número maior de árbitros é mais dispendiosa. Desta forma, pode-se concluir que esta modalidade se opera, principalmente, em causas envolvendo quantias de maior vulto.

---

59 Araújo, Nádia de. *Arbitragem – A Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional*. São Paulo, LTr, 1997, p. 91.

60 ACCIOLY, Elizabeth. "A Nova Lei de Arbitragem". *In Gazeta Mercantil Latino-Americana*, 20 a 26 de outubro de 1997, p. 02.

61 "Parties are free to appoint arbitrators in the arbitration agreement (...) or to elect an arbitration institution empowered to do so."
"As partes são livres para apontar os árbitros na convenção de arbitragem (...) ou para eleger uma instituição arbitral com poderes para fazê-lo." BARRAL, Welber. *Arbitration in Brazil, International Arbitration Report*. 1998, p. 06.

1.3.5. Direito processual

No processo arbitral, "o árbitro, como um Juiz privado escolhido pelas partes ou apontado de acordo com a convenção arbitral, enfrenta as questões diante dele com o mesmo espírito que o Juiz apontado pelo Estado",[62] observando, porém, as regras procedimentais escolhidas pelas partes.

Essas "são livres para estabelecer as regras procedimentais para reger (...) a arbitragem [que] será conduzida como determinado na convenção arbitral (...). Esta autonomia não é irrestrita, porém. As partes são obrigadas a (...) respeitar a ordem pública".[63]

"A noção de Ordem Pública é clássica e dispensa maiores comentários. É importante notar que seu conteúdo é variável no espaço e no tempo."[64] "Trata-se, como se deduz na prática, de impedimentos impostos pelo Estado, com base em vários elementos componentes dos Direitos fundamentais de cada país",[65] que geralmente traduzem os princípios gerais do Direito reconhecidos na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos.

A própria Lei de Arbitragem brasileira cuidou de explicitar alguns deles:

Lei de Arbitragem

"Art. 21.

(...)

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

---

62 "The arbitrator, as a private judge chosen by the parties or appointed in accordance with the arbitration agreement, must approach the issues before him in the same spirit as a judge appointed by the State. He must be absolutely impartial. He must not show bias in favour of one of the parties, nor must he conduct himself in a manner which would lead a reasonable man to conclude that he is biased.
The arbitrator must conduct the arbitration not only in accordance with the procedural rules applicable to it but he must strictly observe the requirements of natural justice." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 652.

63 "As asserted earlier, parties are free to establish the procedural rules to govern the dispute. Thus, arbitration will be administered as determined in the arbitration agreement (or in the submission agreement). Such autonomy is not unrestricted, however. The Act obliges parties to conform to some specific rules concerning arbitral procedures in order to respect Brazilian public police." BARRAL, Welber. *Arbitration in Brazil, International Arbitration Report*, 1998, p. 06.

64 MAGALHÃES, José Carlos de; e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. São Paulo, Freitas Bastos, 1986, p. 97.

65 STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo, LTr, 1996, p. 213.

Os princípios acima referidos refletem a preocupação de assegurar às partes uma participação paritária no processo arbitral. Não se pode conceber que em um processo arbitral, qualquer que seja o local de sua realização ou seu objeto, os direitos de uma parte sejam preteridos em benefício da outra.

Fica evidente que a utilização de regras processuais que não assegurem a participação paritária das partes no processo da arbitragem será tida como afronta à ordem pública, trazendo ao provimento jurisdicional, ou seja, à sentença arbitral, prejuízos quanto a sua eficácia e executoriedade.

Não havendo afronta à ordem pública, "se as partes tiverem adotado um código (...) de procedimento arbitral (...) [ou estabelecido suas próprias regras processuais], não vai haver a necessidade de ir além disso (...) para determinar as regras do procedimento arbitral".[66] Exceção ocorre nos casos de omissão ou lacuna, hipóteses em que caberá aos árbitros a opção de como desenvolver a arbitragem.

Assim, "no plano processual, a arbitragem (...) rege-se pelas regras fixadas pelas partes (diretamente ou por referência a um regulamento de arbitragem) e, subsidiariamente, pelos árbitros".[67]

É usual que, tanto nas arbitragens *ad hoc*, quanto nas arbitragens institucionais, as partes escolham o código processual de uma instituição. Assim, não são raras as hipóteses em que, em arbitragem desvinculada de qualquer instituição, as partes decidam recorrer apenas às regras processuais de determinada entidade.

Também pode ocorrer de as partes em um processo arbitral desenvolvido perante uma instituição de arbitragem optarem pela utilização das regras processuais de outra entidade. Nada impede, por exemplo, que uma arbitragem conduzida na ICC – International Chamber of Commerce (Câmara Internacional do Comércio) siga o processo previsto pelo regulamento processual da UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Inter-

66 "If the parties have adopted an international code of arbitration procedure, such as the UNCITRAL Arbitrations Rules or the Rules for the ICC Court of Arbitration, there will often be no need to go beyong it and to resort to a national law in order to ascertain the rules of arbitration procedure. In this – restricted – sense one can talk of arbitration which is 'transnational', or 'anational', or 'floating'. But if the international regulation contains a gap, reference will have to be made to the national legal system may apply or may at least govern certain aspects of the curial law." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 654.

67 VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional*. Coimbra, Coimbra Editora, 1990, pp. 43 e 44.

nacional). Para tanto, basta a opção das partes, que certamente elegerão as regras processuais que mais lhes convierem.

A liberdade de escolha do processo possibilita que as partes atribuam à arbitragem a forma mais adequada à controvérsia. Em um processo arbitral cujo objeto seja a retirada de um sócio de sociedade comercial, por exemplo, as partes podem estabelecer um direito processual específico, adequado às peculiaridades do caso. A utilização dessas regras procedimentais próprias pode acarretar resultados mais eficientes que o código processual genérico proposto por uma instituição. Isto porque os regulamentos processuais sugeridos pelas entidades de arbitragem normalmente são idealizados para controvérsias em torno de contratos comerciais, geralmente de compra e venda.

Finalmente, cabe destacar que é quase sintomático que os árbitros, tanto no início, quanto no curso da arbitragem, proponham a conciliação. Apesar de estar agindo como mediador, ele está investido na função de árbitro, detendo competência para o exercício de atividade jurisdicional. Dessa forma, havendo conciliação, a controvérsia se extingue através de uma sentença arbitral com a mesma eficácia que a sentença judicial através da qual o Juiz homologa um acordo.[68]

1.3.6. Direito material

Também quanto às regras de direito material, as partes devem manifestar a sua vontade, sabendo que a opção de forma alguma poderá implicar afronta à ordem pública.

As considerações apresentadas quanto ao direito processual são, com poucas adaptações, aplicáveis aqui. Não havendo afronta à ordem pública, as partes têm liberdade para escolher as regras de direito material aplicáveis. Nos casos de omissão de opção ou lacuna no direito escolhido, caberá aos árbitros a determinação das regras materiais.

Assim, no plano material, a arbitragem rege-se pelas regras escolhidas pelas partes e, subsidiariamente, pelos árbitros. A escolha pode, inclusive, recair sobre a eqüidade em detrimento de regras de direito material.

Não há harmonia entre os autores no que toca ao conceito de eqüidade. Osmar Brina Corrêa Lima, em estudo sobre o tema, concluiu que "julgar *por* eqüidade significa aplicar os princípios gerais de direito.

---

68 A conciliação "pode ocorrer em dois momentos: para evitar a demanda [jurisdicional], ou para pôr fim a demanda [jurisdicional]. Esta é chamada de endoprocessual, aquela, de extraprocessual." FIUZA, Cézar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 45.

O juiz não pode julgar *por* eqüidade (aplicando princípios gerais de direito) contra *legem* (contra a lei), porque esta, no nosso ordenamento jurídico, é a fonte principal do direito. Os princípios gerais de direito constituem fonte secundária ou subsidiária".[69]

O Superior Tribunal de Justiça endossa o entendimento de que, no Brasil, "o juiz não pode julgar *por* eqüidade (aplicando princípios gerais de direito) contra *legem* (contra a lei)".

A proibição de que o juiz decida por eqüidade, *salvo quando autorizado por lei*, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça (Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 0048176 – SP, *in DJU* 08.04.1996, p. 10.469).

Entretanto, há ressalva para as situações em que há autorização legal, como no caso da arbitragem:

Lei de Arbitragem

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

1.3.7. Vantagens da arbitragem

Da autonomia das partes na escolha dos fatores referidos, resultam as vantagens da arbitragem. E "aqui a questão é saber qual é o meio mais conveniente, rápido e barato de resolver uma controvérsia".[70]

"É óbvio que conciliação é preferível à arbitragem. Mas a conciliação somente será viável se o ambiente estiver propício a tanto",[71] uma vez que, não havendo possibilidade de as partes se entenderem, seja diretamente ou através de mediação, a conciliação fatalmente será frustrada, restando as vias jurisdicionais: arbitral ou judiciária.

Assim, cabe uma comparação entre os métodos arbitral e judiciário de solução de controvérsias, a partir da visão das partes. Estas serão os destinatários do provimento jurisdicional, ostente ele a forma de sentença arbitral ou judiciária. Assim, cumpre a elas uma análise comparativa no que tange a, pelo menos, os seguintes pontos:

- eficiência;

---

69 CORRÊA LIMA, Osmar Brina. "Eqüidade". *In Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, ano 2000, vol. 27, pp. 221 a 224.

70 "Here the question is what is most convenient, speediest and cheapest machinery to settle the dispute". SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 646.

71 "It is obvious that conciliation is preferable to arbitration. But conciliation can only succeed if the climate is right for it." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 646.

- conveniência;
- custo e
- celeridade ou rapidez.

1.3.7.1. Eficiência e conveniência

Irineu Strenger informa que "os participantes do comércio (...) temem o procedimento e os juízes estatais. Temem o procedimento por seu ritualismo, sua publicidade, sua lentidão e seu custo; temem os juízes por uma falta de tempo e de especialização para resolver os casos (...). Temem, portanto, a sentença judicial, uma sentença de improvisado desenlace, tecnicamente incorreta (...) e, acima de tudo, cara.

O procedimento arbitral é, em contrapartida, flexível e rápido. Se desenvolve *[sic]* com discrição que, por razões mercantis e fiscais, interessa às partes. (...) A designação do árbitro para resolver um caso concreto, feita pelos interessados ou encomendada a uma instituição responsável, é garantia de dedicação e perícia. (...) Daí a esperança no acerto de uma sentença, fruto de escrupulosa atenção de profissionais versados".[72]

Quanto à eficiência, parece evidente que a arbitragem está mais propícia a atender às expectativas das partes.

No caso do Poder Judiciário brasileiro, por exemplo, acha-se ele indiscutivelmente assoberbado de trabalho. Isso é agravado pelo fato de que não há muitas perspectivas de reversão deste quadro, pelo menos em um curto espaço de tempo.

Também é inquestionável que o grande volume de serviço não permite um grau adequado de especialização de parte dos magistrados. A generalidade tende a afastar os Juízes, de forma geral, de decisões tecnicamente acertadas.

De outro lado, já constatamos que, na arbitragem, as partes estão autorizadas a indicar árbitros detentores de conhecimento técnico na matéria objeto do processo arbitral, fazendo com que as perspectivas de decisões tecnicamente acertadas sejam muito superiores àquelas das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário.

Também quanto à conveniência, a arbitragem leva certa vantagem em relação ao método judiciário de solução de controvérsias.

É que as partes podem estabelecer que o processo se desenvolva em sigilo, o que, "por razões mercantis e fiscais, interessa às partes". Na arbitragem, por não se levar a público a controvérsia, as partes estarão se

---

72 STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo, LTr, 1996, p. 295.

preservando. "Em matérias mais delicadas esta é uma vantagem considerável."[73]

As questões envolvendo segredos industriais são exemplos da absoluta conveniência do sigilo que o processo arbitral pode assegurar. É que a publicidade de um processo judicial certamente deixaria exposta toda a discussão quanto ao próprio segredo.

Por essas razões, pode-se afirmar que, em princípio, a arbitragem é mais eficiente e conveniente para as partes que a solução judiciária.

1.3.7.2. Custo e celeridade

"Também se diz que às vezes a arbitragem é mais rápida e barata que os procedimentos judiciários. Isto pode ser verdade em muitos casos, mas em outros os empresários experientes e advogados vão tratar esta questão com um certo grau de ceticismo."[74] Isto porque, quanto aos custos, existe uma infinidade de formas de cobrança pelos serviços arbitrais ou judiciários prestados. Assim, a especulação da via mais barata de solução de controvérsias passa por uma comparação de valores caso a caso.

No Brasil, por exemplo, o valor das custas judiciais varia de Estado para Estado. Não são raros os casos em que o valor das custas judiciais corresponde a um percentual do montante envolvido na controvérsia. Se este é bastante elevado, o valor a ser pago pelos serviços judiciários também é muito alto. Nas controvérsias em que as somas envolvidas são menores, os valores a serem desembolsados também são menores.

No caso das arbitragens, o custo do processo também varia. Em uma arbitragem *ad hoc*, geralmente as despesas incluem apenas os árbitros e, em algumas hipóteses, peritos. Em uma arbitragem institucional, é usual que as despesas englobem, além das quantias devidas na arbitragem *ad hoc*, um valor para remunerar os serviços administrativos prestados pela instituição.

Além disso, enquanto na arbitragem *ad hoc* as partes discutem livremente os valores a serem pagos aos árbitros e peritos, na arbitragem institucional é comum que os valores sejam regidos por uma tabela de preços

---

73 "Thirdly, arbitration is in private and does not take place in open court, and in sensitive matters this is a distinct advantage." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 647.

74 "It is sometimes claimed that arbitration is more speedy and cheaper than court proceedings. This may be true in many cases but in others experienced businessmen and lawyers will treat these claims with a degree of scepticism." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 647.

da própria instituição. Existem instituições que, como no método judiciário, cobram um percentual do valor envolvido. Outras simplesmente estabelecem valores fixos, independente do interesse econômico em questão.

Por todo o exposto, seria demagogia dizer que a arbitragem é mais barata que a solução judiciária de solução de controvérsias. Esta afirmativa somente poderia acontecer, no caso concreto, após criteriosa análise.

Também no que toca à celeridade, qualquer afirmativa não prescinde de cuidadosa análise dos processos que se tem como opções.

No caso do Brasil, por exemplo, o desenvolvimento do processo perante o Poder Judiciário é regido pela legislação processual interna, genérica e rigidamente estabelecida. De outro lado, o processo arbitral evolui de acordo com as regras processuais escolhidas, direta ou indiretamente, pelas partes. A tendência, portanto, é que o processo arbitral seja mais célere, principalmente se considerarmos que "a sentença arbitral é, pelo menos em princípio, final, mas uma sentença do Poder Judiciário [geralmente] pode ser objeto de recurso e de outro recurso para os tribunais superiores e muito tempo pode passar até que a palavra final seja dita".[75]

São freqüentes os caso em que as partes, às vezes mal-assessoradas, efetivam a escolha das regras processuais sem uma análise criteriosa das opções que têm. Nestas hipóteses, podem ser surpreendidas com um processo arbitral ainda mais lento que um eventual processo judicial.

Portanto, quanto à celeridade ou rapidez, não se prescinde de uma comparação entre a legislação processual dos países frente às regras processuais escolhidas pelas partes da arbitragem. Quanto mais hábeis forem as partes na escolha das regras processuais, mais rápido será o processo arbitral.

Assim, pode-se concluir que, "na visão do empresário, a arbitragem oferece diversas vantagens",[76] que deverão ser consideradas no momento da opção pelo método arbitral ou pela solução judiciária da controvérsia.

Ademais, as partes deverão "considerar esta questão antes de assumir[em] obrigações através de um contrato (...). Quando se tiver feito a escolha entre os métodos disponíveis, as partes devem insistir na inclusão

---

75 "Secondly, businessmen prefer finality to meticulous legal accuracy. The arbitration award is, at least in principle, final but a court case may go to appeal and to further appeal to the highest court and a long time may pass before the final word is spoken." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 647.

76 "In the view of international businessmen, arbitration offers distinct advantages". SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 647.

de cláusula contendo expressamente a opção. A experiência tem mostrado que é mais fácil conseguir um acordo neste ponto na negociação do contrato do que quando a disputa já existe; nesta última hipótese, a parte interessada não dispõe de meios de compelir a outra parte a aceitar um procedimento extrajudicial de solução de controvérsias, e o recurso ao Poder Judiciário apresenta-se como a única via possível".[77]

77 "The exporter should consider this question before entering into the contract of export sale. When he has made his choice from the available procedures, he should insist that a term giving full expression to the chosen procedure is inserted into the contract. Experience has shown that it is easier to obtain agreement on this point when the contract is negotiated than when a dispute has arisen; in the latter case the aggrieved party has no means of compelling the other party to agree to an extrajudicial procedure of dispute settlement and resort to the court is the only way open to him." SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990, p. 646.

2

A Arbitragem em Casos Envolvendo Partes Distintas

2.1. Breve Retrospectiva Histórica

A partir do século XV, o fenômeno do nacionalismo começa a ganhar prestígio em detrimento da internacionalidade. As riquezas decorrentes das atividades produtiva e comercial passam a merecer a atenção e a intervenção do poder público.

As regiões e cidades, antes soberanas, se curvam a ambientes maiores, passando a integrar e a se submeter aos Estados. Esses, por sua vez, começam a fechar-se, e o comércio internacional substancial passa à esfera do relacionamento metrópole-colônia.

Conseqüentemente, o *ius mercatorum* e a arbitragem ficam em total desprestígio frente à tendência crescente de disciplinação do comércio pelos órgãos legislativos dos Estados. Trata-se, aqui, da legalização e da nacionalização do Direito Comercial. O Código de Napoleão de 1807, por exemplo, prestou-se a regular as operações comerciais realizadas em seu âmbito territorial de aplicação.

Esse contexto permanece quase que inalterado até o período das duas grandes guerras mundiais, quando o comércio internacional volta a se fazer indispensável. Os países cujos territórios não se viam afetados pelas guerras foram submetidos a um intenso processo de industrialização como forma de fornecer suprimento ao continente europeu, gradativamente destruído pelos efeitos dos embates.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, "depois de 1945 e em especial a partir da década de 1960 é que se produziram nas relações internacionais mudanças substanciais".[1] Os países sentiram extrema necessidade de

---

1 "Recién después de 1945 y en especial a partir de la década de 1960 es que se producirán en las relaciones internacionales cambios sustanciales que en algunos campos

se aproximarem de maneira significativa, e o comércio voltou a extrapolar os limites das fronteiras dos Estados.

Constatou-se, à época, um aumento significativo do número de contratos celebrados entre os Estados. Atente-se para o fato de que, "quando celebrados entre nações, esses contratos são chamados Tratados Internacionais.[2] Através destes, os países assumem obrigações uns para com os outros".[3]

A intensificação da celebração dos tratados internacionais é impulsionada pelo contexto da época.

2.1.1. O contexto econômico e o GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio

É incontestável que os Estados Unidos da América saem política e economicamente fortalecidos do período do pós-guerra. Diferentemente, o continente europeu encontrava-se completamente destruído. Até mesmo os países europeus vencedores da guerra, politicamente fortalecidos, apresentavam situação econômica não menos lastimável.

De um lado, a indústria americana produzia a todo vapor, gerando um volume enorme de riqueza. Uma queda no ritmo de produção seria desastrosa para os Estados Unidos da América. O desemprego e a recessão seriam certamente os primeiros sintomas.

Por outro lado, com o território europeu completamente destruído, as atividades agropecuária e industrial na Europa encontravam-se praticamente paralisadas. Para a reconstrução européia, não se prescindia de produtos importados, uma vez que os nacionais praticamente inexistiam, em decorrência dos efeitos das guerras. Para adquiri-los e importá-los, os países europeus certamente necessitariam de ajuda financeira externa.

As necessidades encontraram como resposta comum o Plano Marshall, idealizado e levado a efeito pelo Governo norte-americano. Uma

---

harán variar la ecuación de poder hasta entonces existente." VIGNALI, Heber Arbuet. *In* ARÉCHAGA, Eduardo Jiménes de. *Derecho Internacional Publico*. tomo I. Montevideo, FCU, 1996, p. 64.

2 "Tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos." REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 14.

3 Cf. CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. "Quadro Comparativo – Mercosul x União Européia". *In Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pp. 213/214.

grande quantidade de capital foi transferida para o continente europeu a título de empréstimos, como forma de conferir recursos que viabilizassem a reconstrução da Europa. Estes recursos certamente voltariam para os Estados Unidos da América, aplicados na compra de produtos americanos.[4] Entretanto, a possibilidade de seus produtos serem submetidos a restrições quando da sua entrada em território europeu não agradava aos Estados Unidos da América.

Conseqüentemente, os norte-americanos lideram um processo de globalização comercial, cujo objetivo é a gradativa eliminação das barreiras ao comércio internacional. Esta tentativa de implementação do processo de globalização comercial expressava-se através do tratado internacional denominado GATT[5] – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio.[6]

2.1.2. A constituição das Organizações Internacionais

Cabe destacar, ainda, que a intensificação no relacionamento entre os países também acarretou a celebração de tratados internacionais societários e a conseqüente "entrada em cena das organizações internacionais, no primeiro pós-guerra".[7] É que os Estados, através de contratos sociais, criaram as sociedades entre países, denominadas Organizações Internacionais, das quais são exemplos a ONU – Organização das Nações Unidas, a OMC – Organização Mundial do Comércio, a CE – Comunidade Européia e o Mercosul.

Como efeito, seja da intensificação na celebração de tratados internacionais, seja do surgimento das Organizações Internacionais entre países, constata-se uma aproximação das mais diversas nações, principalmente no âmbito do comércio internacional, elevando-o a níveis jamais vivenciados.

A diversidade de normas reguladoras apresentava-se como o maior empecilho ao intercâmbio comercial. É que desde o declínio do *ius mercatorum* não mais se poderia falar em regras próprias, aplicáveis ao comércio internacional.

Por volta de 1960, constatou-se um movimento no sentido de aproximação das normas escritas e costumeiras. Entidades como a ICC – Câmara Internacional do Comércio, a UNIDROIT e a UNCITRAL – United Nations

---

4 CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998, p. 124.

5 GATT significa *General Agreement on Trade and Tarifs*.

6 Cf. CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998, pp. 124/125.

7 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 12/13.

Commission on International Trade Law passam a exercer papel de extrema importância. Sustenta-se, inclusive, o surgimento de um direito próprio, aplicável às relações comerciais internacionais, denominado *lex mercatoria*, que teve como primeiros expoentes os professores Berthold Goldman e Clive Schmitthoff.

Todo esse contexto histórico traz novamente à tona o instituto da arbitragem autônomo e com características próprias como forma de solução de controvérsias. Entretanto, isso se faz em âmbito ampliado, não mais restrito às operações comerciais internacionais entre particulares. É a utilização do método arbitral para a resolução de conflitos distintos quanto às partes, como se verifica nos exemplos seguintes:

2.2. A Utilização da Arbitragem em Casos de Conflitos Distintos Quanto às Partes Envolvidas

Primeira Hipótese:

Pessoa Física ou Jurídica Brasileira	**X**	**Pessoa Física ou Jurídica Brasileira**

Suponha-se que as empresas brasileiras Usiton S.A. e Fat do Brasil S.A. sejam partes em um contrato de fornecimento que contenha cláusula arbitral. Havendo conflito entre as empresas quanto ao cumprimento das obrigações contratuais, as partes se submetem a um processo arbitral.

Na hipótese, estar-se-ia diante de uma arbitragem interna, de natureza comercial, entre particulares. Estes, quanto ao Direito material aplicável, poderiam optar, por exemplo, pelas leis brasileiras ou pelo julgamento por eqüidade.

Segunda Hipótese:

Pessoa Física ou Jurídica Brasileira	**X**	**Pessoa Física ou Jurídica Estrangeira**

Suponha-se que a empresa brasileira Petro S.A. e a empresa argentina YP S.A. figurem como partes de um contrato internacional de compra e venda que contenha cláusula arbitral. Havendo conflito entre as empresas quanto ao cumprimento das obrigações contratuais, as partes se submetem a um processo arbitral.

Na hipótese, estar-se-ia diante de uma arbitragem internacional, de natureza comercial, entre particulares. Assim, as partes poderiam escolher como Direito material aplicável, por exemplo, as leis brasileiras, as leis argentinas, o julgamento por eqüidade ou a *lex mercatoria*.

Terceira Hipótese:

Brasil	X	Canadá

Suponha-se que o Brasil e o Canadá estejam envolvidos em um conflito internacional decorrente do descumprimento de tratado internacional. Na hipótese, caso as partes resolvam o conflito pela via arbitral, estar-se-ia diante de uma arbitragem internacional, de natureza comercial, entre Estados. O Direito Internacional Público regeria o procedimento no aspecto material.

Quarta Hipótese:

Brasil	X	Uruguai

Suponha-se que o Uruguai e a empresa brasileira Herin S.A. estejam envolvidos em um conflito internacional, em função do descumprimento de um dispositivo de tratado internacional firmado no âmbito do Mercosul.

Na hipótese, estar-se-ia diante de uma arbitragem internacional, de natureza comercial, entre particular e Estado. O Direito material aplicável seriam as normas em vigor no âmbito do Mercosul.

2.3. Acordos no Mercosul sobre Arbitragem

Constata-se, portanto, que o instituto da arbitragem, autônomo e com características próprias, pode vir a ser aplicado na resolução de controvérsias distintas quanto às partes. No caso do Mercosul, por exemplo, existem dois acordos internacionais distintos dispondo sobre arbitragem.

O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul rege processos arbitrais entre particulares.

Por sua vez, o Protocolo de Brasília, alterado pelo Protocolo de Olivos, regula os seguintes processos arbitrais:

- Estado x Estado e
- Particular (protegido diplomaticamente) x Estado

3

O Tratamento da Arbitragem entre Particulares no Brasil

Passa-se aos processos arbitrais envolvendo exclusivamente particulares.

3.1. O Estado

Neste ponto, cabe recordar que se entende por Estado "o poder (...), exercido por um governo sobre população residente dentro do território".[1]

Em um primeiro tempo, a população residente em determinado território não estava submetida a qualquer poder estatal. Porém, não dispunha de fatores que lhe assegurassem os direitos fundamentais.

Nesse contexto, a população opta por mecanismos que lhe assegure segurança, saúde, educação e outros direitos fundamentais, em detrimento da insubordinação.

As pessoas passam a aceitar uma estrutura de poder público, custeada por meio de tributos, cujas funções são definidas por uma lei maior: o Estado.

Assim, é certo que o "poder (...) emana do povo e é exercido em nome dele",[2] conforme os ditames da Constituição. "A lei fundamental que determina a maneira na qual o poder público deve ser exercido é (...) a constituição do Estado".[3]

Conforme Elza Maria Miranda Afonso, essa "norma fundamental confere unidade ao sistema normativo, nele integrando todas as normas que a ela possam ser referidas. Ela é, portanto, o fundamento de validade comum de uma determinada ordem normativa".[4]

---

1 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 389.

2 "Art. 1º O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse de seu bem-estar, de sua honra, da sua independência e da sua prosperidade." Constituição Brasileira de 10 de novembro de 1937.

3 HAINES, Charles Grove, *in* HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 26.

4 AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte, UFMG, 1984, p. 242.

"Em relação a uma ordem jurídica estatal, a Constituição ocupa a escala mais alta na hierarquia das normas positivas",[5] se sobrepondo às regras que decorrem do exercício das funções legislativas, executivas e jurisdicionais:

Órgãos	Função	Normas
legislativos	legislação	leis
executivos	administração	atos administrativos (decretos, portarias, circulares, resoluções etc.)
jurisdicionais	jurisdição	sentenças (e acórdãos)

Eis a sistemática:

1. População residente dentro de um Território elege representantes (poder constituinte), que elaboram a lei maior, estabelecendo a forma organizacional e de exercício do Poder.

↓

2. Diante da presença dos três elementos (Território, População e Poder), o Estado, através de seus órgãos, exerce funções legislativas, executivas e jurisdicionais.

↓

3. Estas três funções do Poder, que se manifestam através das normas respectivas, se sobrepõem à vontade da População residente no Território do Estado.

Nesse sentido, "a doutrina contemporânea reconhece que o único ato imperativo que pode incidir sobre a universalidade de direitos de uma pessoa é o ato imperativo do Estado, (...) manifeste-se ele no cumprimento de qualquer das funções do Estado, legislativa, administrativa ou jurisdicional".[6]

A primeira, *legislatio*, consiste na produção de leis. As outras duas, que também se implementam por via de normas (atos administrativos) e decisões, respectivamente, consistem em formas de execução da lei, *legis executio*.

Neste sentido, Hans Kelsen aponta "a oposição entre a legislação e a execução – *legis latio* e *legis executio* –, compreendendo neste último termo (*lato sensu*) ao mesmo tempo a jurisdição e a administração, que ambas cabem, com efeito, na noção mais larga de execução das leis".[7]

---

5 AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte, UFMG, 1984, p. 250.

6 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 119.

7 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo, Saraiva, 1938, p. 110.

É certo que o exercício de algumas das funções do Estado pode ser delegado a particulares interessados em colaborar com os órgãos estatais, ou seja, a prestação "pode ser feita pela entidade pública ou por quem dela receba delegação administrativa ou legislativa para tanto".[8]

Ainda nesta segunda hipótese, funciona o "Poder Público como gestor permanente e inexcludente [da função pública] (...), pois o que ele permite é apenas a delegação da prestação, não da sua titularidade (...)".[9]

A função é do Estado, mas o seu exercício pode ser delegado a particulares.

A idéia não encontra maiores resistências no âmbito de uma das três funções: a administração. Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que "a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia".[10]

Pelo menos no caso dos serviços públicos, a delegação do exercício a particulares encontra até mesmo expresso permissivo constitucional.

> *"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."*

Não obstante, no caso das funções de legislação e jurisdição, a possibilidade de delegação encontra oposição.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, por exemplo, afirma que por via da "terceirização (...) [propõe-se] contratar particulares para todas as atividades que o Estado antes desenvolvia (...), salvo as atividades de jurisdição, legislação e algumas formas de manutenção da ordem pública".[11]

Outro é o entendimento do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso que, no âmbito das convenções coletivas trabalhistas, respaldado por Antônio Álvares da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira filho, afirma que "a delegação legislativa (...) deve ser saudada com satisfação".[12]

Em seu trabalho denominado "Delegação Legislativa – A Legislação por Associações", o Ministro Carlos Mário Velloso:

---

8 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 30.

9 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 30.

10 PIETRO, Maria Silvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2001, p. 56.

11 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 16.

12 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 435.

- Sustenta que "a convenção coletiva pode ser enquadrada como legislação não estatal, porque, não obstante subordinada à lei, certo é que preenche, ademais, os vazios da lei".[13]
- Cita Manoel Gonçalves Ferreira filho, que atribui "à convenção força de lei, na medida em que no Estado de Direito só a lei pode obrigar a fazer ou deixar de fazer alguma coisa".[14]
- Conclui que a delegação legislativa, entretanto, "somente servirá ao Estado Democrático de Direito se estiver submetida a severo controle político por parte do Parlamento e a rígido controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário. Esse controle, feito com responsabilidade, seriedade e altaneiria, é que torna legítima a delegação legislativa. Infelizmente, no Brasil, sob o pálio da Constituição de 1967, esse controle não foi eficaz. Isso é preciso ser reconhecido para que não incorram os Poderes Legislativo e Judiciário no mesmo erro".[15]

3.2. Delegação do Exercício da Função Jurisdicional[16]

A indelegabilidade das funções jurisdicionais também já parece superada.

---

13 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 435.

14 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, *in* VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 434.

15 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 435.

16 "Costumou-se ver, entre os doutrinadores mais eméritos do Direito Administrativo, três correntes distintas, ou nem tanto, a pensar o conceito de serviço público: segundo uma delas, serviço público seria toda a atividade desenvolvida pelo Estado, aí incluídas não apenas as atividades administrativas, mas também as jurisdicionais (essa teoria afirma-se como embasada na teoria do mestre francês, decano da escola de Bordeaux, e que pontificou a chamada 'escola do serviço público' do Direito Administrativo francês); para outra, seria a atividade desenvolvida pelo Estado, aí excluídas as atividades legislativa e jurisdicional; uma terceira entende o serviço público como toda a atividade administrativa desenvolvida pelo Estado, excluídas aquelas que não se prestam à fruição direta pelos cidadãos, tais como as que se desempenham no exercício do poder de polícia" (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 12).
Portanto, a atividade jurisdicional, de acordo com parte da doutrina, pode ser vista como serviço público. Neste sentido, "Leon Duguit (...) acompanhado de perto por Roger Bonnard, considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; (...) Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1997, p. 80).
O enquadramento da atividade jurisdicional como serviço público contribui para a sustentabilidade da delegação de sua prestação a particulares.
Mas, ainda que a jurisdição não seja considerada serviço público, a delegação de seu exercício já se faz realidade.

José Frederico Marques ensina que a função jurisdicional está "afeta, de modo preponderante e quase que exclusivo, aos órgãos do Poder Judiciário, sendo que, no Direito brasileiro, ele monopoliza, praticamente, o exercício da atividade jurisdicional, uma vez que é mínima a participação de órgãos não-judiciários na resolução de"[17] controvérsias.

Isso decorre de uma tendência mundial. Miguel Angel Ciuro Caldani explica que, "em tempos (...) que começam na Idade Moderna e concluem com a Idade Contemporânea, aos poucos se circunscreveu a função jurisdicional como tarefa do Estado".[18]

Não obstante, "na época atual (...), marcada (...) pelo avanço do protagonismo empresário com a relativa marginação do Estado, (...) a jurisdição [passa a não ser] em grande medida [exclusividade estatal]".[19]

É que o "Estado mostrava-se mais e mais ineficiente, (...) à medida que se verificava o acúmulo de atividades a serem por ele prestadas".[20] Neste contexto, a arbitragem parece ser de grande valia.

O exercício da "juris-dição", ou seja, a função de "dizer" e em certa medida "fazer" realidade o Direito deixa de ser atividade exclusiva do Estado, podendo ser atribuída a particulares através do instituto da delegação.[21] Se exercida diretamente pelo Estado, será judiciária. Se delegada a particulares, será arbitral.

Os ensinamentos seguintes de Carmem Lúcia Antunes Rocha sobre delegação da prestação de serviços públicos a particulares se ajustam perfeitamente ao caso da arbitragem.

"A titularidade [da jurisdição] (...) é atribuída à entidade de direito público [competente] (...), que *encarna* o Poder Público;

(...)

---

17 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 02.

18 "En tiempos 'modernos', que comienzan en la Edad Moderna y concluyen con la Edad Contemporánea, a menudo se circunscribió la función jurisdiccional como tarea del Estado." CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofía de la Jurisdicción*. Rosário, F.I.J., 1998, p. 120.

19 "En la época actual de la postmodernidad, signada por fracturas de superficie por un férreo monopolio profundo del sentido económico y por el avance del protagonismo empresario con la relativa marginalización del estado, ni la elaboración del Derecho ni la jurisdicción son en gran medida patrimonio estatal." CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofía de la Jurisdicción*. Rosario, F.I.J., 1998, p. 120.

20 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 14.

21 "Pese a que se trata de una expresión altamente multívoca, es esclarecedor que 'juris-dicción' signifique, como lo indica la própria composición de la palabra, 'decir' y em certa medida 'hacer' realidad el Derecho." CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofía de la Jurisdicción*. Rosario, F.I.J., 1998, p. 7.

A prestação pode ser realizada diretamente pela entidade pública ou (...) indiretamente com a colaboração do particular, segundo a opção administrativa ou legislativamente feita."[22]

"Como [a jurisdição] é atividade titularizada por uma das entidades públicas (...), vale dizer, é de competência primária e intransferível de [órgão estatal judiciário], somente (...) se pode cogitar da transferência de sua execução ao particular (...). É que a execução (...) é um dos momentos do exercício daquela competência; constitui o instante em que a atividade é entregue ao particular."[23]

Note-se, ainda, que "delegar atribuições é conferir a outrem tarefas que originariamente lhe competiam".[24]

"Na delegação, a raiz, a titularidade nua dos poderes delegados, conserva-se no órgão titular ou delegante."[25]

Assim, a delegação da prestação da jurisdição a particulares não implica perda da "titularidade dos poderes delegados" pelo ente delegante. No caso da arbitragem, por exemplo, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, autorizou a delegação da solução de "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" que, originariamente, competiria somente aos órgãos do Judiciário:

Lei de Arbitragem:

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

---

22 A titularidade do serviço público (...) é atribuída a entidade de direito público com capacidade política (...), que *encarna* o Poder Público;
A prestação pode ser realizada diretamente pela entidade pública ou por entidades por ela instituídas com o objetivo de prestá-la, ou (...) indiretamente com a colaboração do particular, segundo a opção administrativa ou legislativamente feita." ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 31.

23 "Como o serviço público é atividade titularizada por uma das entidades públicas (...), vale dizer, é de competência primária e intransferível de pessoa política, somente (...) se pode cogitar da transferência de sua execução ao particular (...). É que a execução do serviço é um dos momentos do exercício daquela competência; constitui o instante em que a atividade é entregue ao particular." ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 117.

24 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, p. 69.

25 QUADROS, Fausto de. *In* ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União Européia – Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba, Juruá, 1996, p. 118.

Essa autorização para a delegação não implicou a perda da "titularidade dos poderes delegados" pelo Poder Judiciário brasileiro, que também continua competente para resolver controvérsias. "De fato, nem sempre (...) a arbitragem (...) afasta a intervenção do Judiciário",[26] que só deixa de prestar a jurisdição, no caso concreto, quando há expressa opção das partes pela arbitragem em detrimento da solução judiciária, desde que a questão não verse sobre direito indisponível.[27]

3.3. Autorização para a Delegação por Meio de Lei ou de Tratado Internacional

Na obra *Teoria Geral das Normas*, Hans Kelsen leciona que "imposição não é, porém, a única função. Uma norma não pode apenas impor uma determinada conduta fixada, ela pode também autorizar uma certa conduta (...)".[28]

"A autorização legislativa prévia para a transferência da atribuição controlada de prestação indireta [da jurisdição] pelo particular é um instrumento (...) adotado nas democracias contemporâneas. Por esse instrumento, impede-se que o Estado (...) ausente-se [da jurisdição] que deva ser diretamente prestada e apresente-se em atividades que poderiam, sem qualquer dificuldade ou embaraço, ser bem prestadas por particulares (...)."[29]

"A formalização da autorização dá-se mediante lei, (...)"[30] ou, ainda, por tratado internacional.[31]

---

26 MAGALHÃES, José Carlos de. *In* STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, LTr, 1998, p. 09.

27 "(...) do Judiciário é o controle 'sobrevindo (...) controvérsia acerca de direitos indisponíveis'." TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos no Âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária". RJ nº 236 de junho de 1997, p. 15. *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro.

28 KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre, Fabris, 1986, p. 121.

29 "A autorização legislativa prévia para a transferência da atribuição controlada de prestação indireta de serviço público pelo particular é um instrumento (...) adotado nas democracias contemporâneas. Por esse instrumento, impede-se que o Estado (...) ausente-se de serviços públicos que devam ser diretamente prestados e apresente-se em atividades que poderiam, sem qualquer dificuldade ou embaraço, ser bem prestadas por particulares (...)." ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 117.

30 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 118.

31 A vigência dos tratados internacionais no Brasil decorre da publicação de Decreto Executivo promulgado pelo Presidente da República:
"Todos sabemos que o **decreto presidencial**, que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto

Note-se que a eficácia do tratado internacional no Brasil "não é menor que a das leis internas".[32]

Supremo Tribunal Federal:

"(...) os atos internacionais (...) que já se acham incorporados ao direito positivo interno do Brasil (...) possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais."

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347 – DF)

Superior Tribunal de Justiça:

"O Tratado Internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo."

(Recurso Especial nº 0074376/RJ)

Eis a norma autorizativa da delegação, consubstanciada na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996:

Lei de Arbitragem:

"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."

Entretanto, também merece destaque a norma autorizativa da delegação, consubstanciada na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, celebrada no Panamá, da qual o Brasil toma parte:

Convenção do Panamá:

"Artigo 1

É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil.

---

momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema doméstico – manifestação essencial e insuprível, especialmente se considerarmos os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno."
(Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-3, Rel. Ministro Celso de Mello.)

32 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 85.

O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.

(...)

Artigo 4

As sentenças ou laudos arbitrais não impugnáveis segundo a lei ou as normas processuais aplicáveis terão força de sentença judicial definitiva. Sua execução ou reconhecimento poderão ser exigidos da mesma maneira que a das sentenças proferidas por tribunais ordinários nacionais ou estrangeiros, segundo as leis processuais do país onde forem executadas e o que for estabelecido a tal respeito por tratados internacionais."

Assim, tanto a sentença judiciária, decorrente do exercício da jurisdição diretamente pelo Estado, quanto a sentença arbitral, derivada do exercício de jurisdição delegada a particulares por autorização de lei ou de tratado internacional, têm, em regra, caráter obrigatório.

A obrigatoriedade decorre precisamente do poder de império do Estado, enquanto no exercício direto ou indireto de sua função: a jurisdição.

3.4. Controle da Atividade Arbitral

Por se tratar de atividade estatal exercida por particulares mediante delegação, o Estado guarda para si o dever do controle da prestação jurisdicional.

Novamente transportando os ensinamentos de Carmem Lúcia Antunes Rocha para o contexto da atividade jurisdicional, temos que "não se impôs óbice a que o Poder Público, pela atuação legislativa, entregasse a particulares a possibilidade de desempenho [da jurisdição], apenas resguardando-se, nesse caso, os princípios gerais dessa atividade, tais como (...) [o contraditório, desdobramento processual da igualdade, que abarca a ampla defesa e a imparcialidade do julgador], dentre outros.

O que é certo é que, num caso como em outro, vale dizer, no exercício da atividade pela entidade pública ou pela sua prestação indireta, ou seja, intermediando-se pelo particular interessado em colaborar com o Poder Público, a competência é sempre deste, sendo ele o titular do dever de assegurar a sua prestação à sociedade.

Aqui se observa a saliência da forma federativa de Estado adotada, porque a incumbência será da entidade que tenha recebido competência específica para determinado serviço público".[33]

---

33 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 86 e 87.

Portanto, cabe ao órgão judiciário que seria competente para a prestação jurisdicional o controle do respeito aos Princípios Gerais de Direito aplicáveis.

Adequando os ensinamentos de Pedro Henrique Poli de Figueiredo ao contexto da arbitragem, temos que "o órgão [de controle] (...) funciona como um instrumento de que vale o cidadão, que necessita [da atividade jurisdicional], contra eventual arbítrio (...) ou descaso do [árbitro]".[34]

O controle pelos órgãos judiciários pode variar conforme a amplitude da autorização legal para a delegação da prestação jurisdicional.

Na sistemática anterior à Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o controle consistia na própria homologação da decisão arbitral final:

Código de Processo Civil de 1973

"Art. 584. São títulos executivos judiciais:
(...)

III – a sentença homologatória de laudo arbitral, de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse questão posta em juízo;
(...)"

A nova Lei de Arbitragem, por sua vez, reduziu o âmbito do controle. O mecanismo atual de controle do Estado sobre a prestação jurisdicional que exerce indiretamente através dos árbitros consiste na possibilidade de nulidade do provimento final em determinados casos:

Lei de Arbitragem:

"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 prevaricacão, concussão ou corrupção passiva;

34 "O órgão regulador (...) funciona como um instrumento de que vale o cidadão, que necessita do serviço público, contra eventual arbítrio (...) ou descaso do concessionário." FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A Regulação do Serviço Público Concedido*. Porto Alegre, Síntese Editora, 1999, p. 50.

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."

A declaração de nulidade, porém, depende de provocação. A parte que se considerar lesada deve pleitear a nulidade da decisão arbitral perante o órgão estatal competente, à semelhança do que ocorre no caso das ações rescisórias de julgados do Judiciário:

Lei de Arbitragem:

"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 proferira 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."

4

Alterações Promovidas pela Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996

4.1. Breve Retrospectiva Histórica

Inicialmente, compete mencionar que a "arbitragem – malgrado jamais haja logrado no País vigência social mais expressiva – está prevista e regulada entre nós desde, pelo menos, as Ordenações Filipinas (Livro III, Títs. XVI e XVII); a Constituição do Império explicitamente a admitiu, no capítulo mesmo do Poder Judicial (art. 150); o Cód. Comercial de 1850 prescreveu, ao lado do voluntariamente instituído pelas partes, o juízo arbitral necessário para diversas questões mercantis (arts. 245, 294, 348, 739, 783, 846); no mesmo ano, o Regulamento 737 lhe disciplinou o procedimento (art. 411, § 1º); a L. 1.350, de 1866, aboliu a arbitragem obrigatória; a voluntária, porém, mantida pela D. 3.900, de 1867, sobreviveu ao fim do Império; acolheram-na, na República, o C. Civil, de 1916 (arts. 1.037 a 1.048), os Códigos de Proc. Civil de 1939 (arts. 1.031 a 1.048) e o vigente, de 1973 (arts. 1.072 a 1.102)".[1]

A nova Lei de Arbitragem, nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, veio disciplinar a matéria, alterando o atual Código de Processo Civil.

4.2. A Sistemática Anterior

Antes da vigência da nova Lei de Arbitragem, o Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, estabelecia:

---

1 Voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do AGRSE nº 5206-8/Reino da Espanha, em 10 de outubro de 1996, no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

"Art. 1.072. As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sob os quais a lei admita transação."

"Art. 1.097. O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; e, contendo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo (art. 584, III)."

"Art. 584. São títulos executivos judiciais:

(...)

III – a sentença homologatória de laudo arbitral, de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse sobre questão posta em juízo."

4.2.1. Necessidade de homologação pelo Poder Judiciário

O teor do artigo 1.097, acima transcrito, demonstra que na sistemática da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, a decisão proferida em um processo arbitral não se apresentava como título executivo, a menos que homologado pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, o artigo 584 da mesma Lei dispõe que "a sentença homologatória de laudo arbitral" é título executivo judicial.

4.2.2. Laudos arbitrais proferidos no exterior

Até 1978, os laudos proferidos em processos arbitrais desenvolvidos no exterior estavam sujeitos à dupla homologação para que lhes fosse conferido caráter executório no Brasil.

Prevalecia, no Supremo Tribunal Federal, o seguinte entendimento:

1º – os laudos arbitrais proferidos no exterior deveriam ser submetidos à homologação pelo Poder Judiciário do país onde foi proferido e

2º – a sentença estrangeira homologatória do laudo arbitral proferido no exterior deveria ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal para se tornar título executivo judicial no Brasil.

Essa "orientação restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal chegou a levar a situações juridicamente absurdas, como a de se exigir homologação pelo Poder Judiciário estrangeiro, de onde o laudo provinha, quando no país de origem do laudo (...) [se] dispensavam laudos arbitrais de qualquer homologação (...), admitindo sua auto-exeqüibilidade. Para

tais situações, somente a partir de 1978, com o julgamento da Sentença Estrangeira nº 2.468, é que o Supremo Tribunal entendeu de dispensar a homologação no país de origem, quando a lei do lugar determinasse tal dispensa".[2] Desta forma, a partir de 1978, o Supremo Tribunal Federal, em homologação de laudos arbitrais proferidos no exterior, passou a analisar se as leis do país de procedência dos laudos os dispensava de homologação interna. Conseqüentemente, existiam duas possibilidades:

as leis do país de procedência do laudo arbitral o dispensam de homologação interna ↓ o laudo arbitral é título executivo no país de procedência ↓ o Supremo Tribunal Federal homologa o laudo arbitral proferido no exterior, conferindo a ele caráter de título executivo no Brasil	X	as leis do país de procedência do laudo arbitral não o dispensam de homologação interna ↓ o laudo arbitral não é título executivo no país de procedência ↓ o Supremo Tribunal Federal homologa o laudo arbitral proferido no exterior, conferindo a ele caráter de título executivo no Brasil, se homologado anteriormente no país de procedência

4.3. A Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996 (Nova Lei de Arbitragem)

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, trouxe significativas inovações ao tratamento da arbitragem no Brasil. Sua análise revela tratar-se de um texto moderno e alinhado com os principais tratados internacionais sobre a matéria.

Ainda assim, a nova lei comporta várias críticas, inclusive pela impropriedade técnica de alguns de seus dispositivos. Não obstante, uma análise mais apurada de seus prós e contras certamente revela saldo bastante positivo.

4.3.1. Primeira alteração importante: título executivo jurisdicional

Já constatáramos que, na sistemática anterior, o laudo arbitral não era considerado título executivo, a menos que homologado pelo Poder Judiciário. Quanto a este aspecto, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996,

---

2 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 74.

alterando o teor do artigo 584 do Código de Processo Civil, apresenta uma de suas maiores inovações, conferindo à sentença arbitral o caráter de título executivo:

"Art. 584. São títulos executivos judiciais:

(...)

III – a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação."[3]

Entretanto, a nova redação do artigo acima transcrito também merece críticas, uma vez que emprega denominação tecnicamente incorreta. Conforme constatado anteriormente, os termos "jurisdicional" e "judiciário" não são exatamente coincidentes em seus significados.

"'Juris-dição' significa, como indica a própria composição da palavra, 'dizer' e, em certa medida, 'fazer'realidade o Direito".[4] É óbvio que o termo "juris-dicional" decorre da palavra "jurisdição".

Tanto o Juiz, em caso de solução judiciária, quanto o árbitro, na hipótese de arbitragem, ao "dizer" o Direito, proferem "decisões obrigatórias".[5] O termo "jurisdicional", gênero das espécies judicial e arbitral, traz consigo o cunho de obrigatoriedade:

Gênero	Espécies
Jurisdição (**Juris**dicional)	**Judi**ciário (**Judi**cial) Arbitragem (Arbitral)

Portanto, constata-se que o legislador brasileiro, para conferir cunho obrigatório à sentença arbitral, deveria designá-la como título executivo **jurisdi**cional.O termo **judi**cial mostra-se inadequado para designar a sen-

3 "Note-se que, posteriormente, em decorrência da edição da Lei nº 10.358/2001, o artigo 584, III, do Código de Processo Civil passou a apresentar os incisos III e VI com a seguinte redação:
Art. 584. São títulos executivos judiciais:
(...)
III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação ainda que verse matéria não posta em juízo;
(...)
VI – a sentença arbitral."

4 "Pese a que se trata de una expresión multívoca, es esclarecedor que 'juris-dicción' signifique, como lo indica la propria composición de la palabra, 'decir' y en cierta medida 'hacer' el Derecho." CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofía de la Jurisdicción*. Rosario, F.I.J., 1998, p. 7.

5 REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 353.

tença arbitral, na medida em que esta é produzida em fonte distinta do Poder Judiciário.

4.3.2. Segunda alteração importante: abolição da dupla homologação

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, também inovou ao abolir a necessidade de dupla homologação dos laudos arbitrais proferidos no exterior:

> "Art. 34.
> (...)
> 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."

De acordo com a nova sistemática, ainda que as leis do país de procedência do laudo arbitral não o dispensem de homologação interna, o Supremo Tribunal Federal poderá homologar o laudo arbitral proferido no exterior, conferindo a ele caráter de título executivo no Brasil.

5

A Convenção de Arbitragem entre Particulares na Lei e Jurisprudência Brasileiras

5.1. Conceituação Legal

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, também trouxe inovação quanto ao tratamento da convenção de arbitragem.

Esta inovação foi o ponto de partida de elaborado e complexo dissenso jurisprudencial. Também é a questão que a presente tese de doutoramento pretende enfrentar.

Eis as definições apresentadas pelo legislador brasileiro:

> "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."

> "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."

5.2. A Sistemática Anterior

Na sistemática do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, em vigor no período imediatamente anterior à publicação da nova lei, havia previsão de Compromisso Arbitral nos seguintes moldes:

> "Art. 1.072. As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pen-

dências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sob os quais a lei admita transação."

Do teor do artigo, constata-se que o "compromisso arbitral (...) [era] condição essencial para a existência do procedimento arbitral. A cláusula [arbitral], portanto, constante de um contrato, em face da exigência do compromisso, e na ausência deste, não induz[ia] automática e diretamente à arbitragem, nos termos do direito processual brasileiro. Não se ha[via] de falar, no Brasil, em arbitragem (...) fundada exclusivamente numa cláusula [arbitral]. A arbitragem nasc[ia] do compromisso e não da cláusula [arbitral] (...), nos termos do citado art. 1.072 do Código de Processo Civil".[1]

De acordo com o teor deste mesmo artigo, as "pessoas capazes de contratar" poderiam ou não firmar o compromisso. O texto legal não trazia a expressão "deverão". Portanto, aparentemente, não se tratava de obrigação, mas de faculdade.

Conseqüentemente, pode-se afirmar que na sistemática anterior à nova Lei de Arbitragem o compromisso arbitral era necessário à arbitragem, mas facultativo quanto à assinatura das partes.

5.3. Terceira Alteração Importante: Compromisso Arbitral Necessário (?) e Facultativo

A expressão idiomática "e", constante do artigo 3º da nova Lei de Arbitragem,[2] aparentemente expressa a opção do legislador brasileiro por manter a exigência do compromisso arbitral que, na sistemática atual, permaneceria necessário para fins de instauração da arbitragem. Em função da suposta exigência legal de celebração do compromisso arbitral, Hermes Marcelo Huck afirma que a "cláusula [arbitral] (...) e [o] compromisso arbitral, a cuja distinção pouca importância geralmente se dá, marcam no Brasil os limites entre a validade ou não de um procedimento arbitral".[3]

Para aqueles que entendem que na sistemática atual o compromisso arbitral permanece necessário, esta certamente seria a maior falha da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Por absoluta falta de ousadia do legislador, o Brasil teria deixado de alinhar suas normas sobre arbitragem às leis e

1 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 65.

2 "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."

3 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 65.

aos tratados mais modernos, não atribuindo "à cláusula arbitral efeito pleno de obrigação assumida pelas partes de submeterem-se à arbitragem".[4] Em ordenamentos jurídicos mais avançados na matéria, a inserção de uma cláusula arbitral em um contrato induz automática e diretamente à arbitragem, independentemente da celebração de compromisso arbitral.

Não obstante, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, trouxe novidade ao dispor que, "existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada" recorrer a Juízo para obrigar a outra parte a firmar o compromisso arbitral. É o que consta dos artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem:

> "Art. 6º (...)
>
> Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusando-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 lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim."

Constata-se, portanto, que o compromisso arbitral que, na sistemática anterior, era necessário à arbitragem, mas facultativo quanto à assinatura das partes, aparentemente teria permanecido necessário, mas tornou-se obrigatório no regime da lei atual.

Note-se que a inovação, instituindo a obrigatoriedade do compromisso arbitral, não foi suficiente para afastar as críticas à falta de ousadia da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Tanto assim que o professor Sérgio Bermudes, comentando a nova lei de arbitragem, questionou: "Imaginemos quanto tempo vai durar essa ação"[5] para celebração do compromisso arbitral. A celeridade, um dos atributos mais significativos da arbitragem, pode ficar comprometida.

---

4 MAGALHÃES, José Carlos de; e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*, São Paulo, Freitas Bastos, 1986, p. 25.

5 BERMUDES, Sergio. *A Nova Lei de Arbitragem no Brasil*, Rio de Janeiro, *International Chamber of Commerce*, Comitê Brasileiro, p. 08.

5.4. A Significativa Contribuição Jurisprudencial

Apesar de o artigo 3º da Lei de Arbitragem[6] apresentar o termo "**e**" entre as expressões cláusula compromissória e compromisso arbitral, a jurisprudência proveniente dos tribunais estaduais tem apontado no sentido de que a cláusula arbitral tem efeito pleno de obrigação assumida pelas partes de submeterem-se à arbitragem.

Os Tribunais de Alçada do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraná vêm interpretando o artigo 3º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em consonância com as legislações estrangeiras e tratados internacionais mais modernos e arrojados. Eis alguns trechos de julgados:

Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

> Agravo de Instrumento nº 197050990
>
> Oitava Câmara Cível
>
> Agravante: B&D Eletrodoméstico Ltda.
>
> Agravado: OK Ferramentas Elétricas Ltda.
>
> "Juízo Arbitral – Cláusula compromissória inserida em contrato de representação comercial – Direitos reclamados perante o Judiciário, por uma das partes com fundamento no contrato – Carência de ação – Art. 267, VII, c/c 301, IX, do CPC – Agravo provido.
>
> (...)
>
> A cláusula 18ª é taxativa e acordada pela partes:
>
> '(...) Qualquer controvérsia ou litígio entre as partes, resultante deste contrato ou com o mesmo relacionada que não seja resolvida de comum acordo pelas partes, será, a pedido escrito de qualquer delas, dirimida por juízo arbitral, na forma da legislação brasileira'.
>
> Não vejo como fugir da conclusão de que as partes estão vinculadas ao juízo arbitral. Embora ausente dos autos a inicial da ação proposta pela Agravada, trata-se de lide com fundamento no contrato de representação de fls. 36, onde se pede indenização ou pagamento por serviço de representação. Ora, o pedido é resultado do contrato e, indubitavelmente, com ele relacionado.

6 "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."

Razões pelas quais acolho o agravo, que tem fundamento no Art. 267, VII, c/c 301, IX, do CPC e no contrato com fundamento no qual ingressou a Agravada em juízo para extinguir o processo (...)."

Tribunal de Alçada de Minas Gerais

Apelação Cível nº 254852-9

Relatora: Jurema Brasil Marins

Apelante: Mendes Júnior Siderúrgica S/A

Apelado: Duferco Trading Companies Limited e outra

"Execução – Contrato de Exportação – Cláusula Arbitral – Jurisdição comum afastada – Extinção do processo sem julgamento do mérito – Eficácia de lei no tempo – Juízo Arbitral – Matéria exclusivamente processual.

(...)

A simples existência de qualquer das formas de convenção de arbitragem estabelecida pela Lei nº 9.307/96 – cláusula compromissória ou compromisso arbitral – conduz, desde que alegada pela parte contrária, à extinção do processo sem julgamento do mérito, visto que nenhum dos contratantes, sem concordância do "adversus", poderá arrepender-se de opção anterior, voluntária e livremente estabelecida no sentido de que eventuais conflitos sejam dirimidos através do juízo arbitral. Inteligência dos artigos 4º e 9º da Lei nº 9.307/96 c/c artigos 267, VII, 301, IX, ambos do Código de Processo Civil.

Em lema de juízo arbitral, matéria estritamente processual, é irrelevante que a arbitragem tenha sido convencionada antes da vigência da Lei nº 9.307/96, visto que, como se depreende do artigo 1.211 do Código de Processo Civil, a lei tem incidência imediata, sendo, destarte, inteiramente aplicável à execução apresentada em juízo na vigência da lei nova."

Tribunal de Alçada do Paraná

Apelação Cível nº 92466-3

Relatora: Dulce Maria Cecconi

Apelante: Yvete Alves de Camargo Rego

Apelado: Administração e Participações Tacla Ltda.

"Apelação Cível – Cobrança embasada em inadimplência contratual – Instrumento Particular de Transação instituindo o Juízo Arbitral para

avaliação da extensão dos danos no imóvel – Necessidade da prévia constatação desses danos e conseqüente impossibilidade da ocupação do imóvel no prazo estipulado pelas partes – Recurso improvido.

(...)

Prolatou o magistrado, a seguir, a sentença de fls. 107 a 110, pela qual acolheu a preliminar de carência de ação, por entender que a autora deve socorrer-se do Juízo Arbitral, legalmente constituído pelas partes a fim de solucionar a demanda, extinguindo, em conseqüência, o processo.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação (...).

Dessa leitura vê-se que as obrigações, com efeito, são distintas, mas cumpria à apelante assegurar-se, primeiro, de que o uso do imóvel não era possível, comprovando que a empresa apelada não efetuara os reparos a que se obrigara, e só após essa constatação, via arbitral, pela escolha das partes, recorrer à cobrança dos aluguéis, na forma convencionada."

A decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, exemplar pela celeridade e abalizamento de suas decisões, é de clareza meridiana. Do voto da relatora, Juíza Jurema Brasil Marins, extraímos que "a simples existência de qualquer das formas de convenção de arbitragem estabelecida pela Lei nº 9.307/96 – cláusula compromissória ou compromisso arbitral – conduz, desde que alegada pela parte contrária, à extinção do processo sem julgamento do mérito". O mesmo se depreende dos outros dois julgados acima transcritos.

Não obstante, não se pode omitir que o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido em 10 de outubro de 1996, no julgamento do AGRSE nº 5206-8/Reino da Espanha, afirmou:

"Não posso fugir desse modo, à declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º da Lei de Arbitragem e, em conseqüência, dos dispositivos que delas derivam, isto é, no art. 41, da nova redação dada aos arts. 267, VII, e 301, IX, do C. Pr. Civil (que estendem a qualquer modalidade de convenção de arbitragem – e, pois, à hipótese de simples cláusula compromissória – a força impeditiva da constituição ou da continuidade do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral) (...)."

É necessário destacar que por muitos tem sido afirmado que o conscienciosо Ministro Sepúlveda Pertence teria entendido que seria inconstitucional a possibilidade de se submeter controvérsias à arbitragem, em face do teor do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Entretanto, não é isso que se depreende de seu voto:

"A questão da constitucionalidade do juízo arbitral é aventada sobretudo a partir de 1946, quando a Constituição – seguida por todos os textos fundamentais subseqüentes – erigiu em garantia constitucional expressa que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída pela lei à apreciação do Poder Judiciário."

"Não obstante essa enfática declaração constitucional da unidade e da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, **a resposta afirmativa da constitucionalidade do juízo arbitral tem sido quase acorde entre os doutos.**"

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

"Ora, se a pretensão material mesma é disponível, igualmente disponível se há de reputar a ação votada à sua afirmação jurisdicional (...)."

"Irretocável, sob esse prisma, o parecer do em. Procurador-Geral."

"'O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece' – enfatiza S. Exa. – 'é que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabeleceu que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devam levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, **não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental da ação.**'"

Portanto, desde que seja disponível o Direito que se pretende submeter à arbitragem, entende-se plenamente possível o recurso das partes à arbitragem.

A preocupação expressa no voto do prudente Ministro Sepúlveda Pertence é outra:

"O que (...) tem preocupado não é a legitimidade constitucional da arbitragem instituída consensualmente, mas – como testemunha Nicolo Trocker (*Processo Civile e Costituzione*, Milano, 1974, p. 694) – a necessidade de predispor cautelas eficazes contra o risco de que, sob o pálio da liberdade contratual, se imponha na realidade o poder de parte economicamente mais forte *'nella imposizione di clausole di compromissione, di arbitraggio o addiriture di rinuncia tout court all azionabilità di una pretesa'*."

"No ponto, entretanto, a nova Lei de Arbitragem introduz alteração radical na legislação anterior, cuja significação no ponto não se pode eludir: a possibilidade de conversão, por sentença judiciária, da cláusula arbitral em compromisso."

"Cheguei, porém – depois de longa reflexão –, à conclusão de que, nesse tópico, a lei foi efetivamente além das marcas impostas pela Constituição ao âmbito de validez da disciplina legal da arbitragem."

"Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente (...)."

Constata-se, pois, que a discussão versava sobre a inovação proposta pelos artigos 6° e 7° da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Estava em xeque a obrigatoriedade de as partes firmarem o compromisso arbitral.

Em julgamento da Sentença Estrangeira Contestada n° 5.847 – Reino Unido, o relator, Ministro Maurício Corrêa, manifestou opinião diversa daquela sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

"14. Ademais, estou admitindo que a tese da inexequibilidade da cláusula compromissória põe-se em confronto com o Código Civil, que prevê situações em que o objeto do contrato não é determinado, mas determinável, sendo necessário concretizar a vontade das partes e não substituí-la.

(...)

16. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona, ao comentar os arts. 6° e 7° da lei em questão, *verbis*:

'A vontade das partes é absolutamente clara, no momento em que firma a cláusula arbitral, no sentido de quererem afastar a competência do juiz togado para solucionar qualquer pendência que as envolva decorrente de certa relação jurídica. É o quanto basta para que tal vontade (jurídica e jurígena) tenha efetiva proteção estatal, já que, se assim não fosse, estaria negada a tutela específica da obrigação assumida. Se é verdade que o objeto da contenda, no momento da celebração da cláusula compromissória, ainda é indeterminado (...), também é certo que tal objeto é perfeitamente determinável, cabendo ao juiz togado, se e quando houver litígio – e se houver resistência quanto à instituição do juízo arbitral –, fazer valer a vontade previamente manifestada' (*in Arbitragem e processo, um comentário à Lei n° 9.307/96*, Malheiros, p. 103).

(...)

De igual forma, improcede o entendimento sobre serem inconstitucionais os arts. 41 e 42 da Lei 9.307/96 em virtude da alegada inconstitucionalidade dos arts. 6° e 7°, antes examinados, porque, como ficou dito, na execução da cláusula compromissória o juiz não substitui a vontade das partes, mas a concretiza."

A orientação do Pleno do Supremo Tribunal Federal somente foi definida em 19 de dezembro de 2002, com o fim do julgamento do AGRSE n° 5206-8/Reino da Espanha, quando foram considerados constitucionais os artigos 6° e 7° da Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996, referentes à convenção de arbitragem.

Eis a posição adotada por cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade dos mencionados dispositivos legais:

Ministro(a)	Decisão
Celso de Mello	Constitucionais
Ellen Graicie	Constitucionais
Ilmar Galvão	Constitucionais
Marco Aurélio	Constitucionais
Maurício Corrêa	Constitucionais
Moreira Alves	Inconstitucionais
Nelson Jobim	Constitucionais
Néri da Silveira	Inconstitucionais
Sepúlveda Pertence	Inconstitucionais
Sydney Sanches	Inconstitucionais

A divergência no âmbito do órgão judiciário de cúpula indica que a análise da questão não prescinde de estudo detido de Direito Civil, especialmente no que tange à autonomia e aos efeitos da cláusula arbitral ou cláusula compromissória. É certo que os resultados de tais estudos implicarão, inclusive, a opção entre uma destas expressões. Se autônoma, deve ser designada cláusula arbitral. Caso contrário, a terminologia "cláusula compromissória" pareceria mais adequada.

6

A Convenção de Arbitragem entre Particulares na Doutrina Brasileira Atual

6.1. Compromisso Arbitral Necessário

Não há harmonia entre os diversos entendimentos quanto à natureza jurídica da arbitragem. Enquanto alguns defendem a superposição do caráter contratual, outros sustentam a prevalência da natureza jurisdicional.

Apesar de toda a polêmica, a doutrina moderna parece admitir a coexistência dos dois ingredientes. Nesse sentido é que José Eduardo Carreira Alvim leciona que "igual ensinamento professam Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, afirmando que o fundamento convencional da arbitragem não é contestado: o poder de julgar reconhecido aos árbitros nasce de um acordo de vontades. (...) Ao componente jurisdicional se acresce o componente convencional".[1]

Entretanto, ainda mais polêmicas que a problemática envolvendo a arbitragem são as discussões quanto à natureza jurídica e aos efeitos da cláusula e do compromisso arbitrais.

Após detido estudo sobre a natureza jurídica da cláusula e do compromisso arbitrais, José Eduardo Carreira Alvim sustenta que "a convenção de arbitragem é gênero que, no direito interno, tem como espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (...)". Afirma, ainda, que a convenção de arbitragem tem "caráter de negócio jurídico (...), porquanto, na base de uma e outro, está a vontade das partes (...)".[2]

---

1 ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 211.

2 "Cumpre registrar, por ora, que a cláusula compromissória traduz um acordo relativamente a litígios futuros, enquanto o compromisso arbitral, um acordo relativa-

Quanto aos efeitos da cláusula e do compromisso arbitrais, José Eduardo Carreira Alvim, apesar de reconhecer o "esforço da doutrina nacional em afastar a distinção adotada pela Lei de Arbitragem brasileira, entre 'cláusula compromissória' e 'compromisso arbitral', conclui que 'no direito arbitral interno brasileiro', o juízo arbitral liga-se à 'convenção de arbitragem' e, em ge-

---

mente a litígios atuais. Compromisso e cláusula compromissória, doutrina Carmona, compartilham da mesma natureza, diferindo apenas pelo fato de que esta última tem por objeto *nondum natae*. No mesmo sentido, Arredondo, para quem o compromisso se distingue da cláusula compromissória, porque o primeiro versa sobre uma lide já existente, enquanto na segunda a intenção das partes é deferir a árbitros a resolução de uma lide ainda não existente."

"Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que a cláusula compromissória é pactuada no suposto de vir a surgir controvérsia sobre determinada relação jurídica-base, e que pode até nem ocorrer, o que a faz participar também da natureza jurídica de ato sujeito ao implemento de condição suspensiva."

"A cláusula consubstancia uma obrigação sujeita à condição de que se produza, no futuro, controvérsia entre as partes. Precise-se, contudo, que para Arredondo o ato jurídico é fato voluntário em que a vontade é dirigida à obtenção de um efeito jurídico determinado, sendo, portanto, um negócio jurídico de caráter bilateral."

"Carnelutti considerava a cláusula compromissória como uma 'disposição' constitutiva, sendo a disposição 'o ato mediante o qual o agente regula, segundo seus interesses, a composição ou desenvolvimento do processo'. Idêntico caminho percorreu Arredondo, para quem a natureza jurídica do compromisso e da cláusula compromissória apresentam as características de acordos constitutivos, podendo dizer-se mesmo que contém uma 'disposição'."

"A doutrina nacional, antes da nova Lei de Arbitragem, via na cláusula compromissória um *pactum de compromitendo*, isto é, uma convenção celebrada entre os contratantes, pelo qual estipulavam que as divergências que viessem a surgir entre eles sobre um dado negócio jurídico (geralmente acerca da execução ou interpretação de um contrato) seriam resolvidas por meio de arbitragem. No entanto, os tribunais, seguindo a doutrina civilista de Clóvis Beviláqua, não reconheciam valor vinculativo a esse pacto preliminar, vendo nele uma simples obrigação de fazer (de celebrar o compromisso) que, descumprida, não comportava execução específica, rendendo apenas ensejo a perdas e danos (*nemo praecise cogi potest ad factum*).

No Direito estrangeiro, esse entendimento também fez seguidores, vendo muitos a cláusula compromissória como uma 'promessa de compromisso' (Andrioli, Merlin, Fueyo), embora a melhor doutrina se batesse em sentido contrário (Arredondo), sustentando a natureza de verdadeiro contrato da cláusula compromissória, sem qualquer caráter preparatório relativamente ao contrato principal.

Essa orientação dominou a jurisprudência brasileira durante todo o tempo em que vigeu a arbitragem disciplinada pelo Código de Processo Civil, tanto o anterior quanto o atual. Ante a dificuldade de se liquidarem as perdas e danos decorrentes do descumprimento da promessa de firmar compromisso, Carmona, na vigência da legislação anterior, apoiando-se na lição de Sílvio Rodrigues, recomendava às partes que fizessem consignar cláusula específica para essa eventualidade, dissuadindo os contratantes de quebrarem o compromisso preliminar." ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, pp. 207 a 216.

ral, não dispensa o compromisso (...)". Sustenta sua posição, afirmando que, "de outra forma, não teria o Poder Judiciário como controlar a atividade arbitral, pois todo o controle é feito 'a partir do compromisso, e com base nele', o qual não é uma formalidade que as partes dispensam a seu sabor (...)".[3]

Neste sentido, José Eduardo Carreira Alvim, em sintonia com o texto legal, mas em contraposição à jurisprudência dos Tribunais de Alçada do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraná, conclui que, ainda após a edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o compromisso arbitral permanece indispensável à instalação do processo arbitral.

6.2. Compromisso Arbitral Desnecessário

O professor João Alberto de Almeida, em dissertação de mestrado sustentada na Universidade Federal de Minas Gerais, defendeu que o compromisso arbitral pode se fazer desnecessário.

---

3 "No direito arbitral interno brasileiro, o juízo arbitral liga-se à 'convenção de arbitragem' e, em geral, não dispensa o compromisso, provado por escrito, constante de 'termo nos autos', 'escrito particular assinado por duas testemunhas' ou 'instrumento público'."
"De outra forma, não teria o Poder Judiciário como controlar a atividade arbitral, pois todo o controle é feito 'a partir do compromisso, e com base nele', o qual não é uma formalidade que as partes dispensam a seu sabor, mediante simples 'reporte' às regras externas de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada."
"A engenhosa construção sobre a cláusula compromissória 'cheia' e cláusula compromissória 'vazia' constitui um esforço da doutrina nacional em afastar a distinção adotada pela Lei de Arbitragem brasileira, entre 'cláusula compromissória' e 'compromissso arbitral', aproximando-se mais do Direito espanhol, que abandonou essa diferenciação consagrando apenas o 'convênio arbitral', e, agora, do Direito francês, que permite passar-se diretamente ao juízo arbitral sem transitar pelo compromisso."
"Por isso, a doutrina vem distinguindo a cláusula compromissória cheia (ou completa) da cláusula compromissória vazia (ou incompleta). Reputa-se cheia a cláusula em que as partes, valendo-se da faculdade prevista no art. 5º da Lei de Arbitragem, reportam-se às regras de um órgão arbitral ou entidade especializada, caso em que a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras; reputa-se vazia a cláusula que não se reporta às citadas regras, nem contenha as indicações para a nomeação de árbitros, de forma a possibilitar a constituição do juízo arbitral.
Para Carmona, a cláusula compromissória deixou de ser apenas um pré-contrato de compromisso, eis que, nos termos do art. 5º, o juízo arbitral pode ser instituído sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral. Para o processualista, se a cláusula for 'completa', o compromisso será mera formalidade, porquanto, neste caso, bastará a parte interessada acionar os mecanismos por ela predeterminados na convenção de arbitragem, para que se instaure o juízo arbitral, que se considera instituído pela aceitação do encargo pelo árbitro independentemente de compromisso." ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte,Mandamentos, 2000, pp. 215, 221, 223 e 229.

Neste sentido é que, quanto à natureza jurídica da cláusula compromissória, João Alberto de Almeida sustenta que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterou "em definitivo a concepção de que se constituía em mera promessa de contratar", "reconhecendo (...) que possui a mesma natureza jurídica dos contratos, tomando-a por um deles". Precisamente, a cláusula arbitral teria natureza jurídica de "negócio jurídico processual".

Conseqüentemente, João Alberto de Almeida afirma que "tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral produzem efeitos semelhantes em relação ao juízo estatal (efeito negativo, pois o afasta) e em relação aos árbitros indicados (positivo, pois lhes transfere a responsabilidade pela solução da pendência, instituindo a arbitragem)".

Fundamenta sua postura, alegando que os artigos "5º e 19 da Lei de Arbitragem, na forma como estão postos, mostram que, no caso de estabelecerem as partes cláusula compromissória completa, ou simplesmente estabelecerem através de cláusula compromissória que a arbitragem será instituída e processada segundo regras de algum órgão institucional ou entidade especializada, (...) estará afastada, em definitivo, a via [judiciária de] (...) solução do conflito".[4]

---

4 "Sob a denominação 'convenção de arbitragem', o legislador, alterando de forma radical o sistema vigente, previsto tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Processo Civil, englobou tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral, atribuindo-lhes, sem qualquer reserva, o efeito mencionado."
"Todavia, como o próprio Beviláqua de muito havia previsto, modificou-se todo o panorama com a edição da Lei de Arbitragem, uma vez que expressamente atribuíram-se efeitos à cláusula compromissória, possibilitando, através de sua celebração, o afastamento da jurisdição, obrigando-se as partes a se submeterem ao juízo arbitral, alterando-se, em definitivo, a concepção de que se constituía em mera promessa de contratar."
"Já à véspera da promulgação da Lei de Arbitragem, César Fiúza, ao conceituar a cláusula compromissória, apõe-lhe a denominação 'pacto acessório', atribui-lhe o efeito de afastar previamente a atividade jurisdicional do estado mesmo em relações que não sejam contratuais, reconhecendo, sem rodeios, que possui a mesma natureza jurídica dos contratos, tomando-a por um deles."
"Na verdade, pelo sistema da Lei de Arbitragem, tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral produzem efeitos semelhantes em relação ao juízo estatal (efeito negativo, pois o afasta) e em relação ao árbitros indicados (positivo, pois lhes transfere a responsabilidade pela solução da pendência, instituindo a arbitragem), o que leva à conclusão de que a melhor posição doutrinária é ter a cláusula compromissória, se completa ou celebrada em conformidade com os arts. 5º e 19 da nova Lei de Arbitragem, por um negócio jurídico processual." ALMEIDA, João Alberto de. "Arbitragem: Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral – Notas sobre a Lei Brasileira de Arbitragem". Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da UFMG, pp. 12 e 17 a 19.

Não obstante, João Alberto de Almeida, referindo-se àqueles que se alinham a José Eduardo Carreira Alvim, anota "que opiniões existem em contrário, mesmo após a edição da Lei de Arbitragem, as quais têm a cláusula compromissória como contrato preliminar ou promessa de contratar, (...) reservando-lhe (...) como finalidade única criar a obrigação para as partes de celebrar o compromisso arbitral".[5]

---

5 "Todavia, não se pode deixar de anotar que opiniões existem em contrário, mesmo após a edição da Lei de Arbitragem, as quais têm a cláusula compromissória como contrato preliminar ou promessa de contratar, como já afirmado, mas reservando-lhe, ainda, como finalidade única, criar a obrigação para as partes de celebrar o compromisso arbitral.
Não se tomem por incorretas tais posturas.
Sim, uma vez que a cláusula compromissória pode apresentar-se de forma diversa.
Ora, a cláusula compromissória pode apresentar-se vazia, isto é, despida de outros elementos que não a previsão escrita de que possíveis controvérsias, oriundas de determinada relação jurídica, serão dirimidas pela via arbitral.
Se assim ocorrer, indispensável se torna a celebração do compromisso arbitral, afastando-se a idéia de que, neste caso, a cláusula compromissória constitua meio suficiente à instauração do juízo arbitral.
Tal verificação produz outro inarredável efeito, uma vez que permite ter a cláusula compromissória como um contrato que obriga as partes a celebrarem outro pacto, posterior à verificação do litígio, ou seja, o compromisso arbitral.
Tem-se, desse modo, que a cláusula compromissória pode ser constituída de diferentes formas, produzindo efeitos diversos, o que leva a ser tomada como possuindo nestas hipóteses natureza jurídica diversa.
Sim, natureza jurídica diversa.
Pode ser havida como negócio jurídico processual ou então como um contrato que estabeleça obrigação futura de se celebrar o compromisso arbitral." ALMEIDA, João Alberto de. "Arbitragem: Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral – Notas sobre a Lei Brasileira de Arbitragem". Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da UFMG, pp. 20 e 21.

7

Análise Preliminar: Do Fato ao Contrato

7.1. Fatos Jurídicos

João Baptista Villela ensina que "a jurisdicidade não é um atributo intrínseco à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade".

O Direito, portanto, pode ou não afetar os fatos em geral, destacando-lhes conseqüências jurídicas. "A intervenção do Direito dá-se (...) a partir do preciso instante em que os fatos deixam de lhe ser indiferentes."

"Logo, o fato e o fato jurídico não são categorias ontológicas distintas, mas atitudes axiologicamente diversas diante da mesma fenomenidade."[1]

7.2. Atos Jurídicos

João Baptista Villela, em busca da precisão conceitual, ensina, ainda, que "entre os fatos (...) jurídicos [ou seja, aqueles afetados pelo Direito] cabe extremar os voluntários dos involuntários. À classe dos voluntários, por serem fatos exclusivamente humanos, corresponde bem a expressão ato".[2]

Ato jurídico decorre da vontade do agente, ou seja, daquele que o está praticando. De acordo com o professor Mesquita Lara,[3] essa vontade pode

---

1 VILLELA, João Baptista. "Do Fato ao Negócio: Em Busca da Precisão Conceitual". *In Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo, Saraiva, p. 256.

2 VILLELA, João Baptista. "Do Fato ao Negócio: Em Busca da Precisão Conceitual". *In Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo, Saraiva, p. 257.

3 Aula proferida para os alunos do curso de Pós-Graduação, disciplina Direito Civil Comparado II, no segundo semestre de 1999.

ser declarada (dita ou escrita), ou ostentar outras formas de manifestação *stricto sensu,* como, por exemplo, a omissão. Neste sentido, a declaração e a manifestação *stricto sensu* são espécies da manifestação de vontade *lato sensu*:

Manifestação de Vontade *Lato Sensu*

Declaração de Vontade
Manifestação de Vontade *Stricto Sensu*

7.3. Negócios Jurídicos

Ainda de acordo com o professor Mesquita Lara, a declaração de vontade (dita ou escrita) compreende o ato negocial e a declaração *stricto sensu*. Esta última pode ser:

- comunicativa (ex.: notificação),
- impositiva (ex.: envio de título para protesto) e
- liberatória (ex.: anuência para liberação de hipoteca).

Declaração de Vontade *Lato Sensu*

Ato Negocial
Declaração de Vontade *Stricto Sensu*

O enquadramento dos atos jurídicos dentro destas espécies não é missão fácil. Tanto assim que João Batista Villela pondera que, "no interior da categoria atos jurídicos, a doutrina mais autorizada distingue entre os negócios e os atos *stricto sensu*. Onde, porém, terminam os limites conceituais do negócio jurídico e começa o conteúdo residual dos atos *stricto sensu*, ou vice-versa, é matéria a cujo respeito o consenso teórico parece longe de verificar-se".[4]

7.4. Contratos

Hans Kelsen ensina que, "conforme o fato jurídico-negocial seja constituído pelo ato de um indivíduo ou pelos atos de dois ou mais indivíduos, assim distinguimos entre negócios jurídicos unilaterais e negócios

4 VILLELA, João Baptista. "Do Fato ao Negócio: Em Busca da Precisão Conceitual". *In Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo, Saraiva, p. 263.

jurídicos bilaterais ou plurilaterais. (...) O fato contratual consiste nas declarações de vontade concordantes de dois ou mais indivíduos (...)".[5]

Entretanto, também quanto aos contratos não há consenso. Eis as ponderações de Orlando Gomes: "Não se deve confundir, portanto, a bilateralidade da obrigação contratual com a bilateralidade do consentimento. Dizer-se que um contrato é bilateral porque resulta do acordo de vontades – bilateralidade do consentimento – é desconhecer a acepção técnica da expressão, confundindo a formação do negócio jurídico com a sua eficácia – bilateralidade da obrigação contratual."[6]

A divergência ocorre porque "os qualitativos unilateral e bilateral empregam-se para diferenciar os negócios jurídicos, assim na formação como nos efeitos. Sob o ponto de vista da formação, negócio jurídico unilateral é o que decorre fundamentalmente da declaração de vontade de uma só pessoa, e bilateral o que se constitui mediante concurso de vontades. O contrato é o negócio jurídico mediante concurso de vontades. O contrato é o negócio jurídico bilateral por excelência. Todo contrato, com efeito, é por definição, negócio bilateral, visto que supõe declarações coincidentes de vontades. Considerado, pois, no momento de sua formação, seria contra-senso falar-se em contrato unilateral, mas, levando-se em conta os efeitos que esse negócio jurídico bilateral produz, verifica-se que ora cria obrigações para as duas partes, ora para uma só. Então, sob esse aspecto, se denomina bilateral no primeiro caso, e unilateral no segundo, porque ali as obrigações nasceram nos dois lados e aqui num só. Assim, na formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, mas, nos efeitos, tanto pode ser bilateral como unilateral".[7]

Parece não haver dúvidas, porém, de que "o negócio jurídico de longe mais importante no Direito moderno é o (...) contrato",[8] que, de acordo com Washington de Barros Monteiro, "tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito".[9]

Mas também neste ponto há controvérsia. João Baptista Villela destaca que "enquanto uns (...) dão [aos contratos] compreensão mais abrangente, por modo a alcançar tanto as convenções produtivas como as modificativas de obrigações, outros lhe reservam apenas a área dos atos criadores

---

5 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 352.
6 GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 71.
7 GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 71.
8 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 263.
9 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1962, p. 5.

de direitos, excluídas, pois, de sua significação, hipóteses variadas de categorias jurídicas, assentadas num acordo de vontades". [10]

Da mesma forma, o contrato "para alguns só pode concernir a direitos pessoais; para outros, ao invés, tanto se refere àqueles como a direitos reais, susceptíveis que são estes de também se constituírem, modificarem ou extinguirem por via de convenção, cuja substância jurídica em nada diferiria do contrato obrigacional (...)".[11]

Constata-se, portanto, que o âmbito de aplicação do termo contrato não é questão pacífica. Os diversos entendimentos comportam desde o contrato como acordo de vontades destinado a criar direito até o contrato como sinônimo de convenção.

"A despeito da grande variedade de posições acerca da idéia de contrato, é certo que em todas elas está presente o elemento liberdade, verdadeiro denominador comum das diferentes concepções. É fato que na caracterização desta liberdade voltam os espíritos a divergir, pois, enquanto uns se contentam para reconhecê-la com um mínimo de poder volitivo, outros entendem que não se pode falar dela ali onde a autodeterminação dos contraentes não lograr uma razoável expressividade. Mas este mesmo conflito parece claramente confirmatório de que é na liberdade que reside a essência da idéia contratual."[12]

10 VILLELA, João Baptista. *Por Uma Nova Teoria dos Contratos*. São Paulo, Revista Forense, vol. 261, p. 27.

11 VILLELA, João Baptista. *Por Uma Nova Teoria dos Contratos*. São Paulo, Revista Forense, vol. 261, p. 27.

12 VILLELA, João Baptista. *Por Uma Nova Teoria dos Contratos*. São Paulo, Revista Forense, vol. 261, p. 32.

8

A Cláusula Arbitral Enquanto Contrato

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe:

"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."

Uma análise do dispositivo acima faz constatar que a cláusula arbitral:

- é fato jurídico, na medida em que é afetado pelo Direito;
- é ato jurídico, por se enquadrar entre os fatos jurídicos voluntários;
- é negócio jurídico, em função de a declaração de vontade gerar obrigação para os agentes; e
- é contrato, por resultar de atos negociais onde as vontades dos agentes estão acordadas com o propósito de criar direito de ação.

Note-se que a cláusula arbitral, enquanto contrato, confere às partes direito de ação, entendido por "Chiovenda (...) como direito subjetivo de natureza potestativa".[1] Assim, a cláusula arbitral cria para as partes a faculdade de pleitearem, através de procedimento arbitral, solução para eventuais controvérsias.

Como "o procedimento [arbitral] não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos (...)",[2] é

---

1 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, p. 137.

2 "O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em

de se questionar se também o procedimento estaria abarcado pela extensão conceitual da cláusula arbitral, apresentando todo ele o caráter de contrato.

"Segundo CORBIN, a palavra [contrato] denota, no seu uso comum, três coisas diferentes em várias combinações: 1° – a série de atos operacionais das partes, exprimindo seu acordo, ou uma parte destes atos; 2° – o documento material onde este acordo vem expresso, e que, por isto mesmo, supõe a celebração de atos anteriores, traduzindo a intenção das partes; 3° – as relações legais resultantes dos atos operacionais das partes, a que se prefere aqui chamar situação contratual.

Um trato elementar com a técnica dos conceitos jurídicos naturalmente não permitirá a ninguém confundir o segundo sentido com qualquer dos outros dois. Só por brevidade se chama de contrato ao instrumento do contrato, assim como se chama de lei ou código ao papel ou livro em que uma ou outro se acham exarados. Já a confusão das outras acepções é menos desdenhável. E parece que os autores não têm insistido suficientemente em distinguir as duas realidades ontológicas. Pode-se dizer que as coisas se passam aqui semelhantemente ao que ocorreu na doutrina do direito de família a propósito do significado de casamento. Muita discussão estéril teria sido evitada se se houvesse adequadamente distinguido que uma coisa é a celebração do casamento, outra coisa o *status* sociolegal que dela resulta.

(...)

Assim também há aqui um *contractus in fieri* e um *contractus in facto esse*, ou em vernáculo: ato constitutivo do contrato e situação contratual."[3]

No caso da cláusula arbitral, também notam-se "um *contractus in fieri* e um *contractus in facto esse*, ou em vernáculo": a cláusula arbitral enquanto ato isolado e enquanto ato desencadeador do procedimento arbitral.

procedimento como conseqüência de normas, de atos e de posições subjetivas."(...) "Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas." GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, pp. 108 e 109.

3 VILLELA, João Baptista. *Por Uma Nova Teoria dos Contratos*. São Paulo, Revista Forense, vol. 261, p. 28.

De uma forma ou de outra, a cláusula arbitral, enquanto contrato, é ato jurídico "processual",[4] entendido como aquele que "tem por conseqüência (...) a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual"[5] para a solução de "litígios que possam vir a surgir".

---

4 Cf. ALMEIDA, João Alberto de. "Arbitragem: Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral – Notas sobre a Lei Brasileira de Arbitragem". Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da UFMG, pp. 18 e 19.

5 "Dizem-se atos jurídicos processuais os que têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, os atos que têm por conseqüência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual." CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1965, 3º vol., pp. 13 e 14.

9

A Cláusula Arbitral: Existência, Validade e Eficácia

9.1. Existência Autônoma

O complexo de atos que compõem o processo arbitral, desde sua instituição até o cumprimento da sentença arbitral pelas partes, pode ser precedido de uma cláusula arbitral inserida no contrato objeto da controvérsia.

Essa cláusula arbitral "é a manifestação da vontade das partes em submeter à arbitragem eventual controvérsia [...] Insere-se, portanto, em contrato, [...] [apresentando] conteúdo e objeto próprios que não [se] confundem com as demais cláusulas".[1]

Note-se que a existência distinta ou autônoma em relação ao contrato onde a cláusula esteja inserida decorre do § 1º do artigo 4º e do artigo 8º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996:

> "Art. 4º (...)
>
> § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.
>
> (...)
>
> 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."

1 MAGALHÃES, José Carlos de; e BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial. São Paulo, Freitas Bastos, 1986, p. 21.

Conseqüentemente, "do ponto de vista dos seus efeitos, a autonomia da cláusula significa que a eficácia do contrato ou a sua extinção não influi na eficácia ou na extinção da cláusula, e vice-versa..."[2]

Assim, a cláusula arbitral apresenta-se como um contrato autônomo em relação àquele onde ela está inserida.

9.2. Validade

Enquanto ato jurídico, a cláusula arbitral deve, necessariamente, atender aos requisitos impostos pelo artigo 82 do Código Civil:

"Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)."

Estes mesmos requisitos são mantidos, de forma ainda mais precisa, na sistemática do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002):

"Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei."

9.2.1. Capacidade das partes

A apuração da capacidade das partes da cláusula arbitral não foge dos critérios comuns traçados pelo Código Civil.

9.2.2. Objeto lícito

A cláusula arbitral cria para as partes a faculdade de pleitearem, por intermédio do procedimento arbitral, solução para eventuais controvérsias. Seu objeto consiste, portanto, na instauração de procedimento arbitral, a partir do exercício do direito de ação por qualquer das partes que a tenham firmado.

A licitude deste objeto decorre do próprio artigo 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996:

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

---

2 ALVIM, José Eduardo Carreira. "Direito Arbitral Interno Brasileiro". Tese defendida na Faculdade de Direito da UFMG, p. 236.

Pode-se concluir, portanto, que, em se restringindo ao âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, a cláusula arbitral apresenta-se como ato jurídico válido.

9.2.3. Forma prescrita em lei

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, não foi omissa quanto à estipulação de forma para a cláusula arbitral:

> "Art. 4º (...)
>
> § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira."

Conseqüentemente,

- sendo as partes da cláusula arbitral capazes;
- tendo a mesma objeto lícito; e
- estando estruturada de forma escrita, é certo que a cláusula arbitral consistirá em ato jurídico existente e válido.

9.3. Eficácia

Hans Kelsen ponderou que a "determinação correta da relação [entre validade e eficácia] é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista",[3] aplicável por certo aos fatos jurídicos em geral.

Especificamente quanto aos atos jurídicos, esta relação apresenta-se ainda mais complexa, à medida que o modo de constituição da vontade e a estrutura do ato, além de determinantes para sua validade, são fundamentais para a produção dos efeitos jurídicos.[4]

Se o modo de constituição e a estrutura do ato manifestam-se de maneira a atender aos requisitos da capacidade das partes, da licitude do objeto e da adequação da forma, o ato pode ser tido como válido. Não obstante, sua eficácia não decorre necessariamente de sua validade.

Washington de Barros Monteiro ensina que os "atos jurídicos [...] se decompõem em vários elementos: I – *essentialia negotti*; II – *naturalia negotti*; III – *accidentalia negotti*. Os primeiros são os elementos essenciais,

---

3 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra. Trad. Armênio, 1974, p. 292.

4 VILLELA, João Baptista. *Por uma Nova Teoria dos Contratos*. São Paulo, Revista Forense, vol. 261, p. 28.

a estrutura do ato, que lhe formam a substância e sem os quais o ato não existe. Os segundos são as conseqüências que decorrem do ato, independentemente de expressa menção. Os terceiros, finalmente, são cláusulas que se adicionam ao ato para o fim de modificar uma ou algumas de suas conseqüências naturais".[5]

Entre os elementos acidentais estão as condições, tal como definidas na legislação civil:

> "Art. 114. Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto" (Código Civil de 1916).

> "Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto" (Código Civil de 2002).

"Nessa definição aparecem claramente os dois elementos conceituais da condição: a futuridade e a incerteza do evento."[6] Ambos se mostram presentes na cláusula arbitral, à medida que esta somente acarretará a instauração e o desenvolvimento do processo arbitral, se realizada a condição futura e incerta que, *in casu*, é a controvérsia entre as partes. "Antes de manifesta a controvérsia, o ato é ineficaz e nenhum efeito produz."[7] Constatada a controvérsia, porém, a cláusula arbitral, norma de natureza contratual existente e válida, torna-se também eficaz.

9.4. Conseqüências da Existência, da Validade e da Eficácia

Silvio Rodrigues leciona que "o princípio da força vinculante das convenções consagra a idéia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não podem se desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo [...] *Pacta sunt servanda*!"[8]

Nesse mesmo sentido, Hans Kelsen ensina que "uma conduta pode ser havida como contrária ao negócio jurídico porque [...] [este] é uma norma [...] [Assim,] na medida em que a ordem jurídica institui o negócio

---

5 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1962, p. 232.

6 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1962, pp. 233 e 234.

7 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1962, pp. 233 e 234.

8 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* – vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 18.

jurídico como *facto* produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela pela via jurídico-negocial".[9]

Enquanto contrato, norma criada pela via consuetudinária, a cláusula arbitral existente, válida e eficaz é imperativa para as partes.

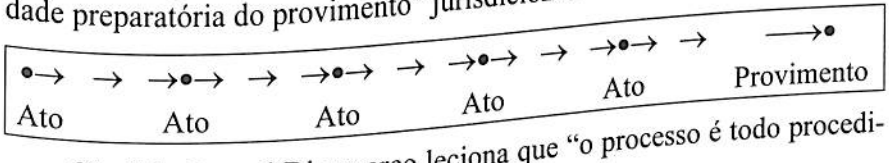
9 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado, 1974, p. 351.

10

Cláusula Arbitral enquanto Norma Processual

10.1. Procedimento e Processo

Aroldo Plínio Gonçalves leciona que "o procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que o disciplinam, em conexão entre elas regendo a seqüência de seu desenvolvimento" e funcionando como "atividade preparatória do provimento" jurisdicional.[1]



Cândido Rangel Dinamarco leciona que "o processo é todo procedimento realizado em contraditório".[2]

Como o procedimento arbitral também não dispensa o contraditório entre as partes, pode ser chamado de processo.

10.2. Pressuposto de Constituição e Desenvolvimento Válido e Regular do Processo

Aroldo Plínio Gonçalves também esclarece que, "se o procedimento fosse considerado apenas como uma série de normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isoladamente considerado poderia produzir nele seus efeitos. Mas o procedimento é mais do que uma mera seqüência nor-

---

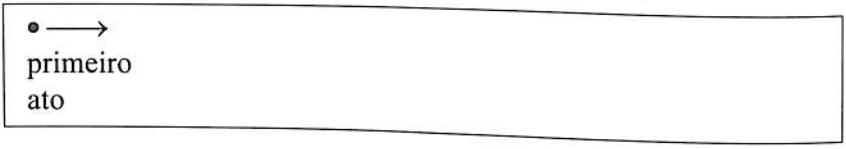
1 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1992, p. 103.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 132.

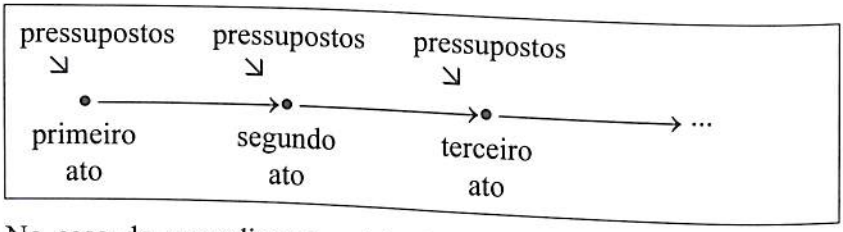
mativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido".[3]

Portanto:

- a constituição válida e regular do procedimento depende da existência, validade e da eficácia do primeiro ato da cadeia processual e



- o desenvolvimento válido e regular do procedimento requer que os pressupostos dos atos subseqüentes ao primeiro ato da cadeia processual tenham sido satisfeitos:

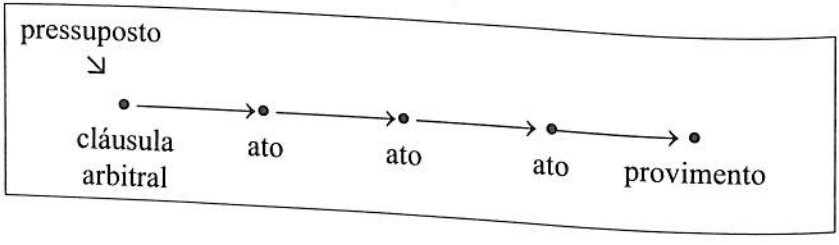


No caso do procedimento arbitral, a cláusula arbitral apresenta-se como o primeiro ato da cadeia.

Neste sentido, a cláusula arbitral consiste, simultaneamente, em ato jurídico de natureza material e processual.

É contrato existente, válido e eficaz sob o prisma do Direito material.

Mas, ao mesmo tempo, é ato primeiro do procedimento arbitral, devendo figurar como pressuposto de desenvolvimento válido e regular dos atos subseqüentes da cadeia procedimental:



3 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1992, p. 111.

10.3. Ato de Caráter Material x Ato de Caráter Processual

A um só tempo, a cláusula arbitral se apresenta como ato de caráter material e processual, na medida em que pode conter normas de duas espécies.

A Doutrina "fala em normas de direito material, ou substancial, e em normas de direito processual. Relacionando as duas categorias, com base em critérios ditos de complementação, denomina as normas de direito material como normas substantivas, normas primárias, normas de primeiro grau, e as normas processuais, normas secundárias, normas de segundo grau, normas instrumentais".[4]

"Ambas disciplinam condutas, inserem-se no mesmo ordenamento jurídico e se completam mutuamente.

A distinção entre elas se mantém pelo conteúdo que comportam, e não quanto à referibilidade a qualquer hierarquia, pois enquanto as normas materiais se destinam a valorar a conduta, qualificando-a como lícita e como ilícita, tendo como matéria as situações jurídicas de que decorrem direitos e deveres, as normas processuais disciplinam a jurisdição: o exercício da função jurisdicional e o instrumento pelo qual ela se manifesta, o processo."[5]

Enquanto ato de caráter material, a cláusula arbitral traz norma convencional através da qual as partes se obrigaram a solucionar eventuais controvérsias através da arbitragem.

Enquanto ato de caráter processual, a cláusula arbitral deve consubstanciar pressupostos de desenvolvimento válido e regular dos atos subseqüentes da cadeia processual.

Quanto ao processo judiciário, Lopes da Costa leciona que os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo "referem-se (...) ao juiz [e] ao procedimento",[6] entre outros.

É indispensável, para o desenvolvimento válido e regular do processo judiciário, que haja um juiz competente e um trâmite processual a ser seguido.

Também no caso da arbitragem, o desenvolvimento do processo não dispensa árbitro a quem as partes tenham atribuído competência e um trâmite processual a ser seguido.

---

4 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1992, p. 48.

5 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1992, pp. 49 e 50.

6 COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil*. vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 201.

Como ato primeiro do processo arbitral, é a cláusula arbitral que deve trazer normas processuais que venham a assegurar o desenvolvimento válido e regular do processo.

Mas, ainda que sob o prisma do Direito Processual a cláusula arbitral não traga os pressupostos do segundo ato do processo, do ponto de vista do Direito material esta não perde seu caráter de contrato existente, válido e eficaz.[7]

10.4. Cláusula Arbitral Cheia x Cláusula Arbitral Vazia

Para que seja considerada cheia, a cláusula arbitral deve conter os pressupostos necessários à constituição ou ao desenvolvimento do processo arbitral. Neste sentido, é importante a manifestação de vontade das partes quanto aos aspectos seguintes:

- tipo da arbitragem;
- árbitros;
- direito processual aplicável à arbitragem;
- direito material aplicável ao caso e
- local da arbitragem.

Note-se que os instrumentos necessários à configuração da cláusula arbitral como cheia variam conforme a opção das partes por arbitragem *ad hoc* ou arbitragem institucional.

10.4.1. Arbitragem institucional

No caso de arbitragem institucional, não havendo manifestação das partes quanto aos árbitros, às regras processuais e materiais aplicáveis e ao local, a arbitragem será implementada:

- por árbitros indicados pela instituição escolhida (Árbitros);
- de acordo com o código ou regulamento processual da instituição escolhida (Direito Processual);
- com aplicação do Direito material escolhido pelos árbitros, caso a instituição não tenha regra indicativa do Direito material que deva ser aplicado (Direito material) e
- na sede da instituição escolhida (Local).

7 "É necessário não confundir os requisitos do processo válido com os requisitos que, para sua validade, devem preencher os atos processuais." COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil*. vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 201.

Constata-se, portanto, que, no caso das arbitragens institucionais, a falta de opção das partes quanto aos árbitros, às regras processuais e materiais aplicáveis e ao local não inviabiliza a instauração do processo arbitral. Havendo apenas a opção por uma instituição de arbitragem, estará assegurada a instrumentalidade da arbitragem, independente de qualquer outra providência regulamentar.

Assim, nas arbitragens institucionais as cláusulas arbitrais serão consideradas suficientemente cheias, caso haja mera indicação de instituição de arbitragem que tenha relação de árbitros e regulamento processual próprios. Conseqüentemente, a cláusula arbitral apresentar-se-á como ato jurídico existente, válido, eficaz e dotado de instrumentalidade.

Não havendo sequer a indicação de instituição de arbitragem, a cláusula arbitral será tida por vazia, apresentando-se, também, como ato jurídico existente, válido e eficaz. Porém, dependerá de instrumentalização *a posteriori*, através de compromisso arbitral regulamentar.

10.4.2. Arbitragem *ad hoc*

No caso das arbitragens *ad hoc*, a expressa indicação dos árbitros é pressuposto da constituição e do desenvolvimento da arbitragem. Existindo tal opção pelas partes, a cláusula arbitral será considerada suficientemente cheia, na medida em que os árbitros, no caso de omissão das partes quanto às regras processuais e materiais aplicáveis e ao local, estarão aptos a supri-la.[8] A instauração do processo arbitral dispensará a celebração, *a posteriori*, de compromisso arbitral regulamentar, porque a cláusula arbitral apresentar-se-á como ato jurídico existente, válido, eficaz e dotado de instrumentalidade.

Diversamente, não havendo opção das partes sequer quanto aos árbitros, a cláusula arbitral será tida por vazia. Em conseqüência, apesar de ato jurídico existente, válido e eficaz, dependerá de instrumentalização, *a posteriori*, através de compromisso arbitral regulamentar.

8 VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, pp. 43 e 44.

11

O Compromisso Arbitral

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe:

"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."

Recorde-se que "a convenção de arbitragem é expressão da vontade das partes interessadas (...) de se socorrerem da arbitragem para a solução de seus (virtuais ou reais) litígios".[1]

A claúsula arbitral precede os litígios, na medida em que reflete a opção das partes pela arbitragem como forma de resolver conflitos futuros (litígios virtuais). Diversamente, o compromisso arbitral dispõe sobre litígios que já se tenham manifestado em concreto (litígios reais).

Portanto, o "compromisso não se confunde com a cláusula arbitral e somente pode ser ajustado após o nascimento da controvérsia".[2] Não cabe falar em compromisso arbitral senão diante de uma controvérsia já existente.

O compromisso arbitral pode ser celebrado entre as partes, até mesmo depois de a questão ter sido submetida ao Poder Judiciário. Nessas hipóteses, o compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal onde tem curso a demanda, conforme dispõe o § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

---

1 ALVIM, José Eduardo Carreira. "Direito Arbitral Interno Brasileiro". Tese defendida na Faculdade de Direito da UFMG, p. 207.

2 MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*, São Paulo, Freitas Bastos, 1986, p. 25.

Caso contrário, o compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

11.1. Caráter Regulamentar x Autonomia

O compromisso arbitral pode ser celebrado em três contextos distintos, com implicações diversas. Diante de uma controvérsia, as partes podem se deparar com as seguintes situações:

- inocorrência de cláusula arbitral preexistente;
- preexistência de cláusula arbitral cheia;
- preexistência de cláusula arbitral vazia.

Passemos à análise da celebração de compromisso arbitral em cada um desses contextos.

11.1.1. Inocorrência de cláusula arbitral

Inexistindo cláusula arbitral, as partes envolvidas em uma controvérsia podem escolher livremente entre as vias arbitral ou judiciária. E, ainda que a questão já tenha sido submetida ao Poder Judiciário, as partes poderão optar pela via arbitral, através de termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

Nessa hipótese, o complexo de atos que compõem o processo arbitral, desde sua instituição até o cumprimento da sentença arbitral pelas partes, será precedido exclusivamente do compromisso arbitral, em face da inexistência de cláusula arbitral anterior.

Destaque-se, porém, que também o compromisso deve conter os elementos necessários à instrumentalidade do processo arbitral. Se o compromisso arbitral, "contrato perfeito que regula a instituição do juízo arbitral",[3] não satisfaz os pressupostos necessários à constituição e ao desenvolvimento da arbitragem, seja institucional ou *ad hoc*, o processo arbitral fica materialmente inviabilizado.

11.1.2. Preexistência de cláusula arbitral cheia

A cláusula arbitral cheia por si só consiste em pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo arbitral. Independe, portanto, de compromisso arbitral.

3 MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. São Paulo, Freitas Bastos, 1986, p. 25.

Conseqüentemente, se celebrado, o compromisso arbitral terá caráter meramente complementar.

11.1.3. Preexistência de cláusula arbitral vazia

Caso antes do surgimento da controvérsia as partes já tenham celebrado cláusula arbitral vazia, esta "por si só não [será] suficiente para iniciar o processo arbitral (...). Será necessário concluir um compromisso arbitral".[4]

A cláusula arbitral vazia consiste em ato jurídico existente, válido e eficaz, impondo às partes obrigação bem definida.

Apesar de ato existente, válido e eficaz sob o prisma do Direito material, a cláusula arbitral vazia não se apresenta como pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo arbitral.

Se por um lado as partes estão cientes de que devem bater às portas dos árbitros, por outro lado não sabem na porta de que árbitro devem bater.

O compromisso arbitral é a via de que as partes dispõem para precisar qual é a porta que se deve buscar, quando a cláusula arbitral anterior à controvérsia mostra-se vazia.

Note-se que também o compromisso arbitral pode ser vazio, não configurando pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo arbitral, caso não contenha as opções das partes.

Havendo resistência de uma parte em estabelecer os instrumentos processuais necessários ao desenvolvimento válido e regular do processo arbitral através do compromisso arbitral, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, estabelece que a outra parte poderá valer-se do procedimento disposto no artigo 7º.

---

4 "In the Brazilian legal regime, the arbitral clause by itself may not be enought to start the arbitration process if one of the contracting parties refuses to arbitrate and if the arbitral clause does not contain the essential procedural elements. These elements are understood as the procedural rules themselves, i.e., the rules that will govern and administer the arbitration process. It will be necessary to conclude a submission agreement, containing the procedural rules. Thus, subject to Section 3.3 below, the Act recognizes the binding force of the arbitral clause and grants protection to the party that wants to arbitrate." BARRAL, Welber. *Arbitration in Brazil, International Arbitration Report*, 1998, p. 04.

12

O Compromisso Arbitral enquanto Contrato

O professor Sílvio Rodrigues ensina que "o compromisso é um ato de vontade capaz de criar relações na órbita do direito e, por conseguinte, é ato jurídico. Ele se ultima pelo consenso de duas ou mais vontades (...). Portanto, trata-se de ato jurídico bilateral que cria obrigações para cada um dos participantes. Ora, isso é contrato, e como tal deve ser conceituado. Nesse sentido as opiniões de Espínola e de Serpa Lopes, entre outros. Após as considerações acima formuladas, é possível definir o compromisso como o contrato através do qual as partes ajustam afastar de jurisdição ordinária, para confiar a decisão de suas pendências a árbitros de sua confiança, em que se louvam".[1]

Portanto, o compromisso arbitral apresenta-se como:

- fato jurídico, na medida em que é afetado pelo Direito;
- ato jurídico, por se enquadrar entre os fatos jurídicos voluntários;
- negócio jurídico, em função de que a declaração de vontade gera obrigação para os agentes; e
- contrato, por resultar de atos negociais onde as vontades dos agentes estão acordadas com o propósito de criar ou modificar direito.

Em todas as hipóteses, o compromisso arbitral, se celebrado, poderá ser tido por contrato. Observe-se, entretanto, que no caso de inocorrência de cláusula arbitral ele terá por fim criar um direito de ação.

Na hipótese de preexistência de cláusula arbitral vazia, diversamente, o compromisso arbitral terá por fim a modificação no direito de ação, já constituído através da cláusula anteriormente celebrada.

---

1 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1995, vol. 2, pp. 250 e 251.

O mesmo ocorre no caso de preexistência de cláusula arbitral cheia.

Por isso, o professor João Baptista Villela nos informa que nem todos aceitam a concepção de compromisso arbitral como contrato, porque "enquanto uns (...) dão [aos contratos] compreensão mais abrangente, por modo a alcançar tanto as convenções produtivas como as modificativas de obrigações, outros lhe reservam apenas a área dos atos criadores de direitos, excluídas, pois, de sua significação, hipóteses variadas de categorias jurídicas, assentadas num acordo de vontades".[2]

2 VILLELA, João Baptista. *Por uma Nova Teoria dos Contratos*. São Paulo, Revista Forense, vol. 261, p. 27.

13

Convenção de Arbitragem na Legislação Estrangeira

Vejamos como a legislação da República da França, da Inglaterra, da Espanha, da República Federativa da Argentina, da República Federal dos Estados Unidos da América, da República do Uruguai e da República de Portugal dispõem sobre a convenção de arbitragem:

Novo Código de Processo Civil (França)
Livro IV
Arbitragem

"Art. 1442. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes de um contrato acordam submeter à arbitragem litígios decorrentes do contrato."

"Art. 1444. Se diante do litígio houver dificuldade de fato para a constituição do tribunal arbitral, devido a uma das partes ou à ausência de escolha de critério de designação, o presidente do tribunal da grande instância designará o ou os árbitros.

Esta designação será feita pelo presidente do tribunal de comércio se a convenção fizer expressa previsão.

Como a cláusula compromissória manifestamente nula é insuficiente para a constituição do tribunal arbitral, o presidente constatará o fato e declarará não haver lugar para a designação."

"Art. 1447. O compromisso é a convenção através da qual as partes de um litígio o submetem à arbitragem por uma ou mais pessoas."

"Art. 1450. As partes têm a faculdade de se comprometer, mesmo havendo processo judicial em curso."[1]

Lei de Arbitragem, 1996 (Inglaterra)

"3. Instalação da Arbitragem

Instalação da arbitragem significa a instalação jurídica da arbitragem designada:

(a) pelas partes da convenção de arbitragem;

(b) por qualquer instituição ou pessoa investida de poderes pelas partes para tais fins;

(c) pelo tribunal arbitral, se expressamente autorizado pelas partes ou, na ausência de tal autorização, em atenção à vontade das partes, à convenção de arbitragem e outras circunstâncias relevantes."

"6. Definição de convenção de arbitragem.

(1) "Convenção de arbitragem" significa um acordo de submissão de disputas presentes e futuras à arbitragem (sejam elas contratuais ou não).

(2) A referência em um contrato a uma cláusula arbitral escrita ou a um documento contendo um acordo de arbitragem, se a referência fizer parte integrante do contrato."

---

1 Nouveau Code de Procedure Civile

Livre IV

L'Arbitrage

"Article 1442. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat."

"Article 1444. Si le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en oeuvre des modalités de designation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres.

Toutefois, cette désignation est faite par le président du tribunal du commerce si la convention l'a expressément prévu.

Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à designation."

"Article 1447. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes."

"Article 1450. Les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant autre juridiction."

"17. Poder no caso de ausência de indicação do árbitro.

(1) Exceto no caso de acordo entre as partes, nas hipóteses em que competir a cada uma das partes de uma convenção de arbitragem indicar um árbitro e uma parte (a parte omissa) se recusar a apontar um árbitro ou não o fizer no prazo estabelecido, a outra parte, já tendo indicado um árbitro, deverá notificar por escrito a outra parte que pretende que o árbitro indicado haja como único árbitro.

(2) Se a parte omissa, em sete dias contados da notificação:

(a) implementar a indicação e

(b) notificar a outra parte que implementou a indicação, a outra parte pode considerar o árbitro que indicou como único, devendo sua sentença obrigar as duas partes, caso isto tenha sido estabelecido por convenção de arbitragem.

(...)"

"18. Falha do procedimento de indicação.

(1) As partes são livres para acordar o que deverá ocorrer no caso de falha do procedimento de indicação do tribunal arbitral.

Não há falhas se a indicação for feita de acordo com a seção 17 (poder no caso de indicação do árbitro), a menos que a indicação tenha sido afastada.

(2) Se, ou na medida em que não exista o referido acordo, qualquer parte do acordo de arbitragem pode (mediante notificação da outra parte) requerer ao Juízo que exerça os poderes previstos nesta sessão.

(3) Estes poderes são:

(a) de traçar diretrizes necessárias à implementação de qualquer indicação que se faça necessária;

(b) de estabelecer que o tribunal seja constituído por meio das indicações (qualquer uma ou mais de uma) implementadas;

(c) de revogar as indicações já implementadas;

(d) de implementar qualquer indicação necessária propriamente dita".[2]

---

2 Arbitration Act, 1996 (England)
"3. The seat of the arbitration

"5.1. A convenção de arbitragem deverá expressar a vontade inequívoca das partes de submeter a solução de todas as questões litigiosas ou de algumas destas questões, surgidas ou que podem surgir de relações jurídicas determinadas, sejam ou não contra-

---

In this part "the seat of the arbitration" means the juridical seat of the arbitration designated:
(a) by the parties to the arbitration agreement,
(b) by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regards, or
(c) by the arbitral tribunal if so authorized by the parties, or determined, in the absence of any such designation, having regard to the parties, agreement and all the relevant circumstances."
"6. Definition of arbitration agreement
(1) In this part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not).
(2) The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement."
"17. Power in case of default to appoint sole arbitrator
(1) Unless the parties otherwise agree, where each of two parties to an arbitration agreement is to appoint an arbitrator and one party ("the party in default") refuses to do so, or fails to do so within the time specified, the other party, having duly appointed his arbitrator, may give notice in writing to the party in default that he proposes to appoint his arbitrator to act as sole arbitrator.
(2) If the party in default does not within 7 clear days of that notice being given:
(a) make the required appointment, and
(b) notify the other party that he has done so, the other party may appoint his arbitrator as sole arbitrator whose award shall be binding on both parties as if he had been so appointed by agreement.
(...)"
"18. Failure to appointment procedure
(1) The parties are free to agree what is to happen in the event of a failure of the procedure for the appointment of the arbitral tribunal.
There is no failure if an appointment is duly made under section 17 (power in case of default to appoint sole arbitrator), unless that appointment is set aside.
(2) If or to the extent that there is no such agreement any party to the arbitration agreement may (upon notice to the other parties) apply to the court to exercise its powers under this section.
(3) Those powers are:
(a) to give directions as to the making of any necessary appointments;
(b) to direct that the tribunal shall be constitued by such appointments (or any one or more of them) as have been made;
(c) to revoke any appointment already made;
(d) to make any necessary appointment itself."

tuais, à decisão de um ou mais árbitros, bem como expressar a obrigação de cumprir tal decisão."

"6.1. O convênio arbitral deverá formalizar-se por escrito e poderá apresentar-se como cláusula incorporada a um contrato principal ou por acordo independente do mesmo."

"9.1. O conteúdo do convênio arbitral poderá estender-se à designação dos árbitros e à determinação das regras de procedimento. Se as partes não tiverem pactuado sobre estes aspectos, poderão completar, em qualquer momento, mediante acordos complementares, o conteúdo da convenção arbitral."

"11.1. A convenção arbitral obriga as partes a estar e passar pelo estipulado e impedirá os Juízes e Tribunais de conhecer das questões litigiosas submetidas à arbitragem, sempre que a parte a quem interesse o invoque mediante a oportuna exceção."

"38.1. Se as partes não se puserem de acordo com a designação dos árbitros, requerer-se-á, no lugar do domicílio de qualquer dos interessados, a formalização judicial da arbitragem conforme as regras estabelecidas nos artigos seguintes."[3]

Código Processual Civil e Comercial (Argentina)

"Art. 736 (Objeto do Juízo). Toda questão entre as partes, exceto as mencionadas no artigo 737, poderá ser submetida à decisão de juízes árbitros, antes ou depois de decidida em juízo, qualquer que seja o

---

3 Ley 36/1988, de 5 de Diciembre (España)
"5.1. El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que pueden surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión."
"6.1 El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo."
"9.1. El contenido del convenio arbitral podrá extenderse a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento. Si las partes no hubieren pactado sobre estos extremos, podrán completar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio arbitral."
"11.1. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción."
"38.1. Si las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, se procederá a instancia de cualquiera de los interesados a la formalización judicial del arbitraje conforme a las reglas establecidas en los artículos siguientes."

estado do processo. A sujeição a juízo arbitral pode ser acordada em contrato ou em ato posterior."

"Art. 739 (Forma do compromisso). O compromisso deverá formalizar-se por escritura pública ou instrumento privado, ou por ata elaborada perante o juiz da causa ou diante daquele a quem caiba dele conhecer."

"Art. 742 (Demanda). Poderá demandar-se a constituição de tribunal arbitral quando uma ou mais questões devam ser decididas por árbitros.

Apresentada a demanda com os requisitos do artigo 330, no que seja pertinente, diante do juiz que teria sido competente para conhecer a causa, conferir-se-á traslado ao demandado por dez dias e designar-se-á audiência para que as partes concorram para formalizar o compromisso.

Se houver resistência infundada, o juiz proverá pela parte que incorra nela, nos termos do artigo 740.

Se a oposição à constituição do tribunal arbitral for fundada, o juiz assim o declarará, com prévia instrução probatória que tramitará como incidente, se for necessário.

Se as partes concordarem com a celebração do compromisso, mas não sobre os pontos que ele deverá conter, o juiz resolverá as questões."[4]

---

4 Código Procesual Civil y Comercial de la Nación Argentina
"Art. 736 (Objeto del juicio). Toda cuestión entre las partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior."
"Art. 739 (Forma de compromiso). El compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento."
"Art. 742 (Demanda). Podrá demandarse la constitución de tribunal arbitral, cuando una o más cuestiones deban ser decididas por árbitros.
Presentada la demanda con los requisitos del artículo 330, en lo pertinente, ante el juez que hubieses sido competente para conocer en la causa, se conferirá traslado al demandado por diez días y se designará audiencia para que las partes concurran a formalizar el compromiso.
Si hubiese resistencia infundada, el juez proveerá por la parte que incurriere en ella, en los términos del artículo 740.
Si la oposición a la constitución del tribunal arbitral fuese fundada, el juez así lo declara, con costas, previa sustanciación por el trámite de incidentes, si fuere necesario.
Si las partes concordaren en la celebración del compromiso, pero no sobre los puntos que ha de contener, el juez resolverá lo que corresponda."

Lei Federal sobre Arbitragem (EUA)

"Seção 2. Validade, Irrevogabilidade e Eficácia da Convenção de Arbitragem.

A previsão escrita, em qualquer transação marítima ou contrato envolvendo transação comercial, estabelecendo a arbitragem como forma de resolver controvérsia decorrente de tal contrato ou transação, ou de recusa de cumprimento de obrigação neles contida, ou o acordo escrito de submeter a arbitragem uma controvérsia já constatada, decorrente de tal contrato, transação ou recusa, será válida, irrevogável e eficaz, exceto quando por lei ou eqüidade estiver prevista revogação de qualquer contrato."

"Seção 3. Suspensão dos procedimentos no caso de questões referentes à arbitragem.

Se qualquer processo ou procedimento for apresentado perante qualquer das cortes dos Estados Unidos sobre qualquer matéria referente à arbitragem prevista em acordo escrito, a corte perante a qual o processo foi apresentado, depois de constatado que tal processo ou procedimento refere-se à questão referida no âmbito da convenção de arbitragem, deverá, a pedido de uma das partes, suspender o julgamento da ação até que tal arbitragem tenha ocorrido de acordo com os termos da convenção de arbitragem, desde que a parte solicitante não esteja em mora quanto às obrigações assumidas através da convenção de arbitragem."

"Seção 4. Recusa à arbitragem estabelecida por convenção; requerimento à corte dos Estados Unidos que tenha jurisdição para determinar a arbitragem compulsória; informação e oitiva e determinação.

A parte prejudicada pela omissão, negligência ou recusa da outra parte de convenção de arbitragem poderá requerer à corte de qualquer dos distritos dos Estados Unidos que, conforme tal convenção, tenha jurisdição de acordo com o Título 28, em ação civil ou em questão relativa à controvérsia entre as partes, determine que se proceda à arbitragem na forma prevista na referida convenção.

A parte resistente deverá ser notificada por escrito no prazo de cinco dias. A referida notificação deverá ocorrer na forma prevista pelas Regras Federais de Processo Civil. A corte deverá ouvir as partes, e depois de se certificar de que a celebração da convenção de arbitragem ou a resistência de cumprimento não está em questão, a corte deverá ordenar às partes que se proceda à arbitragem de acordo com os termos da convenção de arbitragem (...)."

"Seção 5. Indicação dos árbitros ou órgão arbitral.

Se a convenção de arbitragem nominar ou apontar o árbitro, os árbitros ou o órgão arbitral, tal indicação deverá ser observada; mas se tal indicação não tiver ocorrido ou, se tiver ocorrido, houver falha na indicação implementada, ou se por qualquer outra razão ocorrer um lapso na nomeação do árbitro, dos árbitros ou do órgão arbitral, ou havendo vacância, a requerimento de qualquer das partes da controvérsia, a corte deverá designar e apontar o árbitro, os árbitros ou órgão arbitral, de acordo com as necessidades do caso, que deverá agir de acordo com a convenção de arbitragem da mesma forma que deveriam fazer se tivessem sido indicados através dela; e, se não houver estipulação em contrário na convenção, haverá apenas um árbitro."[5]

---

5 The Federal Arbitration Act (USA)

"Section 2. Validity, irrevocability and enforcement of agreements to arbitrate.

A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction or refusal shall be valid, irrevocable and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract."

"Section 3. Stay of proceedings where issue therein referable to arbitration.

If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stays is not in default in proceeding with such arbitration."

"Section 4. Failure to arbitrate under agreement; petition to United States court having jurisdiction for order to compel arbitration; notice and service thereof; hearing and determination.

A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court which, save for such agreement, would have jurisdiction under Title 28, in a civil action or in admiralty of the subject matter of a suit arising out of the controversy between the parties, for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement. Five days' notice in writing of such application shall be served upon the party in default. Service thereof shall be made in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure. The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement (...)."

"Section 5. Appointment of arbitrators or umpire.

Código Geral de Processo (Uruguai)

"Art. 473. Cláusula Compromissória

473.1. Em todo contrato ou em ato posterior, poderá estabelecer-se que as controvérsias que surjam entre as partes deverão dirimir-se em juízo arbitral."

"Art. 475. Alcance da cláusula compromissória – A cláusula compromissória implica a renúncia de fazer valer ante a jurisdição ordinária as pretensões referidas nas ditas cláusulas, as quais se submetem à decisão dos árbitros."

"Art. 478. Resistência em outorgar o compromisso.

Art. 478.1. Se uma parte obrigada por uma cláusula compromissória resistir em outorgar o compromisso, poder-se-á requerer do tribunal competente (artigo 494) que o outorgue em nome do omisso, designe o árbitro, fixe o procedimento e aponte os pontos que serão objeto de decisão."[6]

If in the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; but if no method be provided therein, or if a method be provided and any party thereto shall fail to avail himself of such method, or if for any other reason there shall be a lapse in the naming of an arbitrator or arbitrators or umpire, or in filling a vacancy, then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators or umpire, as the case may require, who shall act under the said agreement with the same force and effect as if he or they had been specifically named therein; and unless otherwise provided in the agreement the arbitration shall be by a single arbitrator."

---

6 Código General del Proceso (Uruguay)
"Art. 473. Cláusula Compromisoria
473.1. En todo contrato o en acto posterior, podrá establecerse que las controversias que surjan entre las partes deberán dirimirse en juicio arbitral."
"Art. 475. Alcance de la cláusula compromisoria – La cláusula compromisoria supone la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria las pretensiones referidas en dichas cláusulas, las que se someten a la decisión de los árbitros."
"Art. 478. Resistencia a otorgar el compromiso
Art. 478.1. Si una parte obligada por una cláusula compromisoria se resistiera luego a otorgar el compromiso, se podrá solicitar del tribunal competente (artículo 494) que lo otorgue a nombre del omiso, designe el árbitro, fije el procedimiento y señale los puntos que han de ser objeto de decisión."

Código de Processo Civil (Portugal)

"Artigo 45. O compromisso deve celebrar-se por escritura ou por auto público, declarando-se, sob pena de nulidade, o objeto do litígio, os nomes e residência dos árbitros, e o prazo dentro do qual devem proferir a sua decisão.

§ 1° No compromisso podem as partes renunciar os recursos, escolher para funcionar no processo um dos escrivãos e um dos oficiais de diligências da comarca onde houver de instalar-se o juízo arbitral, designar a forma do processo, e escolher qualquer dos árbitros para deferir aos termos preparatórios até o julgamento.

§ 2° Os árbitros no julgamento da causa devem conformar-se com as leis, podem contudo julgar *ex aequo et bono*, se para isso forem autorizados no compromisso, e os compromitentes tiverem renunciado à apelação."[7]

7 Código de Processo Civil (Portugal)
"Artigo 45°
O compromisso deve celebrar-se por escritura ou por auto público, declarando-se, sob pena de nulidade, o objecto do litígio, os nomes e residência dos árbitros, e o prazo dentro do qual devem proferir a sua decisão.
§ 1° No compromisso podem as partes renunciar os recursos, escolher para funcionar no processo um dos escrivães e um dos oficiais de diligências da comarca onde houver de instalar-se o juízo arbitral, designar a forma do processo, e escolher qualquer dos árbitros para deferir aos termos preparatórios até o julgamento.
§ 2° Os árbitros no julgamento da causa devem conformar-se com as leis, podem contudo julgar *ex aequo et bono*, se para isso forem autorizados no compromisso, e os compromitentes tiverem renunciado à apelação."

14

Análise da Constitucionalidade do Artigo 7º da Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996

A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe:

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

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

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre o 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 do 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 o pedido valerá como compromisso arbitral."

É imediata a percepção de que o artigo acima transcrito não se aplica à hipótese de inocorrência de cláusula arbitral.

Também no caso de preexistência de cláusula arbitral suficientemente cheia ou perfeita, o artigo 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, não nos parece aplicável, na medida em que a celebração do compromisso arbitral é providência absolutamente dispensável.

Resta-nos, portanto, a hipótese de preexistência de cláusula arbitral vazia. Neste caso, a análise da constitucionalidade do artigo 7º prende-se à seguinte questão: A opção das partes pela via arbitral ocorre no momento da celebração da cláusula ou do compromisso arbitral?

14.1.O Entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence

O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto no julgamento do AGR-SE nº 5206-8/Reino da Espanha, entendeu que "a vontade da[s] parte[s], manifestada na cláusula compromissória, [é] insuficiente". Neste sentido, a cláusula arbitral seria inválida para os fins de constituição da arbitragem.

Conseqüentemente, seria indispensável nova opção das partes pela via arbitral, manifesta através do compromisso, cuja celebração seria a oportunidade adequada para as partes acordarem suas vontades. Assim, o Ministro Sepúlveda Pertence conclui que, se a celebração do compromisso arbitral for obrigatória, como quer o artigo 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, estar-se-á subtraindo das partes a oportunidade de manifestarem suas vontades.

Eis a sistemática do raciocínio lógico desenvolvido:

A vontade das partes manifestada através da cláusula arbitral é insuficiente

↓

Portanto, a manifestação da vontade das partes através do compromisso arbitral é indispensável

↓

Logo, a obrigatoriedade da celebração do compromisso arbitral, imposta pelo artigo 7º da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, subtrai das partes o momento adequado para a manifestação de suas vontades

↓

Conseqüentemente, "nesse tópico, a lei foi efetivamente além das marcas impostas pela Constituição ao âmbito de validez da disciplina legal da arbitragem", por afrontar o artigo 5º da Constituição Federal:

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

14.2. A Constitucionalidade do Artigo 7º da Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996

Após este estudo, não posso compartilhar do entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence. Mesmo na hipótese de preexistência de cláusula arbitral vazia, a opção das partes pela arbitragem não se mostra inválida:

- se as partes subscritoras da cláusula arbitral forem capazes;
- se a mesma tiver objeto lícito; e
- se estruturada em conformidade com a forma prescrita em lei.

É certo que a cláusula arbitral, ainda que vazia, consistirá ato jurídico existente, válido e eficaz. Assim, as vontades das partes de se submeterem à arbitragem encontram-se manifestas validamente, ainda que a cláusula arbitral não se apresente como pressuposto de constituição válida e regular do processo arbitral.

"O fato de dependerem de providências institucionais [de cunho processual] para sua realização não quer dizer que não tenha eficácia [material]."[1]

Note-se que a cláusula arbitral traz consigo todos os elementos essenciais "que lhe formam a substância e sem os quais o ato não existe."[2] A opção das partes pela via arbitral está feita. Falta apenas instrumentalização processual, de forma a conferir à cláusula arbitral vazia o cunho de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo arbitral.

Na hipótese, o compromisso arbitral vem apenas trazer os instrumentos processuais necessários ao desenvolvimento válido e regular dos atos seguintes da cadeia processual, até o provimento final.

Conseqüentemente, a obrigatoriedade de celebração do compromisso arbitral, instituída pelo artigo 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, está apenas impondo às partes que estabeleçam os instrumentos processuais necessários ao desenvolvimento válido e regular do processo arbitral.

Não se trata de imposição da própria arbitragem às partes, na medida em que tal obrigação fora contraída voluntariamente pelas próprias partes através da cláusula arbitral existente, válida e eficaz, ainda que vazia.

---

1 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 152 a 155.

2 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1962, p. 232.

CONCLUSÕES

Deste trabalho, podem-se extrair, pelo menos, as seguintes conclusões:

1. A arbitragem é um método de solução de controvérsia cuja utilização expressiva remonta à Idade Média.
2. O nascimento da arbitragem está diretamente atrelado ao Direito Comercial Internacional ou *ius mercatorum*.
3. A arbitragem é instituto jurisdicional autônomo e com características próprias.
4. O procedimento arbitral de solução de controvérsias deve ser chamado de processo, na medida em que não prescinde do contraditório.
5. O processo arbitral engloba sua constituição pela vontade das partes, seu desenvolvimento e sua conclusão, através da sentença arbitral.
6. A sentença arbitral é, em regra, obrigatória para as partes.
7. O processso arbitral pode ser utilizado em controvérsias distintas quanto às partes envolvidas.
8. A arbitragem entre particulares é um método jurisdicional não judiciário de solução de controvérsias, uma vez que se apresenta como atividade do Estado delegada a particulares.
9. No Brasil, atualmente a autorização para delegação da atividade jurisdicional aos particulares decorre da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, além de tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte.
10. A Lei de Arbitragem atual trouxe inovações significativas.
11. As três novidades de maior repercussão prática são:
    - o compromisso arbitral permanece necessário, mas sua assinatura passou a ser obrigatória;

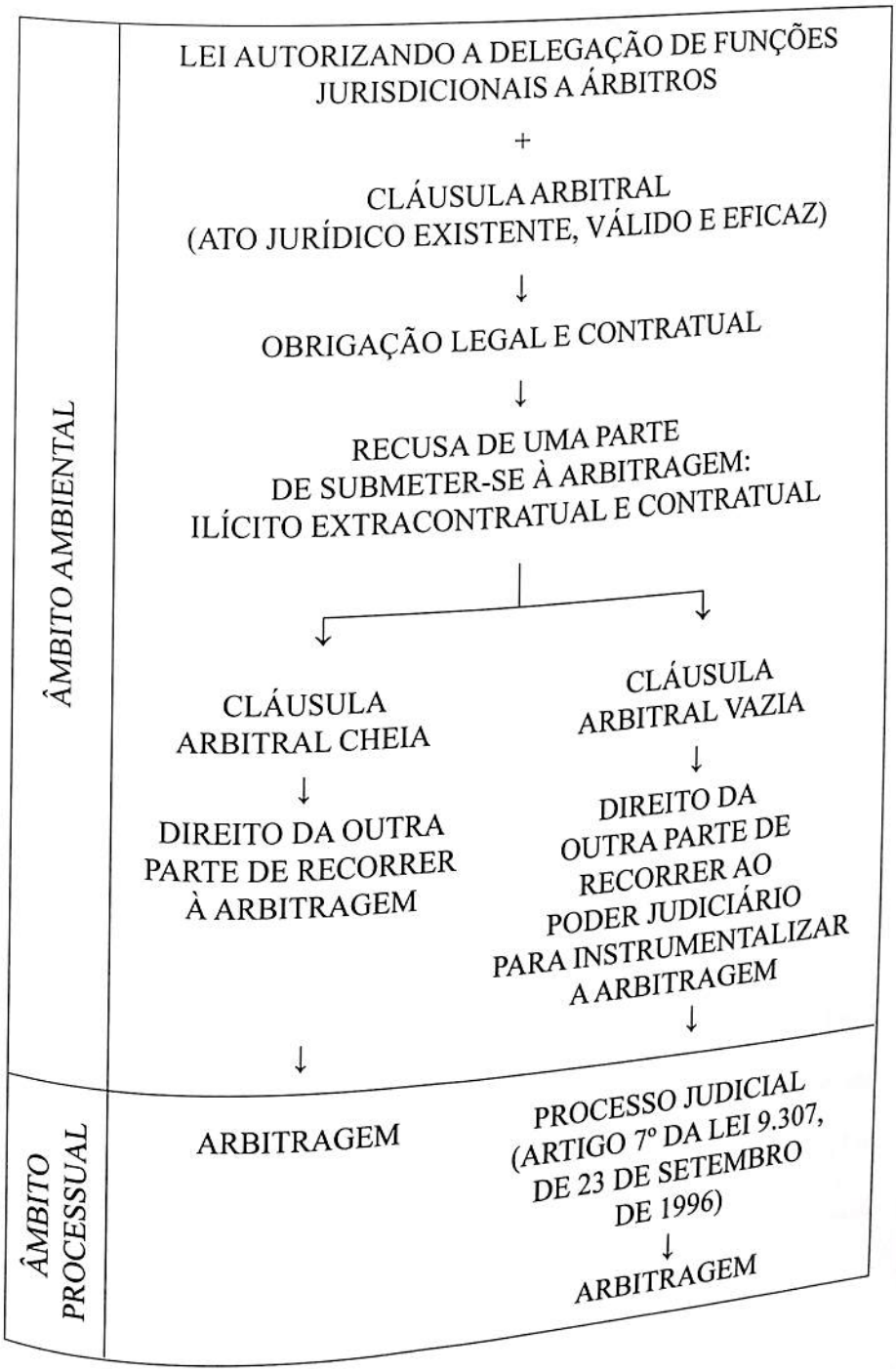
- a sentença arbitral passou a ser título executivo jurisdicional;
- foi abolida a exigência de dupla homologação dos laudos arbitrais estrangeiros.

12. A permanência da necessidade do compromisso arbitral decorre da falta de ousadia do legislador, que deixou de alinhar o Brasil aos países mais desenvolvidos em matéria de legislação arbitral.
13. Os tribunais brasileiros têm amenizado a necessidade de compromisso arbitral, remetendo as partes à arbitragem com base apenas em cláusula arbitral.
14. Em 2001, o Supremo Tribunal Federal, após mais de cinco anos de discussão em sede do AGRSE nº 5206-8/Reino da Espanha, decidiu pela constitucionalidade dos artigos 6º e 7º da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, com voto vencido de vários Ministros.
15. A análise da constitucionalidade da necessidade do compromisso arbitral não prescinde de estudo cuidadoso sobre a autonomia da cláusula arbitral.
16. Implementada tal análise, constata-se que a cláusula traduz obrigação legal e contratual das partes de se submeterem ao processo arbitral.
17. A obrigação legal decorre de dispositivo normativo inserido, geralmente, em lei específica, como é o caso, no Brasil, da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996:

    "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."
18. Por outro lado, a obrigação contratual resulta do teor da própria cláusula arbitral, que pode ostentar as formas vazia ou cheia.
19. A primeira apenas consubstancia a obrigação da via arbitral, sem precisar os instrumentos processuais indispensáveis ao desenvolvimento do processo arbitral.
20. A segunda, ao contrário, além de trazer a opção pela via arbitral, contém os instrumentos necessários à operacionalização da arbitragem.
21. Havendo cláusula arbitral cheia, o compromisso arbitral torna-se dispensável, nos moldes da jurisprudência oriunda dos tribunais brasileiros.
22. No caso de cláusula arbitral vazia, havendo recusa de uma das partes para estabelecer os instrumentos processuais necessários ao desenvolvimento do processo arbitral, a outra parte pode recorrer

ao processo judicial disciplinado pelo artigo 7º da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Eis a sistemática:



BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Elizabeth. "A Nova Lei de Arbitragem". *In Gazeta Mercantil Latino-Americana*. 20 a 26 de outubro de 1997.

_____. *Mercosul & União Européia – Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba, Juruá, 1996.

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte, UFMG, 1984.

ALMEIDA, João Alberto de. "Arbitragem: Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral – Notas sobre a Lei Brasileira de Arbitragem". Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da UFMG.

ALVIM, José Eduardo Carreira. "Direito Arbitral Interno Brasileiro". Tese defendida na Faculdade de Direito da UFMG.

_____. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

AQUINO, Rubim Santos Leão de, LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos, FRANCO, Denize de Azevedo e REZENDE, Clymene Vieira de. *História das Sociedades*. Rio de Janeiro, Ao Livro Técnico, 1992.

ARAUJO, Nádia de. *Arbitragem – A Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional*. São Paulo, LTr, 1997.

BARRAL, Welber. *Arbitration in Brazil*. International Arbitration Report, 1998.

BERMUDES, Sergio. *A Nova Lei de Arbitragem no Brasil*. Rio de Janeiro, International Chamber of Commerce – Comitê Brasileiro.

CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofia de la Jurisdicción*. Rosario, FIJ, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3º vol., São Paulo, Saraiva, 1965.

CORRÊA LIMA, Osmar Brina. "Eqüidade". *In Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 27, 2000.

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil*. vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1959.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo, Malheiros, 1996.

DREYSIN DE KLOR, Adriana. *El Mercosur – generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. Buenos Aires, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguêsa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A Regulação do Serviço Público Concedido*. Porto Alegre, Síntese Editora, 1999.

FIUZA, Cézar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

FREITAS, Juarez. "Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação", *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro, Rio de Janeiro, nº 221, março de 1996, p. 22.

GARCIA, Hamílcar de; e ROSA, Ubiratan. *Grande Dicionário Enciclopédico Novo Brasil*. São Paulo, Novo Brasil, 1980.

GOLDMAN, Berthold. *Competition and Arbitration Law*. Paris, ICC, 1993.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1992.

HAINES, Charles Grove, *in* HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria*. São Paulo, Saraiva, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Trad. Armênio Amado, 1974.

KLOR, Adriana Dreyzin de. *in* KLOR, Adriana Dreyzin de; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; ARROYO, Diego P. Fernández; MARTINOLI, Amalia Uriondo de; MAUSSION, Carlos E. Echegaray; BERGMAN, Eduardo Tellechea; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão; PALLARÉS, Beatriz; JURE, Fabiana; ODARDA, Omar E.; RAMOS, Solange Jure; CALDANI, Miguel Angel Ciuro; CORNET, Teresita N. Saracho; SILVESTRE, Saúl. *Temas de Derecho de la Integración – Derecho Internacional Privado*. Córdoba, Advocatus, 1998.

LABATUT, Ênio Neves. *Teoria e Prática de Comércio Exterior*. São Paulo, Edições Aduaneiras Ltda., 1979.

LALIVE, Pierre. *Competition and Arbitration Law*. Paris, ICC, 1993.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. São Paulo, Freitas Bastos, 1986, p. 21.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1990.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. "Juízo Arbitral no Processo do Trabalho". ST nº 109 de julho de 1998. *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo, Saraiva, 1962.

PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul*. São Paulo, LTr.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. São Paulo, Saraiva, 1996.

REDFIELD, James. *A Profecia Celestina*. Rio de Janeiro, Objetiva, 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996.

ROCHA, Osíris. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1993.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Manual de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, Forense, 1970.

SCHMITTHOFF, Clive M. *The Law and Practice of International Trade*. Londres, Stevens, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo, LTr, 1996.

_____. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, LTr, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos no Âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária". Rio de Janeiro, nº 236 de junho de 1997, p. 15. *In Juris Síntese* nº 13, versão setembro – outubro.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional*. Coimbra, Coimbra Editora, 1990.

VIGNALI, Heber Arbuet. *In* ARÉCHAGA, Eduardo Jiménes de. *Derecho Internacional Publico*. Tomo I, Montevideo, 1996.

VILLELA, João Baptista. "Do Fato ao Negócio: Em Busca da Precisão Conceitual". *In Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*, São Paulo, Saraiva.

VILLELA, João Baptista. "Por uma Nova Teoria dos Contratos", Revista Forense, vol. 261.

RIO DE JANEIRO: Av. Erasmo Braga, 299 – Tel.: (0XX21) 3380-6650 – Fax: (0XX21) 3380-6667
Centro-RJ – CEP 20020-000 – Caixa Postal nº 269 – *e-mail*: forense@forense.com.br
SÃO PAULO: Praça João Mendes, 42 – 12º andar – salas 121 e 122 – Tels.: (0XX11) 3105-0111
3105-0112 – 3105-7346 – 3104-6456 – 3104-7233 – 3104-8180 – Fax: (0XX11) 3104-6485
Centro-SP – CEP 01501-907 – *e-mail*: forensesp@forense.com.br
RECIFE: Av. Manoel Borba, 339 – Tel.: (0XX81) 3221-3495 – Fax: (0XX81) 3223-4780
Boa Vista – Recife-PE – CEP 50070-000 – *e-mail*: forenserecife@forense.com.br
CURITIBA: Telefax: (0XX41) 3018-6928 – *e-mail*: forensecuritiba@forense.com.br
PORTO ALEGRE: Telefax: (0XX51) 3348-6115 – *e-mail*: forenseportoalegre@forense.com.br
BAURU: Telefax: (0XX14) 3281-1282 – *e-mail*: forensesp@forense.com.br
BELO HORIZONTE: Telefax: (0XX31) 3213-7474 – *e-mail*: marketingmg@forense.com.br
BRASÍLIA: Tels.: (0XX61) 3362-9108 – 9659-3071 – *e-mail*: brasilia@forense.com.br

Endereço na Internet: http://www.forense.com.br

Serviços de impressão e acabamento
executados, a partir de arquivos digitais fornecidos,
nas oficinas gráficas da EDITORA SANTUÁRIO
Fone: (0XX12) 3104-2000 - Fax (0XX12) 3104-2016
http://www.editorasantuario.com.br - Aparecida-SP

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10

O intercâmbio comercial e financeiro gera conflitos entre os países e entre particulares. Dediquei-me ao estudo dos métodos de resolvê-los, através de Doutorado na UFMG. Compreendi que na graduação se estuda de tudo um pouco; na pós-graduação dedica-se a tudo de pouco.

Minha indicação, aos 28 anos, pelo governo brasileiro, como *Expert*, para o mecanismo de solução de controvérsia do Mercosul, me fez honrado e estimulado à conclusão de tese de doutoramento acerca da arbitragem. O tema me propiciou conciliar o objetivo de Justiça com a atração pelo internacional.

Através de concurso público, retornei à UFMG, como professor, com o propósito de agradecer à população brasileira por ter me proporcionado estudo gratuito (graduação e doutorado) em universidade pública, reconhecida pela excelência.

Ao longo deste caminho, recente mas intenso, não me esqueço de *"cantar, cantar e cantar a beleza de ser um eterno aprendiz"* (O que é, o que é – Gonzaguinha). Aprendizes: é o que seremos sempre, por toda a vida.

A arbitragem é um método de solução de controvérsia cuja utilização remonta à Idade Média; seu surgimento está diretamente atrelado ao Direito Comercial Internacional (*ius mercatorum*).

Trata-se de instituto jurisdicional autônomo, com características próprias. O processo arbitral engloba sua constituição pela vontade das partes, seu desenvolvimento e sua conclusão, através de sentença arbitral, que é obrigatória para as partes.

O mecanismo não se confunde com os métodos negociais (entendimento direto e mediação), nos quais a controvérsia é afastada por conciliação das partes.

O processso arbitral pode ser utilizado em controvérsias distintas quanto às partes envolvidas, que podem ser Estados e Organizações Internacionais (Direito Internacional Público) ou pessoas físicas e jurídicas (Direito interno ou Direito Comercial Internacional).

A arbitragem entre particulares é método jurisdicional não judiciário de solução de controvérsias, uma vez que se apresenta como atividade do Estado delegada a particulares.

No Brasil, atualmente, a autorização para delegação da atividade jurisdicional aos particulares decorre da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, além de tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte.

A Lei de Arbitragem atual trouxe inovações significativas. A novidade de maior repercussão prática é que o compromisso arbitral permanece necessário, mas sua assinatura passou a ser obrigatória.

A permanência da necessidade do compromisso arbitral decorre de uma falta de ousadia do legislador. Ainda assim, os tribunais brasileiros têm amenizado a necessidade de compromisso arbitral, remetendo as partes à arbitragem com base apenas em cláusula arbitral.

Note-se, porém, que a cláusula arbitral pode ostentar a forma vazia ou cheia. A primeira apenas consubstancia a obrigação da via arbitral, sem precisar os instrumentos processuais indispensáveis ao desenvolvimento do processo arbitral. A segunda, ao contrário, além de trazer a opção pela via arbitral, contém os instrumentos necessários à operacionalização da arbitragem.

Existindo cláusula arbitral cheia, o compromisso torna-se dispensável. No caso de cláusula arbitral vazia, havendo recusa de uma das partes a estabelecer os instrumentos processuais necessários ao desenvolvimento do processo arbitral, a outra parte terá de recorrer ao processo judicial disciplinado pelo artigo 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

gen Grupo Editorial Nacional
EDITORA FORENSE
www.forense.com.br

ISBN 978-85-309-2054-8
9 788530 920548