

A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC

Thiago Luís Sombra

Sumário

1. O antepassado juízo arbitral, sua finalidade e seus entraves. 2. A Lei 9.307/96, o novo mecanismo de funcionamento da arbitragem e suas peculiaridades. 3. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence e a constitucionalidade dos artigos 6º e 7º da Lei 9.307/96. 4. Os argumentos acerca da jurisdicionalidade e a constitucionalidade genérica da Lei 9.307/96 e a refutação dos argumentos contrários. 5. A disciplina da arbitragem no Anteprojeto de CPC.

1. O antepassado juízo arbitral, sua finalidade e seus entraves

A arbitragem é um instituto cuja ideia central de funcionamento – a *heterocomposição* dos conflitos de interesses – é demasiada antiga em nossa tradição jurídica. Precipua-mente, seu verdadeiro escopo é promover uma alternativa à resolução de conflitos altamente complexos e técnicos, que exijam a presença de profissionais especializados, quais sejam, os árbitros¹.

¹ Na explicação de Carlos Alberto Carmona (1996): “enganam-se aqueles que acreditam, ingenuamente, que a arbitragem serve sobretudo para descarregar o excesso de trabalho dos tribunais. Ledo engano! Faz-se mister perceber, antes de mais nada, que a arbitragem é um mecanismo sofisticado para a resolução de controvérsias de maior complexidade, que exijam a presença de técnico especializado. (...) Mais uma vez, enganou-se o legislador, pois não percebeu que a instituição do juízo arbitral é – para dizer o mínimo – pouco compatível com a própria idéia dos Juizados Especiais, eis que parece de todo inconveniente insti-

Thiago Luís Sombra é Procurador do Estado de São Paulo; Mestre em Direito Civil pela PUC-SP; Pós-Graduado em Direito Civil pela Università di Camerino; Professor da Escola da Magistratura e do Ministério Público do DF.

Em segundo plano, visa a atenuar o trânsito processual e, conseqüentemente, evitar a crescente carga de processos que ameaça inviabilizar o funcionamento dos tribunais. Ressalve-se, ainda, que a arbitragem faculta às partes escolherem a via mais adequada para dirimir seus conflitos, a saber, a via arbitral ou judicial.

Apenas com o intuito de melhor evidenciar a importância (WALD, 2000) deste mecanismo, basta demonstrar a constante busca por meios conciliatórios privados, fugindo-se, assim, do recurso aos tribunais, advinda da Constituição do Império de 1824², cujo artigo 160 dispõe: “nas causas cíveis e penais, civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros, cujas sentenças serão executadas sem recursos, se assim o convencionarem ambas as partes”. Neste sentido, o artigo 161 da Constituição do Império prescrevia: “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”.

Conquanto meios conciliatórios, de natureza privada, tenham sido consagrados pela Constituição de 1824, o Código Civil brasileiro de 1916 representou um verdadeiro retrocesso para o direito processual, no que diz respeito a tal matéria. O antepassado mais próximo do atual mecanismo de arbitragem – o juízo arbitral – consagrou-se, no Código Civil de 1916, como letra morta.

Na exposição de motivos da Lei 9.307/96, o então Vice-Presidente da República, Marco Maciel, lembrou que o motivo pelo qual o juízo arbitral permaneceu como letra morta no Código Civil “não resultou da falta de tradição em sua aplicação, mas

tuir um juízo especializado para solucionar questões de pequena complexidade”. Assim, em face da parca complexidade dos conflitos existentes nos Juizados Especiais e alguns obstáculos impostos pela Lei 9.099/95, não se afigura recomendável sua utilização em tal procedimento.

² O juízo arbitral também era previsto no Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, em seu artigo 411, bem como no Código Comercial, em seus artigos 245, 294, 348 e 739. Observe-se, ainda, o artigo 7º da Constituição de 1967.

da obrigatória subordinação da arbitragem à homologação judicial.”³

Ora, se as soluções dadas pelas partes, com o intuito de pôr fim ao conflito, carecessem regressar ao Judiciário para gozar de plena validade, “repetindo-se, assim, o circuito das prestações jurisdicionais típicas”⁴, sua finalidade precípua esvair-se-ia em face de sua ilógica tramitação. Pois bem, as partes possuíam duas possibilidades: 1) usar de seu direito subjetivo abstrato de ação e, desta forma, interromper a inércia da prestação jurisdicional ou 2) utilizar o juízo arbitral para extinguir a lide e, posteriormente, sujeitar a solução à homologação judicial (antigos artigos 1097 e 1098 do Código de Processo Civil e artigo 1045 do Código Civil de 1916), sob pena de invalidade da decisão proferida pelo juízo arbitral.

Com efeito, se a função do juízo arbitral era fulminar a lide de modo mais rápido e preciso, fora do âmbito judicial, os fatos demonstram que, na prática, tais efeitos não ocorreram. Acrescente-se, ainda, que a necessidade de homologação da decisão arbitral acabava com algumas de suas “vantagens” – tais como o sigilo –, uma vez que, instaurado o procedimento de oficialização, o conteúdo da decisão arbitral tornava-se público.

Outro entrave considerável que merece particular atenção é a cláusula compromissória. Esta cláusula é, em verdade, uma disposição inserida no contrato, por meio da qual as partes “se comprometem a, surgido um determinado litígio acerca daquela

³ Exposição de motivos da Lei 9.307/96. No mesmo sentido, ainda “vale analisar, pelo menos, dois problemas básicos criados pelo nosso atual sistema legal para que se perceba por que a arbitragem ainda é pouco utilizada, a saber, a falta de eficácia da cláusula compromissória e a necessidade de homologação do laudo arbitral” (CARMONA, 1993, p. 274). No mesmo sentido é a posição do Ministro Athos Gusmão Carneiro, na AJURIS 24/52. Observe bem que tais considerações foram realizadas anteriormente à Lei 9.307/96, ou seja, sob a égide do antigo juízo arbitral.

⁴ Exposição de motivos da Lei 9.307/96.

relação jurídica negocial, fazê-lo resolver através da arbitragem” (CARMONA, 1993, p. 274). As partes se comprometiam a submeter eventual litígio, neste contrato específico, a um julgamento arbitral. Pode ser equiparada, com as devidas particularidades, a uma promessa de contratar, um contrato preliminar. Ocorre que a cláusula compromissória não mereceu o devido tratamento tanto no Código Civil como no Código de Processo Civil⁵, embora o atual Anteprojeto de CPC tenha suprido as falhas, e a consequência é que:

“surgido o litígio relacionado com o negócio jurídico cujo contrato contenha uma cláusula compromissória, qualquer das partes pode recorrer ao Poder Judiciário, sem que o magistrado, ou a parte contrária, possa afastar a jurisdição estatal. Assim, descumprida a promessa de instituir o juízo arbitral, resta à parte lesada a via do ressarcimento.” (CARMONA, 1999, p. 274)⁶

⁵ “A tradição brasileira firmou-se na rígida distinção conceitual entre compromisso e cláusula compromissória, com as consequências práticas daí decorrentes. Assim, a cláusula compromissória, contida no contrato original entre as partes, prevendo a submissão de qualquer litígio à arbitragem, não configurava garantia da instauração do juízo arbitral. Somente o compromisso obrigava à realização efetiva da arbitragem, eis que pressupunha uma nova manifestação de vontade das partes, após o surgimento do litígio” (TIBURCIO, 1999, p. 177). No sistema anterior, antes da Lei 9.307/96, o descumprimento da cláusula compromissória, isto é, a resistência da parte em se submeter à arbitragem, descumprindo a promessa de contratar, gerava tão somente os efeitos do inadimplemento contratual, a saber, perdas e danos. A referida cláusula não gozava do condão de instituir a arbitragem de *per se*. Dessa forma, a dificuldade em obrigar o recalcitrante a aceitar a arbitragem fazia com que preferissem aguardar a decisão judicial.

⁶ Mais à frente se verá que a Lei 9.307/96 modificou o tratamento da cláusula compromissória. Concedeu-a execução específica, motivo este que fez com que o Ministro Sepúlveda Pertence arguisse, *incidenter tantum*, sua inconstitucionalidade. Atente-se para a concepção de Carmona, no artigo citado, acerca da cláusula compromissória, em 1993, três anos antes da aprovação da Lei: “ao disciplinar a convenção arbitral, o projeto prevê que a presença da cláusula ou

O compromisso arbitral, por seu turno, era uma espécie de pacto em que as partes convencionavam que a possível lide existente seria submetida à decisão dos árbitros e cada parte sujeitar-se-ia a esta decisão. O compromisso arbitral gozava, pois, do atributo da execução específica.

Ao que tudo indica, portanto, e os argumentos *apagógico* e *teleológico*⁷ reforçam o entendimento, o legislador, com a consagração do instituto do juízo arbitral, pretendia uma maior celeridade e autonomia para que as partes pudessem eleger a forma com que desejariam dissolver seus conflitos de interesses. Por suposto, o efeito pretendido não se verificou, mormente em razão da permanência da centralização, que ocasionou um obstáculo ao interesse das partes, tendo em vista a excessiva lentidão das vias ordinárias e a burocracia notadamente ineficiente⁸.

compromisso arbitral é suficiente para afastar a jurisdição estatal, criando o necessário mecanismo para a execução específica da cláusula arbitral (na hipótese de uma das partes, surgido o litígio, recusar-se a aderir à solução arbitral)”. No mesmo sentido Athos Gusmão Carneiro (2009, p. 43): “a cláusula compromissória apenas continha promessa de submeter eventuais controvérsias à decisão de árbitros; mas tal promessa, simples obrigação de fazer, não obrigava as partes a firmar o efetivo compromisso quando surgida real controvérsia entre os contratantes, gerando apenas um dificilmente realizável dever de indenização.”

⁷ Argumento *apagógico* ou de redução ao absurdo, na lição de Perelman (1998, p. 79-80), é aquele que resolve a controvérsia de forma a supor que o legislador é sensato e que jamais poderia ter admitido uma interpretação de lei que gerasse consequências ilógicas.

⁸ Corroborando com a tese aludida, assim se pronunciou o Min. Sálvio de Figueiredo no REsp n. 15.231/RS, *verbis*: “O nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre com outros sistemas jurídicos mais evoluídos, não obriga o arbitramento, preferindo, pelo monopólio jurisdicional do Estado e pela unidade de jurisdição, que têm lastro constitucional, adotar a figura do juízo arbitral, considerando um dos substitutos da jurisdição. É, todavia, instituto de raríssimo, ou quase nenhum, uso entre nós.” Vide a opinião de Hamilton de Moraes e Barros no mesmo aresto. À guisa de reforço, impende citar alguns precedentes que perfilham e reafirmam o entendimento esposado: AgRg n. 241.587, Rel. Min. Moreira Alves; SEC n. 5.378, Rel. Min. Maurício Côrrea; SE n. 4.087, Rel. Min. Moreira Alves; REsp n. 616, Rel. Min. Cláudio Santos.

Desse modo, afigura-se o juízo arbitral um meio pelo qual o árbitro não poderia, em hipótese alguma, ter sua decisão afastada da homologação⁹, que, por conseguinte, não possuía o poder de constituir, extinguir ou modificar, de *per se*, relações jurídicas. As partes escolhiam, então, a lentidão ordinária e onerosa à homologação, também lenta, senão mais lenta, e não menos onerosa.

A *quaestio juris*, durante muitos anos, foi objeto de debate por parte dos juristas e, em todas as discussões, o objetivo primordial era ampliar sua aplicação e consolidar seu modelo. Em suma, da forma como se encontrava esculpido no Código de Processo Civil, o juízo arbitral conservava um baixo índice de efetiva solução de lides. Saliente-se, outrossim, a existência de grandes possibilidades de que aquele que viesse a sucumbir impugnasse a própria validade do juízo arbitral no Poder Judiciário. (CARNEIRO, 1982, p. 52)

2. A Lei 9.307/96, o novo mecanismo de funcionamento da arbitragem e suas peculiaridades

Com a sobrevinda da Lei 9.307/96, também conhecida como Lei Marco Maciel – malgrado o responsável intelectual por sua elaboração seja o brilhante professor Carlos Alberto Carmona –, algumas controvérsias e falhas inerentes ao instituto do juízo arbitral foram sanadas.

Trata-se de um meio alternativo de solução de controvérsias, em torno de direitos patrimoniais disponíveis, que se encon-

trava em esquecimento pelos brasileiros. Entre várias modificações, o legislador, em manobra de fortalecimento da cláusula compromissória (CARMONA, 1997, p. 46; TIBURCIO, 1999, p. 175) – que entre nós, ao tempo do Código Civil de 1916, não produzia efeito algum –, separou-a do compromisso arbitral; equiparou a sentença arbitral à sentença estatal – superando a necessidade de dupla homologação pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a necessidade de homologação judicial das decisões arbitrais internas.

Em suma, três foram as grandes mudanças geradas pela Lei 9.307/96: a) consagrou a possibilidade de a arbitragem ser instituída por intermédio da convenção de arbitragem, que abarca, portanto, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral¹⁰; b) concedeu à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença estatal (art. 18), a saber, título executivo judicial e c) acabou com o mecanismo de dupla homologação pelo Supremo Tribunal Federal¹¹, que, a partir de então, deverá homologar as sentenças arbitrais estrangeiras, ainda que não tenham sido homologadas por sentença judicial no país de origem.

No Parecer n. 8.062/GB, sobre a SEC 5.206-8/Espanha, o então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, asseverou:

“O fato é que o legislador ordinário nacional abriu o caminho para que as pessoas físicas ou jurídicas capazes se valessem da arbitragem como forma de solucionar as suas controvérsias

⁹ “A necessidade de homologação do laudo arbitral, por sua vez, destruía as vantagens da arbitragem: o custo do processo acabava acrescido das despesas carreadas com a demanda perante o Poder Judiciário; a celeridade esperada para a solução do litígio ficava totalmente comprometida, eis que, apesar da simplicidade (aparente) do procedimento homologatório, a sentença, proferida pelo juiz togado – oficializado ou não o laudo – desafiava recurso de apelação, que, por sua vez, poderia abrir as portas ao recurso especial e/ou recurso extraordinário (...).” (CARMONA, 1997, p. 46)

¹⁰ A Lei de arbitragem modificou a redação do artigo 301, IX, e artigo 267, VII, do Código de Processo Civil, substituindo a expressão compromisso arbitral por convenção arbitral, que envolve a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹¹ Esse sistema já era adotado por Portugal (CPC de 1961, artigo 48 e artigo 1.522), Espanha, Bélgica (*Code Judiciaire*, artigos 1.702 e 1.703), França (*Nouveau Code de Procédure Civile*, artigo 1.476) e Itália, anteriormente à aprovação da Lei 9.307/96 no Brasil, ou seja, sob a vigência do juízo arbitral, o que acarretava sérios problemas para a homologação de laudos arbitrais oriundos desses países.

relativas a direitos patrimoniais disponíveis, sem a intervenção do estado e por meio de decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial – vale dizer: equiparou os efeitos da sentença arbitral aos da decisão judicial em processo de conhecimento e o fez expressamente conforme se infere de seu art. 31.” (CARMONA, 2000, p. 85)

As vantagens substanciais da arbitragem são a consagração da autonomia da vontade das partes, celeridade, sigilo, baixo custo (proporcionalmente ao dano que poderia ser causado pela demora), tecnicidade na resolução do conflito e possibilidade de escolha das regras de direito¹² (processual e material) que irão ser empregadas na possível resolução de um conflito.

No concernente à anulação, a decisão arbitral poderá ser impugnada por uma ação anulatória, que deverá ser proposta no prazo máximo de 90 dias, após a notificação da sentença arbitral, pela parte que se sentir prejudicada. A referida impugnação, todavia, poderá versar tão somente sobre o aspecto formal da sentença arbitral. Em relação ao mérito, a Lei 9.307/96 não colaciona inovações, porquanto o árbitro continua a ser soberano no momento da prolação da sentença.

Não obstante, ainda assim alguns doutrinadores e juristas persistem na ideia da ineficácia e difícil aplicação da lei mencionada. Em tom uníssono, todos concordam que é mister vislumbrar uma alternativa para o acúmulo de processos nos tribunais, o que acarreta uma natural morosidade.

Conforme dito anteriormente, uma parte da doutrina e da jurisprudência posiciona-se pela ineficácia e inconstitucionalidade da Lei 9.307/96 e, para tanto, alegam que, 1) uma vez que a Constituição de 1988 adotou o sistema inglês ou controle de jurisdição única, “a lei não excluirá da apreciação do

¹² Nada impede a escolha de normas institucionais ou de órgãos arbitrais (por. ex. as normas da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá) ou da *lex mercatoria*.

Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (artigo 5º, XXXV, da CF 1988). Destarte, *ad argumentandum tantum*, as decisões administrativas, quais sejam, aquelas oriundas de Tribunais ou Conselhos Administrativos, encontram-se sujeitas a uma possível revisão pelo Poder Judiciário. Falta a tais decisões o que os publicistas norte-americanos chamam *the final enforcing power*; o poder conclusivo da justiça estatal, a coisa julgada material e seus atributos.

Sustentam ainda que, em função de a Constituição Federal de 1988 ter albergado os princípios da 2) indelegabilidade; 3) indeclinabilidade; 4) juiz natural; 5) investidura e 6) devido processo legal, a Lei 9.307/96 a afronta diretamente e, portanto, carrega a mácula ontológica da inconstitucionalidade. Por fim, colacionam o argumento de que a sentença arbitral faz 7) título executivo extrajudicial e, além disso, que a jurisdição é uma atividade prestada, única e exclusivamente, pelo Estado. Conseqüentemente, por ser uma e indivisível, não pode ser empregada por quem dela não esteja investido. Os referidos argumentos contrários à Lei de Arbitragem serão refutados doravante. Tratar-se-á, a seguir, da constitucionalidade dos arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96 e, posteriormente, da jurisdicionalidade e constitucionalidade genérica da lei referida.

3. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence e a constitucionalidade dos artigos 6º e 7º da Lei 9.307/96

Em 1994, quando uma sociedade comercial suíça requereu a homologação de uma sentença arbitral estrangeira – SE 5.206-7 –, prolatada em Barcelona, na Espanha, em face de uma sociedade comercial brasileira, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, indeferiu o pedido de homologação, sob o fundamento de que o laudo estrangeiro não havia sido homologado pela justiça espanhola.

Inconformada com a decisão proferida, a sociedade suíça interpôs agravo interno, no qual alegou que o ordenamento jurídico espanhol, desde 1988, equiparara, em seus efeitos, a sentença arbitral à sentença estatal e, em decorrência, aboliu o sistema de dupla homologação. O curioso nesse caso é que a própria sociedade brasileira desejava efetuar o pagamento que devia à sociedade suíça.

Em face dos argumentos apresentados, o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence concedeu provimento ao agravo interno. Tais fatos ocorreram em meados de outubro de 1996, período de *vacatio legis* da Lei 9.307/96. A Lei de Arbitragem entraria em vigor, precisamente, no dia 23 de novembro de 1996. Aproveitando tal ensejo, ou seja, a possibilidade de revisão da tese seguida há tantos anos pela jurisprudência do Supremo Tribunal e a entrada em vigor da nova lei, o ilustre Ministro Moreira Alves solicitou parecer ao então Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, sobre a constitucionalidade da referida lei. O parecer da Procuradoria Geral da República – Parecer n. 8.062/GB – com data de 17 de março em 1997, demonstrava a inexistência de vício originário de inconstitucionalidade.

Conclusos os autos novamente ao Ministro Sepúlveda Pertence, o ilustre magistrado houve por bem declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade (em meados de 8 de maio de 1997) do parágrafo único do artigo 6º, do artigo 7º, bem como dos artigos que deles decorrem (arts. 41 e 42, que deram nova redação aos arts. 267, VII; 301 e 520, do CPC). No mérito, concedeu provimento ao agravo interno com base, inclusive, nos artigos 31 e 35 da Lei 9.307/96, que igualaram os efeitos da sentença arbitral à sentença estatal e, por via reflexa, aboliram o sistema de dupla homologação¹³. O relator, Ministro Pertence, entendeu em seu voto que:

¹³ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 71.

“sendo insuficiente a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto –, a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso afronta a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF. Em consequência, declaro inconstitucionais o parágrafo único do art. 6º, o art. 7º e seus parágrafos, e no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, todos da Lei 9.307/96”¹⁴.

O Ministro Pertence, com tal posicionamento, fulminou a estrutura de todo o instituto da arbitragem, a saber, a cláusula compromissória¹⁵. Na espécie, não se insurge o eminente Ministro em seu voto contra o instituto da arbitragem, célebre meio alternativo de resolução de conflitos e, tampouco, contra a existência da cláusula compromissória. Tece considerações, tão somente, às cláusulas compromissórias vazias ou em branco, isto é, aquelas nas quais as partes não demonstraram ou previram a forma, regime ou sistema de acordo com o qual a arbitragem deverá ser instalada. Seguindo a trilha dessa argumentação, pertinente é a contribuição de Arnold Wald (2000, p. 324, § 27), *verbis*:

¹⁴ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 71 e AgRg na SE 5.206-7/Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁵ Por intermédio da cláusula compromissória, os contratantes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios “que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º). O compromisso arbitral, presente no art. 9º, ao revés, exige a existência de um conflito presente. A respeito do tema, pertinentes são as considerações tecidas pelo sempre professor Athos Gusmão Carneiro (2000, p. 44): “a Lei 9.307/96, ante a perspectiva de um dos contratantes, não obstante a cláusula compromissória, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, foi obrigada a criar uma nova ação judicial, a fim de emprestar real obrigatoriedade a tal cláusula. O art. 7º dispõe detidamente sobre os trâmites de tal ação, que culminará com sentença que ‘valerá como compromisso arbitral’.”

“Tanto, assim, que não discute a constitucionalidade da cláusula compromissória em si (como poderia discutir a execução específica da promessa de compra e venda), mas tão-somente a sua complementação pelo Poder Judiciário quando nela faltam alguns elementos do compromisso arbitral. E, ao considerar inconstitucional o art. 41, abrange os conceitos de cláusula compromissória cheia e vazia, que deveriam ter tratamento distinto”.

Destarte, a inconstitucionalidade em questão limita-se à validade das cláusulas compromissórias em que as partes nada estipularam ou nada determinaram, no que se refere à instalação do procedimento arbitral ou das regras de órgãos ou organismos especializados em arbitragem. Ocorre, todavia, que, na medida em que o Brasil aderiu à Convenção do Panamá¹⁶, pelo Decreto Legislativo n. 90/95 – segundo a qual as partes podem nomear os árbitros ou delegar a sua designação a terceiro e que, somente no silêncio das partes, a arbitragem será instaurada de acordo com as normas da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (arts. 2º, 3º, 6º, 9º e 14º) –, não se há excogitar da existência de cláusula compromissória totalmente vazia ou em branco, uma vez que as normas da Comissão serão aplicadas subsidiariamente.

Acaso o artigo 7º fosse declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a cláusula compromissória voltaria a ser uma simples obrigação de fazer e apenas o compromisso arbitral provocaria a instauração da arbitragem. Em suma, o sistema do Código Civil de 1916, que proibia a execução específica desta cláusula, voltaria à tona. A cláusula compromissória perderia a força pretendida pelo elaborador da Lei 9.307/96 e a arbitragem seria condenada ao esquecimento.

¹⁶ Vale ressaltar, contudo, que não existe nenhuma discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade dessa Convenção e, tampouco, jurisprudencial.

Sobre tal enfoque, valiosos são os comentários do professor Carmona (2000, p. 95) acerca das peculiaridades da cláusula compromissória:

“Na medida em que as partes inserem em determinado contrato uma cláusula compromissória, delimitam obrigatoriamente o âmbito em que poderão ocorrer controvérsias solucionáveis por árbitros. Em outros termos, a cláusula compromissória nunca poderá ser tão ampla a ponto de consubstanciar uma renúncia genérica – e aí sim inaceitável – à tutela jurisdicional estatal. Mas na medida em que as partes manifestam firme propósito de recorrer à jurisdição arbitral (em detrimento da jurisdição estatal) para resolver litígios determináveis e futuros, de contornos limitados e delimitáveis (já que a cláusula insere-se ordinariamente na moldura de uma relação jurídica contratual), não há porque imaginar-se que tal avença possa ser ignorada e deixada totalmente sem tutela pelo próprio Poder Judiciário. É isto o que sugere o voto do insigne jurista aqui analisado: se as partes expressamente manifestarem vontade no sentido de que qualquer litígio futuro decorrente de certo contrato seja resolvido por arbitragem, e uma delas simplesmente mudar de opinião, a parte que quiser fazer cumprir o contrato não terá tutela efetiva, não terá tutela específica, restando-lhe, talvez, a via indenizatória, mero arremedo de justiça, eis que a tutela de um direito pelo seu equivalente não passa de esqualio consolo, a disfarçar verdadeira denegação de justiça! Não parece exato dizer (no que toca o art. 7º da Lei) – como consta no voto tantas vezes mencionado – que ‘permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos

litigantes', vontade essa que estaria presente apenas no compromisso arbitral, não na cláusula. Bem pelo contrário, as partes manifestaram claramente sua vontade no momento em que inseriram cláusula compromissória em seu contrato, vontade essa direcionada a retirar do Poder Judiciário a competência para julgar as causas que possam resultar do inadimplemento de qualquer obrigação ali constante, de tal sorte que toda e qualquer crise de certeza relacionada a determinada relação jurídica fica desde logo – por conta de clara, expressa e inequívoca manifestação de vontade de ambos os contratantes – que talvez não tivesse celebrado o contrato se soubesse que eventuais demandas seriam levadas a julgamento perante os órgãos judiciais estatais – com a negativa de eficácia à cláusula compromissória. Se prevalecer a interpretação ora criticada, submete-se o Brasil a verdadeiro escárnio no concerto das nações, pois ficará claro que em nosso país a promessa, o pacto, o acordo de vontades, não produz efeito algum. E a Nação, nos tempos que correm, não pode submeter-se a tal vexame, colocando-se, mais uma vez, na contramão da história.”

O preclaro Ministro Sepúlveda Pertence argumenta, outrossim, que a constitucionalidade¹⁷ da arbitragem brota da renúncia ao direito subjetivo de ação que, no entanto, somente é possível se ocorrer após a controvérsia, cujo deslinde pretende-se subtrair do Poder Judiciário, *expressis*:

“Assim, apenas o compromisso estaria em consonância com o dispositivo constitucional em questão, pois, por força dele, são os próprios titulares

¹⁷ Arnold Wald (2000, p. 329, § 37) entende que não se trata de matéria de índole constitucional, uma vez que, de fato, tratar-se-ia de opção política do legislador ordinário.

dos interesses objeto de uma lide já concretizada que, podendo submetê-la à jurisdição estatal, consentem em renunciar à via judicial e optar pela alternativa da arbitragem para solucioná-la.”¹⁸

Prossegue o ilustre Ministro Relator afirmando que, na cláusula compromissória, o que se verifica, em espécie, não são lides determinadas e concretizadas, tal como no compromisso arbitral, mas lides futuras, eventuais e de contornos indefinidos.

Após citar a doutrina estrangeira, conclui, incidentalmente, que “o que a Constituição não permite à lei (...) é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem.”¹⁹

A despeito dos fundamentos constantes do brilhante voto do Ministro Sepúlveda Pertence, é salutar tecer algumas singelas considerações, *data venia*.

A cláusula compromissória, em verdade, não se trata de uma procuração em branco²⁰. Conforme o escólio de Larenz (1997, p. 441), “o texto só responde a quem o indaga corretamente”. Compreender é, sobretudo, somar perspectivas (ORTEGA Y GASSET, 1963, p. 18-19), observar os diversos enfoques que o legislador almejou englobar. As partes que celebram um contrato, logicamente, são definidas e os eventuais litígios existentes somente podem ocorrer em razão de algum contrato específico. Assim, a cláusula compromissória representa uma renúncia ao exercício do

¹⁸ AgRg na SE 5.206-7/Espanha, p. 35.

¹⁹ AgRg na SE 5.206-7/Espanha, p. 35.

²⁰ “Verificamos, pois, que a inconstitucionalidade vislumbrada por S. Exa., em relação ao art. 7º da Lei 9.307/96, decorre do fato de nele admitir-se que o regime da arbitragem seja fixado judicialmente, por delegação implícita das partes e determinação legal, embora nada impedisse os contratantes de convenccionar, na cláusula compromissória, a adoção de um regime de entidade especializada à qual as partes tenham referido, caso no qual a exceção da existência de cláusula compromissória deveria extinguir o processo.” (WALD, 2000, p. 328, § 29 e § 60)

direito de ação a lides definíveis, determináveis e eventuais, sem nenhuma espécie de abstração.

Neste dispositivo, conforme preceitua o artigo 7º, “existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso designando o juiz audiência especial para tal fim”. Esta construção fora realizada exatamente em razão do insucesso da cláusula compromissória no período da vigência do juízo arbitral²¹. A parte que desejasse descumprir o pactuado, unilateralmente, encontrava, na cláusula compromissória, a lacuna perfeita, uma vez que esta não gozava do atributo da execução específica²².

²¹ Arruda Alvim (2001) faz o seguinte questionamento acerca da cláusula compromissória: “a condição contida no art. 6º, da lei 9.307/96, é condição de admissibilidade da ação proposta? Pode ser desconsiderada judicialmente?” E, a seguir, responde: “em nosso entender, comungando com a doutrina corrente – de que se pode dizer unânime a respeito da questão –, se o interessado não fizer a prova de que instou a outra parte para firmar o compromisso, carece da ação destinada à instauração do juízo arbitral.” Essa indagação é o cerne de toda a questão referente a cláusula arbitral. (Cf. também RICCI, 2000, p. 13)

²² “Observe-se ainda que esta inconstitucionalidade, se confirmada, pode levar até mesmo a outros questionamentos quanto à extensão desta interpretação. Suponhamos que uma parte brasileira celebre um contrato comercial, contendo cláusula compromissória, segundo a qual a arbitragem será realizada no exterior. A parte brasileira descumpra o contrato e o tribunal arbitral é instalado à revelia da parte brasileira, que deseja submeter o litígio ao Judiciário estrangeiro. O tribunal arbitral no exterior, então, profere laudo arbitral em que a parte brasileira é condenada e este laudo arbitral para que possa ser executável no Brasil deve ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal” (TIBURCIO, 1999, p. 191). Certamente, o STF não homologará tal sentença, em razão da afronta à ordem pública. Ressalte-se, pois, os conflitos que ocorrem no âmbito do MERCOSUL, em que, possivelmente, o Brasil seja condenado pelo Tribunal Arbitral. Será necessária a homologação do laudo arbitral pelo STF? Os internacionalistas entendem que não, uma vez que a CF de 1988 (art. 102, I, “h”) e o RISTF falam em sentença estrangeira, o que, em espécie, distancia-se da natureza jurídica do laudo arbitral.

De outra forma, impende lembrar que não são poucos os dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro em que ao juiz compete suprir ou complementar a vontade das partes, de maneira que tal argumento não logra êxito. Por sinal, ressalta o ilustre Ministro Maurício Corrêa que “na execução da cláusula compromissória o juiz não substitui a vontade das partes, mas a concretiza.”

Em maio de 1999, o Ministro Maurício Corrêa, relator da SEC n. 5.847/Reino Unido²³, ao julgar a homologação da referida sentença, contrariou a tese do Ministro Pertence e posicionou-se brilhantemente pela constitucionalidade da Lei 9.307/96, *verbis*:

“Feitas estas considerações, não vejo como possa prosperar o encaminhamento da declaração de inconstitucionalidade dos preceitos então impugnados. Ao contrário, considerando-os mecanismos de suma importância, hodiernos e indispensáveis para o aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, a exemplo do que se cristalizou, há muito, na legislação da maioria dos Estados democráticos, como instrumento alternativo, eficaz e célere para a composição de litígios. O emperramento da máquina judiciária no Brasil, pela observância de regras, culturas e práticas, poderá ter no sistêmico aparelho da arbitragem parcela do que falta para colocá-lo em sintonia com o que realiza o outro lado do mundo, sem que, com isso, seja atropelada a ordem constitucional vigente.”²⁴

Posteriormente, retomando o julgamento da SE 5.206/Espanha, em novembro de 2000, o Ministro Nelson Jobim proferiu voto-vista no sentido de declarar constitucional os artigos impugnados da Lei

²³ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 173.

²⁴ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 173 e SEC 5.847-1.

9.307/96²⁵. Pediu vista o Ministro Ilmar Galvão²⁶.

Em março de 2001, o Ministro Ilmar Galvão proferiu seu voto-vista e acompanhou o Ministro Nelson Jobim pela constitucionalidade da Lei susomencionada. Pediu vista dos autos a Ministra Ellen Gracie²⁷, que, no dia 3 de maio de 2001, proferiu seu voto-vista no sentido de considerar constitucional a lei.

Sobreveio, no mesmo dia, o pedido de vista do Ministro Néri da Silveira, o qual, juntamente com o Ministro Moreira Alves, acompanhou o voto proferido pelos Ministros Sepúlveda Pertence, relator, e Sydney Sanches, de sorte que, vencidos os referidos Ministros, a Lei de Arbitragem foi declarada constitucional. A corrente majoritária contou com os votos dos Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Carlos Velloso.

4. Os argumentos acerca da jurisdicionalidade e a constitucionalidade genérica da Lei 9.307/96 e a refutação dos argumentos contrários

Segundo o mestre processualista Galeano Lacerda, “jurisdição é a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena” – e, para aprofundar o debate, mister acrescentar a concepção de Chiovenda (SILVA, 2000, v.1, p. 27-30): com caráter substitutivo²⁸ –, “elimina a lide declarando e/ou realizando o direito”. Em verdade, para o nobre professor, somente o Estado,

detentor da soberania, está apto a dizer e realizar o direito por intermédio de seus agentes, quais sejam, os magistrados. Mas, e os árbitros? Ainda que não sejam agentes nomeados diretamente pelo Estado, não poderiam “dizer” o Direito²⁹? Se a sociedade é o verdadeiro fundamento e razão de existência do Estado, não teria ela o poder para dirimir suas controvérsias, sem que precisasse mobilizar o aparato estatal? Se a sociedade é o local de emergência de todos os valores e, por isso, também, dos valores jurídicos que dela dependem para se converterem em concretas formas de agir, não deveríamos levar em consideração as possibilidades históricas dessa concretização, sem renunciarmos de antemão às sempre renovadas exigências axiológicas?

Em que pesem as razões trazidas à baila pelos eminentes juristas e doutrinadores, carecem de fundamento todos os argumentos elencados pela ineficácia, inaplicabilidade e inconstitucionalidade genérica da Lei.

Uma breve divagação iria conduzir a *vexata quaestio* aos clássicos *Utopia*, de Thomas More; *Leviatã*, de Thomas Hobbes; *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, de Locke, e o *Contrato Social*, de Rousseau. No entanto, não é necessário conduzir o debate para tal seara. Cumpre evidenciar, apenas, que, para os contratualistas e, inclusive, para More, o Estado encontrava sua razão de ser no indivíduo – sua proteção, liberdade e vida.

Quando as partes escolhem um árbitro, desejam que a lide seja resolvida de maneira célere, por profissional capacitado, imparcial e técnico. O fazem dessa forma por expressão da liberdade³⁰ e voluntariedade

²⁵ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 211.

²⁶ SEC 5.828/Noruega e Informativo do Supremo Tribunal Federal ns. 221 e 213.

²⁷ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 221.

²⁸ “Está presente na arbitragem o caráter substitutivo da jurisdição, que consiste na interferência de uma terceira pessoa, estranha à lide, que não participa do conflito de interesses, terceiro esse que dirigirá imparcialmente a busca da verdade para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto.” (CARMONA, 1990, p. 38)

²⁹ A respeito da verdadeira razão de ser da arbitragem, por todos, Carmona (1990, p. 34): “trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça – o que não afronta o art. 153, § 4º, da CF e encontra respaldo no seu § 1º do art. 1º. Basta lembrar, em esforço a tal argumentação, que a instituição do júri, mantida no mesmo art. 153 da CF, é baluarte da participação popular em nível jurisdicional.”

³⁰ Carmona (1990, p. 33) adverte que não é raro encontrar, em alguns sistemas jurídicos estrangeiros, a

que dispõem sobre o bem ou o interesse. O Estado coloca à disposição das partes seu aparato judicial para que lá resolvam seus conflitos de interesses; todavia, as partes, espontânea e voluntariamente, recusam o serviço estatal e optam por resolver a lide sem a sua participação.

Não se encontram compelidas a resolver a lide por intermédio da arbitragem, seguem essa prática por entenderem que lhes trará maiores benefícios que a via judicial, consoante bem elucidam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery (1999, p. 1726):

“A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle judicial, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo Poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito. Não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral.”

Com o aludido entendimento e o argumento da escolha espontânea e voluntária, os seis primeiros aspectos contrários à arbitragem, a saber, 1) controle judicial único; 2) indelegabilidade; 3) indeclinabilidade; 4) juiz natural; 5) investidura; 6) devido processo legal, tornam-se meras falácias.

submissão obrigatória de determinadas matérias à arbitragem. Cita como exemplo o Decreto-Lei português 201/75, que trata de matéria atinente ao arrendamento rural. O Código de Processo Civil português, inclusive, reservava todo o Livro IV ao tribunal arbitral, que poderia ser voluntário ou necessário. Alerta que, no Brasil, já existiu a obrigatoriedade da arbitragem no Código Comercial de 1850, arts. 245 e 294, revogados respectivamente, pela Lei 1.350 de 1866 e Decreto nº 3.900 de 1867.

Com o escopo refutar quaisquer controvérsias a respeito do tema, corrobora com tese esposada o então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, no Parecer n. 8.062/GB, ao citar o ilustre Cândido Rangel Dinamarco³¹:

“Penso ainda que a Lei 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela CF, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma faculdade inerente à própria personalidade’ (Cândido Rangel), não um dever.

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito’. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados deverão sempre levar ao Judiciário suas demandas”.

No que diz respeito ao controle judicial de lesão ou ameaça de direito, a Lei 9.307/96 o resguarda em seus artigos 6º, 7º, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalcitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional³².

³¹ Parecer 8.062GB sobre a SE 5.206-8/246/GB; Wald (2000).

³² O legislador ordinário permitiu, de um lado, a pacificação de determinados conflitos de interesses

A eiva de inconstitucionalidade da lei em face aos argumentos colacionados pela corrente contrária, não logra prosperar. A Lei 9.307/96 está em plena conformidade com os princípios basilares da Carta Magna.

O artigo 18 da Lei de Arbitragem dispõe que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir fica sujeita a recurso ou a homologação pelo poder Judiciário”. Infere-se, pois, desse dispositivo que a arbitragem possui natureza jurídica equivalente à jurisdição. Segundo Carmona (1990, p. 34), “o fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do estado, não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem”. O árbitro, ao prolatar a sentença arbitral, declara o direito e o aplica ao caso concreto, extinguindo a lide. A decisão do árbitro é exteriorizada por intermédio de uma sentença, cuja qualidade fundamental é ter natureza de título executivo judicial, fato esse que não obriga sua homologação pela autoridade judicial (artigo 584, III, do Código de Processo Civil) (NERY JÚNIOR; NERY, 1999, p. 1737). Assim, alguns dos atributos peculiares³³ à jurisdição restam evidentes na

sem a intervenção estatal, mediante compromisso arbitral, com nítidas vantagens para os interessados, e, de outro, garantiu o livre acesso ao Poder Judiciário àqueles que tiveram direitos violados por inobservância das regras fixadas para a arbitragem”. (NERY JÚNIOR; NERY, 1999, p. 1726).

³³ “Mesmo aqueles que aceitam a jurisdicionalidade da arbitragem reconhecem que o árbitro não exerce a *coertio* e a *executio*, tradicionais componentes da jurisdição” (CARMONA, 1996, p. 431). A execução de sentença arbitral deve ser realizada por meio da intervenção do Poder Judiciário, após a fase de embargos. Da mesma forma ocorrerá se, no curso do processo arbitral, houver necessidade de medidas cautelares que impliquem em atos coercitivos. Desta feita, se a jurisdição, conforme tese que defendemos, não é monopólio do Estado, por outro lado, a coerção – conforme clássica lição de Max Weber – não deve ser entendida dessa forma. Cf., por todos, Carmona (1990, p. 33). No entanto, para alguns autores, mister se advirta, o procedimento de execução não deve ser entendido como ato característico à atividade jurisdicional. Para esses, conseqüentemente, não haveria

Lei de Arbitragem. Do mesmo modo, com a utilização do método lógico-sistemático de interpretação, o dispositivo do art. 31 confirma a argumentação desenvolvida: “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”.

Ora, com tal dispositivo, conforme repetido insistentemente, ocorreu uma verdadeira equiparação da sentença arbitral à estatal. Impende lembrar, no entanto, que, quando da vigência da anterior disposição da arbitragem, isto é, o juízo arbitral, o Supremo Tribunal Federal não homologava os laudos arbitrais oriundos de países que não os homologasse judicialmente. O entendimento do Supremo Tribunal era de que o laudo arbitral não era sentença e, por conseguinte, não podia ser homologado diretamente, sem que antes a autoridade judicial do país de origem o fizesse (dupla homologação)³⁴. Tal requisito de validade gerava enormes transtornos, visto que em vários países não existia a exigência de homologação judicial para que o laudo gozasse de eficácia. Com a entrada em vigor da Lei 9.307/96, o fato é que o Supremo Tribunal Federal passou a homologar diretamente³⁵ o laudo arbitral – que, a partir

dúvida em reconhecer a jurisdicionalidade da arbitragem. (SILVA, 2000, p. 27-30; 48-49).

³⁴ Por todos Carmen Tiburcio (1999, p. 180): “coerentemente com o que ocorria com a arbitragem no plano interno, os laudos arbitrais estrangeiros, para produzirem efeitos no Brasil, deviam ser homologados judicialmente no país de origem. Esta era a jurisprudência do STF, que exigia a dupla homologação dos laudos arbitrais estrangeiros para que tivessem eficácia no País. Este entendimento prevalecia mesmo nos casos de laudos provenientes de Estado estrangeiro que não exigia tal providência, ou seja, mesmo que fossem exequíveis no país de origem independentemente de homologação. O fundamento teórico de tal distinção era o de que o laudo arbitral não se equiparava à sentença, e que somente as sentenças estrangeiras eram passíveis de homologação”.

³⁵ Esse foi um dos argumentos pelos quais o Ministro Pertence concedeu provimento ao agravo interno na SE 5.206/Espanha.

de então, recebeu a denominação de sentença arbitral –, evidenciando, sobretudo, o caráter jurisdicional da presente sentença arbitral.

Valioso, neste momento, tecer alguns comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a dupla homologação. A interpretação da Suprema Corte, no pertinente à dupla homologação, era caracterizada pela natureza restritiva de alguns casos. Somente sentença estrangeira *stricto sensu* poderia ser homologada. Entretanto, brilhante e lúcida a advertência realizada pelo saudoso Ministro Carlos Thompson Flores, na SE 1.982/EUA:

“(…) Certo poderia ser examinada a hipótese de dispensar a homologação da Justiça Americana, a que foi proferida pelo Juízo arbitral. Era mister, todavia, que, ao menos se fizesse prova do direito em questão, os termos do art. 212 do CPC, o que não se fez, quiçá porque suas normas foram apenas afloradas, nelas se não fundamentando o pedido (…).”

Com esse voto, o eminente Ministro Thompson Flores empregava uma interpretação mais dinâmica ao juízo arbitral e permitia, desde que provado o teor e a vigência do direito estrangeiro, a dispensa da homologação judicial. Infelizmente, a posição do Ministro Thompson Flores não foi seguida – apesar de repetida por mais de uma oportunidade, como na SE 2.486-1/GB e SE 2.006 – pela Corte, o que, se ocorresse, iria acarretar a mudança da jurisprudência até então construída³⁶.

O aspecto que merece maior debate refere-se à posição do Supremo Tribunal Federal em sempre ter considerado sentença estrangeira, e, pois, homologado,

³⁶“Na verdade, o entendimento do STF deveria ter sido interpretado como se negasse homologação a laudos arbitrais estrangeiros que não fossem exequíveis no país em que foram proferidos ou quando a prova do teor e vigência do direito estrangeiro não tivesse sido feita” (TIBURCIO, 1999, p. 181). A modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocorreu com a decisão do AgRg na SE 5.206/Espanha.

decisões prolatadas por autoridades administrativas e religiosas, no exercício da atividade judicante. Não obstante, divórcios realizados por rabinos em Israel, pelo Rei da Dinamarca, por tribunais canônicos ou muçulmanos e até por prefeitos no Japão podiam ser homologados pelo Supremo Tribunal³⁷. Seguindo esse desate, não é compreensível, a partir da análise dos precedentes citados, o motivo pelo qual fora criado tamanho óbice à homologação dos laudos arbitrais. No entanto, o que importa, no presente momento, é que, com a Lei 9.307/96, tais empecilhos não mais ocorrerão (artigos 31 e 35).

Alguns autores ponderam, incessantemente, que a sentença proferida por árbitro possui característica de título executivo extrajudicial, fato que demonstraria a inequívoca ausência de jurisdicionalidade da lei (artigos 584 e 585 do Código Processo Civil). A refutar tal entendimento, precisas são as palavras do autor da Lei, o professor Carlos Alberto Carmona (1998, p. 38):

“O art. 32 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem.”

Enfim, o argumento mais preciso para fulminar a alegação de ausência de jurisdicionalidade da Lei 9.307/97 é, justamente, aquele referente à desnecessidade de homologação da sentença arbitral por parte do Poder Judiciário. (CARMONA, 1998, p. 47)

A arbitragem representa uma ínfima, contudo sutil, abertura no monopólio estatal da atividade jurisdicional, uma vez

³⁷ SE 1.282/Noruega; SE 1.312/Japão; SE 1.943/Dinamarca; SE 2.366/Espanha; SE 2.419/Israel; SE 3.135/ República Libanesa.

que permite a resolução dos conflitos em outra vertente. Trata-se, então, do início da desestatização dos litígios, por intermédio da desformalização de controvérsias (ALVIM, 1998, p. 47). No entanto, é mister que se advirta que o intuito da lei não é criar um Poder paralelo ao Judiciário, responsável concorrentemente pela declaração e realização do Direito. A arbitragem visa, tão somente, conceder novos caminhos, ainda que tímidos, pelos quais as lides poderão ser resolvidas; “não quer isso dizer, no entanto, que não seja possível questionar em juízo a validade e eficácia da sentença arbitral: para este fim estabeleceu-se o procedimento do art. 33”. (CARMONA, 1998, p. 39)

De pronto, a definição dada por Galeano Lacerda e Chioyenda é imprecisa para o contexto em que nos encontramos, no pertinente ao monopólio estatal de “dizer” o Direito. Sem o intuito de esvaziar de juridicidade o próprio conceito de jurisdição, não resta óbice à possível constituição de um juiz privado, que atue em conformidade com os preceitos dos bons costumes, ordem pública e disponibilidade de bens.

5. A disciplina da arbitragem no Anteprojeto de CPC

O tema da arbitragem mereceu particular tratamento por parte da Comissão Redatora do Anteprojeto de CPC. Entre os avanços, destaca-se a opção pela expressão “convenção de arbitragem”, que culminou por suprir a controvérsia em torno da cláusula e do compromisso arbitral e impor o mesmo regime jurídico a ambos.

Com a perpetuação dessa linha de desenvolvimento, o Brasil se mantém à frente de países como a Itália, berço do processualismo, onde até hoje a sentença arbitral é sujeita à homologação judicial para que tenha força de título executivo. Por sinal, o regime dos artigos 338, X, e 467, VII, do Anteprojeto de Códilgo de Processo Civil evidenciam o vulto alcançado pelo instituto no país após quinze anos da sua normatização e desde

a pronúncia de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos dois artigos supracitados, é notória a relevância atingida pela arbitragem para o deslinde e estabilização da relação processual, na medida em que impõem ao réu, antes de adentrar ao debate do mérito, o ônus de suscitar a existência de convenção de arbitragem, bem como ao juiz o dever de verificar a presença desta para a prolação de sentença sem resolução de mérito.

Conquanto tímido em relação à criação de uma condição de procedibilidade para os litígios entre órgãos da Administração Pública, a saber, a prévia submissão a Câmaras de Conciliação e Arbitragem, o Anteprojeto de Código Civil é digno dos mais robustos elogios pelo primor técnico e enaltecimento da capacidade da arbitragem de promover a solução prévia de controvérsias, sem a necessária submissão ao Poder Judiciário.

Referências

ALVIM, Arruda. Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 192-223, jan./mar. 2001.

ALVIM, José Eduardo Arruda. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Jurisdição*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990.

_____. Arbitragem no Brasil: Utopia? *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 14, p. 274-273, 2. quin. jul. 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38.

_____. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 85-98, jul./set. 2000.

_____. A arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis. *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 24, p. 434-429, 2. quin. dez. 1996.

_____. A Nova Lei de arbitragem. *Consulex: revista jurídica*, Brasília, v. 1, n. 9, p. 46, set. 1997.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O juízo arbitral e a simplificação do processo. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 9, n. 24, p. 51-54, mar. 1982.

_____. *Jurisdição e Competência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 10.03.1999*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORTEGA y GASSET, José. Verdad y Perspectiva. In: _____. *El Espectador*. Madrid: Revista de Occidente, 1963-. v. 2. (Obras de Jose Ortega y Gasset).

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RICCI, Edoardo F. *Presente e Futuro da cláusula compromissória e de sua atuação*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 88-105, out./dez. 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1.

TIBURCIO, Carmem. A Lei de Arbitragem e a pretensa Inconstitucionalidade de seu artigo 7º. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: São Paulo, n. 218, p. 175-196, out./dez. 1999.

WALD, Arnaldo. Da constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 323-334, jan./mar. 2000.