Dia Gaúcho da Arbitragem

Dia Gaúcho da Arbitragem

Copyright © 2015 by Editora Magister

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Editor Responsável: Fábio Paixão

Capa: Fernanda Napolitano

Agosto de 2015

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem prévia autorização do autor. (Lei 9.610, de 19.02.98 – DOU 20.02.98)

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

D537 Dia gaúcho da arbitragem / Coordenado por Achister. – Porto Alegre : Magister, 2015.

15,5x22,5 cm. ; 209 p.
ISBN 978-85-85275-49-5

1. Direito. 2. Arbitragem. 3. Conciliação.

CDU 347.918

Editora Magister Ltda.
Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar
91340-340 – Porto Alegre – RS
(51) 4009.6160 – www.editoramagister.com

Sumário

Dia Gaúcho da Arbitragem
20 de agosto de 2015 – Câmara de Arbitragem da Federasul – CAF 7

Programação 9

1. Os Métodos de Solução de Conflitos, Nova Regência Processual: Observações
André Jobim de Azevedo 11

2. Regras Arbitrais Brasileiras: a Fase dos Regulamentos
Eduardo Silva da Silva.....26

3. Delineamentos Conceituais Básicos Acerca da Arbitragem
Fabiano Menke e *Camile Souza Costa* 43

4. Contratos de Adesão e Arbitragem Comercial
Gerson Luiz Carlos Branco 59

5. Reflexões Iniciais (e Breves) sobre o Artigo 136-A da Lei das Sociedades Anônimas e a Natureza do Estatuto da Sociedade e da Cláusula Compromissória
Luis Renato Ferreira da Silva.....77

6. Constituição e Arbitragem: Dever de Revelação, Devido Processo Legal
Luiz Olavo Baptista.....91

7. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro
Marcelo Roberto Ferro 100

8. Patologias do Procedimento Arbitral Atual
Maristela Basso 118

9. O Caso Jirau
Mauricio Gomm Santos e *Fernanda Giorgio Beirão* 142

10. Arbitragem Societária no Mercado Aberto
Nikolai Sosa Rebelo 160

11. Das Tutelas de Urgência e da Carta Arbitral: Breves Considerações sobre os Novos Artigos "22-A, B e C" da Lei de Arbitragem
Ricardo Ranzolin.....177

12. A Arbitragem e a Atuação do Juiz
Ruy Rosado de Aguiar Júnior 184

13. Anotações à Lei da Arbitragem: Comentários sobre a Autonomia da Vontade, a Boa-Fé Objetiva, Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral
Zulmar Neves 200

Dia Gaúcho da Arbitragem

20 de agosto de 2015
Câmara de Arbitragem da Federasul – CAF

O encontro que se realiza na Câmara de Arbitragem da Federasul – CAF – o Dia Gaúcho da Arbitragem, é o coroamento de árduo trabalho nos últimos anos de nossa administração.

Com as dificuldades correntes, acrescidas das particulares deste ano de enorme crise econômica, sabemos todos sobre a dificuldade em se obter suporte a qualquer evento jurídico.

Reunir esse seleto grupo de juristas – programação do dia 20 de agosto em anexo – não é simples, nem fácil. Somente é possível pela enorme boa vontade de todos os envolvidos. A amizade dos palestrantes, de intensa atividade profissional e acadêmica, nacional e internacionalmente atuantes, foi o estímulo necessário para trabalhar o encontro.

Em tempos de novo Código de Processo Civil (CPC, ainda em *vacatio*), revisão da Lei da Arbitragem e Lei de Mediação, não poderiam ser mais oportunas as conferências e discussões travadas por tão qualificados expositores.

É o tempo da Arbitragem. Nunca se teve no país tanta fertilidade para os ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*), estimulada ainda mais por um sistema processual estatal que enfrenta enormes dificuldades – para dizer o menos – os mesmos têm ampla acolhida e apoio do Poder Judiciário em todos os seus graus.

Isto se dá pela enorme condição superior da arbitragem em resolver conflitos. Suas distintas características comparativamente ao processo judicial são hoje de conhecimento corrente.

A escolha e especialização do árbitro, capaz de pontualmente dar a melhor solução para temas particulares; sua flexibilidade, em oposição à rigidez dos códigos de processo; a celeridade e incomparável dinâmica é atrativa; o sigilo, adequado às relações comerciais e empresariais, garantem bom resultado à discussão; a possibilidade de não ruptura total entre as partes (o que geralmente decorre das ações judiciais) enseja a continuidade da relação ou estabelecimento de outras novas; a economicidade, decorrente da relação custo *versus* tempo de solução. Estas são características próprias e que realçam a importância do Instituto. É o exercício da liberdade, da autonomia da vontade que leva os particulares (pelo menos) à sua busca. Tratam-se, sim, de interesses particulares cujos titulares exclusivos submetem aos Tribunais Arbitrais.

Em franco desenvolvimento no país, tem também no Rio Grande do Sul palco cada vez mais importante na pacificação das relações sociais.

É preciso agradecer a indispensável participação de nossos patrocinadores, apoiadores e promotores referidos em contracapa, sem os quais certamente não se consumaria o encontro, particularmente ao apoio da Editora Lex Magister, e na organização pontual os colegas que compõe a CAF e a própria Federasul.

Que sirva nosso Dia Gaúcho da Arbitragem para, de forma indelével, marcar o interesse e desenvolvimento da Arbitragem no Estado e qualificação cada vez maior de seus atores, aos quais se atribui enorme relevo em âmbito regional e nacional.

Obrigado a todos por podermos juntos receber nossos arbitralistas, entre eles os visitantes, entregando-lhes um pouco da hospitalidade de nossa gente.

Porto Alegre, 20 de agosto de 2015.

André Jobim de Azevedo

Eduardo Silva da Silva

Fabiano Zouvi

8h Credenciamento | Networking

9h Abertura

– Presidente da Federasul: Ricardo Russowsky
– OAB/RS: Dr. Ricardo Ranzolin
– Governo do Estado: Chefe da Casa Civil Sr. Márcio Biolchi
– Assembleia Legislativa: Deputada Estadual Sra. Any Ortiz
– Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Des. Ney Wiedmann Neto
– Diretoria Executiva da CAF: Dr. André Jobim de Azevedo, Dr. Eduardo Silva da Silva e Dr. Fabiano Zouvi
– Casa de Mediação da OAB/RS: Dr. Ricardo Dornelles

9h30 – Evolução da jurisprudência gaúcha sobre arbitragem

Palestrante: **Dr. Ricardo Ranzolin**, Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB/RS.
Presidente de Mesa: **Dr. Fabiano Zouvi**, Diretor Jurídico da Câmara de Arbitragem da Federasul – CAF.

10h – A advocacia na arbitragem e arbitragem para advogados

Palestrante: **Dr. Maurício Gomm**, Membro do Latin America User's Council – London Court of International Arbitration ("LCIA").
Presidente de Mesa: **Dr. Zulmar Neves**, Membro e árbitro da Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do CIERGS.

10h30 – Intervalo (coffee break)

10h45 – As causas legítimas de afastamento da confidencialidade em arbitragem internacional

Palestrante: **Dr. Marcelo Ferro**, Vice-Presidente da Comissão de Arbitragem e ADR da CCI. Presidente do Comitê de Arbitragem e Mediação da ICC Brasil.
Presidente de mesa: **Dr. André Jobim de Azevedo**, Presidente da Câmara de Arbitragem da Federasul – CAF.

11h15 – O novo CPC e a arbitragem

Palestrante: **Dr. Araken de Assis**, Doutor em Direito pela PUC-SP. Desembargador aposentado.
Presidente de Mesa: **Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior**, Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

12h – Intervalo (almoço)

14h – Apuração de responsabilidade civil em demandas arbitrais

Palestrante: **Dr. Gerson Branco**, Doutor pela UFRGS.
Presidentes de Mesa: **Dr. Luis Renato Ferreira da Silva**, Doutor em Direito pela USP.
Dra. Fabiana Marques, Assessora jurídica da Federasul e executiva da Câmara de Arbitragem da Federasul – CAF.

14h45 – Mito e realidade do procedimento arbitral atual

Palestrante: **Dra. Maristela Basso**, Advogada. Doutora e Livre-Docente (Pós-Doutora-Post-Ph.D) em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.
Presidente da mesa: **Dr. André Jobim de Azevedo**

15h15 – Regras da arbitragem brasileira

Palestrantes: **Dr. Eduardo Silva da Silva**, Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Diretor da Câmara de Arbitragem da Federasul – CAF.
Dr. Luis Fernando Guerrero, Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP. Visiting Scholar na Columbia Universit.
Dr. Thiago Marinho Nunes, Doutor em Direito pela USP.
Presidente de Mesa: **Dr. Fabiano Menke**, Doutor em Direito pela Universidade de Kassel, Alemanha.

16h15 – Intervalo (coffee break)

Lançamento do livro | **Regras da Arbitragem Brasileira**: **comentários aos Regulamentos de Câmaras de Arbitragem.** São Paulo: Marcial Pons, 2015, de Eduardo Silva da Silva, Luis Fernando Guerrero e Thiago Marinho Nunes. Prefácio de Frederico Straube e apresentação de João Bosco Lee, com o apoio do CAM-CCBC e o selo editorial da Marcial Pons.

16h45 – Palestra Magna

Constituição e arbitragem: dever de revelação e devido processo legal
Palestrante: **Dr. Luiz Olavo Baptista**, Doutor pela Universitè de Paris II (1981). Árbitro.
Presidente de mesa: **Dr. André Jobim de Azevedo**

Os Métodos de Solução de Conflitos, Nova Regência Processual: Observações

André Jobim de Azevedo

Advogado Sócio de Faraco de Azevedo Advogados; Formado pela UFRGS; Professor Universitário da PUCRS; Especialista e Mestre pela mesma Instituição; Titular da Cadeira 89 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; Árbitro; Presidente da Câmara de Arbitragem da Federasul; Membro do Conselho Superior da Comissão de Arbitragem da OAB/RS.

SUMÁRIO: I – Introdução. II – A Previsão Constitucional e Legal. III – ADRs, MESCs, MASCs. IV – A Política Pública da Conciliação. A Resolução nº 125 do CNJ. V – A Conciliação, Mediação e Arbitragem no NCPC. VI – A Importância da Conciliação. VII – Conclusão. VIII – Bibliografia.

I – Introdução

Os conflitos sociais são inevitáveis na sociedade. De há muito afastou-se a precária solução pela via da vindita, a conhecida Lei de Talião, o "olho por olho, dente por dente", cujos resultados, além de impróprios, favoreciam, independentemente de razão ou justiça, os mais fortes. Ao Estado delegou a sociedade o poder-dever de dizer e realizar o direito, a chamada jurisdição, *juris et dictio*. Salvo em honrosas e especialíssimas condições, é admitida a reação privada, cercada de limites, como proporcionalidade e premência. O instrumento civilizado daí nascente é o processo. É por esta via que se deve buscar a solução dos conflitos.

O cenário contemporâneo das relações sociais é complexo e, em vias de mudanças, permanentemente o que se reflete por óbvio nos conflitos e em suas soluções, também complexizando-os em medida significativa.

O admirável mundo novo nos cerca nesta segunda década do século XXI. É surpreendente o que, por vezes, não percebemos, mas é a atual realidade. A evolução dos meios de transporte e de comunicação parecem ter-nos levado a este estado de coisas. Vivemos a era da tecnologia e da velocidade. Para tudo. Comunicamo-nos com inimaginável dinâmica e somos capazes de atingir a

qualquer localidade do globo em questão de horas. Assistimos a acontecimentos onde quer que eles aconteçam segundos ou minutos após sua ocorrência, em vivas reproduções filmadas e sonorizadas, muitas vezes ao vivo. O mundo parece pequeno. As redes sociais estão aí para comprovar.

Essa condição que nos cerca nos faz partícipes desse cenário contemporâneo, não como meros expectadores ou testemunhas, mas verdadeiros atores protagonistas.

Ao mesmo tempo, perderam-se as referências antes vigentes relativas às grandes nações, aos grandes líderes, às instituições, às tradições, às profissões, aos partidos políticos e às agremiações. O centro do mundo passa a ser o indivíduo, como autor-referência, convivendo com a enorme diversidade e pluralidade evidentes. As noções de destaque social efêmeras e calcadas nas mais diversas situações e diluição ou fragilidade de lideranças são capazes de bem estimular visões mais próprias da corrente atribulada da vida contemporânea.

A vida realmente está diferente e o mundo em constante mutação. Decorrem daí significativas alterações no mundo econômico e no mundo do trabalho e, consequentemente, nos modos de solução de conflitos, portanto, no processo e outros.

As relações de soluções de conflitos que compõem estas observações por certo também são bastante distintas daquelas que historicamente manejamos. Os sujeitos sociais e os sujeitos econômicos desse processo produtivo igualmente distinguem-se.

Atribuo a essa novel condição jurisdicional, produtiva e mercadológica alterações patentes na sociedade e necessariamente em seus sujeitos econômicos e não econômicos, nos quais causa e efeito se confundem.

As relações econômicas até bem pouco tempo eram restritas, limitadas e envolviam números muitíssimo menores de sujeitos. O mundo cresceu e ao mesmo tempo tornou-se menor. O mundo do direito, do trabalho e os meios de solução de conflitos são objetos diretos e reflexo da nova realidade.

O processo, referido instrumento estatal de solução de conflitos, não tem sido, no entanto, capaz de atender às novas demandas. Nosso país maneja judicialização extremada desses conflitos sem qualquer parâmetro de comparação no mundo. São milhões de novas demandas encaminhadas ano após ano, em volume invencível, ao Poder Judiciário, quer civil, quer especializado do trabalho.

A finalidade deste ensaio é no sentido de uma abordagem crítica e ao mesmo tempo propositiva no que respeita ao processo judicial, aos MESCs

(Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos) com a percepção do mundo novo que nos cerca.

Recentemente, o mundo produtivo buscava atender às necessidades vizinhas de bens produtos e serviços e a preocupação dos negócios estabelecia-se a partir de noção tímida, acanhada, de competição com conhecidos concorrentes, da rua, da cidade, do Estado, do país, este último apenas para os grandes agentes da produção que conseguiam avançar para atuações nacionalmente ocorrentes.

A percepção, contudo, de que as distâncias encurtaram e que os horizontes produtivos elasteceram tornou-se um fato. Deixa-se apenas de focar a atuação produtiva e comercial em seu redor para perceber um entorno ilimitadamente existente e capaz de ameaçar a qualquer um e a todos por conta de disputas que vão para muito além dos limites históricos e geográficos referidos. São milhões de relações jurídicas potencialmente geradoras de milhões de conflitos entre os interessados.

Ao mesmo tempo, a perspectiva de livre-circulação do trabalhador pelo mundo recrudesce, limitando-se a situação internamente aos grandes mercados comuns, mas que convive com inúmeras atividades que passaram a desnecessitar a presença física dos trabalhadores no antes local de trabalho, com pouco ou nenhum prejuízo de sua ausência, e até com vantagens significativas. Os meios telemáticos de contribuição insuperável para isto estão envolvidos com a vida acentuadamente urbana. Convivência essa centralizada nas cidades, que não mais comportam tanto atropelo, resultando em enormes dificuldades de mobilidade urbana.

A facilidade de comunicação e transporte de bens, mercadorias e pessoas ensejou mudanças significativas na vida econômica do planeta e na atuação empresarial. Descobriu-se no oriente global uma região do planeta de abundante mão de obra e condições de produção infinitamente melhores e mais econômicas do que aquelas existentes nos próprios locais originários de produção e consumo desta. Para lá foram transferidas unidades empresariais completas que se justificavam por essa vantagem econômica, e a distância, antes intransponível, ora se supera pelo moderno transporte. São imperiosas a alteração e a transferência do resultado do trabalho, de sua produção aos destinos de uso e consumo em volumes gigantescos e cuja escala barateia novas linhas de distribuição.

A globalização da economia como norte competitivo impõe à produção cada vez maior especialização e qualificação, sob pena de quebra do negócio. Cinde-se o processo produtivo como via dessa melhoria de atuação necessária. Entrega-se a terceiro partes não essenciais ou finalísticas do trabalho, àqueles que tenham estas atuações parciais como centro da sua atividade e, portanto, com condições de melhor fabricar, prestar serviços, compondo um todo de

melhor resultado final. É a participação coletiva e seriada de várias empresas, cada uma com seu mister para atender às exigências de consumo, cada vez mais intensas. Os conflitos decorrentes dessa tumultuada realidade são inevitáveis.

A inafastável necessidade de aprimoramento da gestão e administração empresariais é questão de sobrevivência não só da pessoa jurídica, mas especialmente para aqueles que de seu trabalho dependem. A própria empresa precisa readequar-se às novas exigências de seus clientes, da sociedade, do mercado, sem os quais não tem qualquer possibilidade futura ou mesmo presente. Nesse teor, incluem-se os conflitos sociais e os métodos de sua resolução que devem por igual aperfeiçoar a pacificação social e seus instrumentos, processos judiciais ou não.

Interessante o trecho que bem avalia esta realidade pelo estudo crítico de Feliciano:

> "Com efeito, a globalização econômica e a revolução tecnológica – ambos fenômenos contemporâneos à pós-modernidade, senão a ela inerente – sinalizam para a *desterritorialização das relações de trabalho* (POCHAMANN, 2006:65), obtendo-se trabalho mais ou menos subordinado nas distâncias mais abissais e nos mais diversos e inusitados pontos do planeta. O exemplo de Thomas Friedman é emblemático: a *Infosys Technologies Limited*, pérola da indústria de TI indiana, pode convocar reuniões virtuais com os principais elos de toda a cadeia global de fornecimento de qualquer de seus projetos, estabelecendo diálogos em tempo real com seus *designers* estadunidenses, fabricantes asiáticos e programadores indianos; na verdade, a empresa 'gira' 24 horas por dia nos 365 dias ao ano, considerando-se a atividade de seus colaboradores em vários pontos do mundo: nas costas oeste e leste dos Estados Unidos, no distrito de Greenwich (Londres), na própria Índia, em Cingapura, em Hong Kong, no Japão e até na Austrália. (FRIEDMAN, T. L., 2005, p. 14-15)"[1]

É, assim, uma realidade desafiadora, que ao lado dessas observações maneja por igual, assento constitucional que não só evidencia a necessidade de proteção do ser humano em sua condição individual e de dignidade, e entre estes o trabalhador, mas também o adequado exercício da atividade produtiva e econômica com liberdade capaz de manter possível e viável aqueles que concedem o trabalho. Nesta seara, os conflitos são muitíssimos a desafiar os juristas a adequado manejo de solução de conflitos.

Sob o ponto de vista processual, essa realidade é cada vez mais litigiosa, no sentido de que dessa complexidade um número muito maior de quezilas são

1 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho*: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 74.

geradas e lançadas para necessária solução. O processo que tem essa inafastável obrigação, no entanto, não tem sido capaz de boa resposta social.

Historicamente buscando efetividade, digladia-se entre as importantes diretrizes da celeridade e segurança jurídica – elementos indispensáveis nesta equação, mas cujo equilíbrio revela-se delicadíssimo. No particular, o processo, quer cível, quer trabalhista, não mais atende aos anseios da sociedade organizada. Sabido por todos que, a despeito da importante regência legal, quer da CLT, quer em execução da Lei do Executivo Fiscal, quer do CPC, tais não têm atendido ao seu desiderato. Como sabido, este último, por conta do art. 769 da CLT de aplicação subsidiária nos casos omissos, tem, sim, grande importância para as demandas especializadas do trabalho.

Ora em curso o período de vacância (art. 1.045 do NCPC), nova regência processual civil terá ainda indefinidos contornos de aplicação às demandas laborais. O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) vem à ordem jurídica buscando recompor em termos mais próprios a finalidade maior a que se destina, a de bem resolver os conflitos postos aos efeitos da tão desejada paz social.

O histórico dos processos judiciais civis e trabalhistas é em desfavor dos mesmos, já que não se mostraram capazes de entregar aquilo que é sua obrigação em termos razoáveis, quer quanto à segurança jurídica, quer quanto à sua concretização.

Por óbvio, sabido por todos, que o tempo de solução de demandas tem ligação direta com a complexidade de seu objeto e o espaço que as regras processuais alcançam ao jurisdicionado em termos de disponibilização de demonstração de suas razões. Quanto maior essa condição, necessariamente maior o tempo de sua conclusão. Quanto mais restrita, maior será a condição de celeridade e o tempo de duração do processo.

Em verdade, essa fragilíssima equação vem atormentando os estudiosos do processo na busca de uma perfectibilização. O novo CPC é mais uma importante tentativa de avanço social pela via de qualificação dos instrumentos de composição dos conflitos, ainda mais em uma sociedade contemporânea que se apresenta com novos e profundos desafios, com seus rumos ainda hesitantes.

II – A Previsão Constitucional e Legal

Nesta breve e reduzidíssima abordagem introdutória espera-se identificar alguns aspectos necessariamente ponderáveis da realidade em cotejo com as disposições constitucionais legais pátrias, notadamente processuais, que regulam a sociedade brasileira, quer no que tange aos seus cidadãos particularmente,

quer no que respeite às vias de solução dos inevitáveis conflitos hoje tão intensamente presentes, com o que se pode referir como a "falência do processo".

A expectativa de que o novo Código de Processo Civil possa recompor os modos que devem ser asseveradas as normas materiais é enorme. Vários são os movimentos no sentido de simplificação e eleição de outros caminhos legítimos para alcançar seu mister.

Quem sabe caracterizando essa necessidade é de destacar a Emenda Constitucional nº 45/04, ao acrescer o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, no Título I, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", no Capítulo I, "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos". A orientação de que os processos judiciais e administrativos devam compor "razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" é, no entanto, vazia de objetividade, não tendo sido capaz de acelerar em um milésimo de segundo sequer a duração dos juízos. O NCPC, em seu art. 4º, assim também se orienta, acrescentando a referência à, em prazo razoável, solução integral do mérito...

Fruto desta Emenda, igualmente, a importantíssima criação do Conselho Nacional de Justiça e suas já avançadas providências reais para o aprimoramento do sistema, cujo reconhecimento já é uma realidade. Neste passo à edição infralegal da Resolução nº 125/2010 do CNJ dispôs sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, pavimentando o caminho para a implementação dos também chamados meios consensuais de solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação. Disseminação essa da cultura de pacificação social, que tem nos instrumentos referidos e na arbitragem seus expoentes fundamentais.

O novo e mais significativo espaço de aprimoramento das soluções de conflitos vem redesenhado no novo Código de Processo Civil, ainda, insisto, com seus efetivos contornos não claramente delineados. Nesta nova organização processual está reservado importante espaço para os MESCs (Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos) em âmbito geral de aplicação e em matéria trabalhista ainda com alguns limites.

Importantes, nessa seara de observação, a edição e a sua definição de constitucionalidade, a Lei da Arbitragem nº 9.307/96 – marco decisivo na implementação dessa nova via de solução de conflitos e que se encontra no auge de percepção e reconhecimento da sociedade, cada vez mais intensamente aplicada.

Igualmente recebida pela nova formulação processual civil, é percebida como importante instrumento solucionador e pacificador dos conflitos. Reitere-se aspecto da Emenda Constitucional nº 45/06. De enorme importância para o sistema judiciário buscou aperfeiçoamento do Poder Judiciário, também sendo

percebida como um instrumento de controle externo do Poder, para além daqueles internos e conhecidos, como, por exemplo, as corregedorias.

Tratou de impor qualificação do Poder e de seus membros vinculando-os à qualificação continuada, pela via das escolas judiciais, por exemplo, e à estimulação pela via da meritocracia, também manejada.

Em especial quando tratou da alteração da competência da Justiça do Trabalho – art. 114 –, ampliando-a, particularmente no que tratou nos §§ 1º e 2º, atribuindo à arbitragem via de solução de conflitos coletivos de trabalho, já de antes indicada como possibilidade nas hipóteses de paralisações grevistas ou de questões atinentes à Lei nº 10.101/01, que trata da participação nos lucros ou resultados, que regulamentou a previsão constitucional do art. 7º, inciso XI.

Mais recente ainda, neste passo, o Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015, que regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815/2013, destinado a dirimir conflitos no âmbito portuário, inclusive no que tange às relações de trabalho (agentes portuários) e, no âmbito dos sindicatos, às relações coletivas de trabalho no porto.

III – ADRs, MESCs, MASCs

É da sigla em inglês ADR (Alternative Dispute Resolution) que decorrem as referências atuais sobre o tema, que, registre-se, não é novo, mas que, em face das recentes evidentes e reconhecidas dificuldades do processo, tem momento ímpar de destaque, notadamente em nosso país.

No Brasil, o tema teve as siglas intituladas acima e que contam com distintas explicitações – Métodos ou Meios Alternativos ou Extrajudiciais de Solução de Conflitos ou Controvérsias (MESCs ou MASCs). Parece que o mais adequado seja referir a Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCs), os quais envolvem necessariamente a conciliação, a mediação e a arbitragem, e para alguns também a negociação, mas que entende-se como caminho de todos os métodos.

Trata-se de caminhos distintos da via oficial do processo judicial e inclusive distintos entre si. Importante sejam diferenciados, ainda que abordados na superficialidade dessas anotações. "Todos" envolve a participação de terceiro que manejará particularmente qualquer das vias. A conciliação conta com terceiro neutro que toma ciência do conflito e junto com as partes se encarrega de propor soluções que lhe pareçam capazes de compor os envolvidos. A mediação, também conduzida por terceiro neutro, maneja a condução dos envolvidos para que cheguem, eles próprios, aos caminhos de resolução, sem, no entanto, propor solução, que fica ao talante das partes. A arbitragem, quiçá podendo ser

vista como um caminho mais avançado e para aqueles que não cheguem a bom termo nem na mediação, nem na conciliação, envolve a nomeação de árbitro, terceiro neutro especializado apoderado pelas partes para julgar a questão e determinar a solução, tal qual a sentença judicial.

É importante registrar que mediação e conciliação sempre estiveram presentes no próprio processo judicial estatal, de vez que também é instrumento do juiz estatal para por fim à demanda.

Aí também de salientar que nos processos judiciais identifica-se que há uma posição adversarial que contrapõe as partes, o que se percebe que se projeta para muito além da demanda e do seu término, quiçá rompendo para sempre as relações negociais/empresariais das partes e inviabilizando novas ou futuras.

Já os MESCs transitam por caminhos distintos, que são por eles e um terceiro construídos, discutidos, pensados pelos próprios envolvidos, que passo a passo vão compreendendo os avanços rumo à solução e nela interferindo, de modo que, ao final, são muito mais aceitos – diferentemente do processo, no qual ao final haverá sempre um vencido. Nos MESCs a percepção é absolutamente diversa, sendo capaz de dirimir o conflito como um todo, e não eventualmente apenas a demanda. Talvez aqui efetivamente seja alcançada a tão desejada paz social.

Nesse sentido, também é de se realçar a importância do exercício de caminhos não judiciais como fomento a uma chamada "cultura da paz", mais eficientes, com acima dito, para aprimoramento da convivência social. São as próprias faculdades de direito que historicamente ensinaram e, de alguma forma, estimularam o litígio, treinando os bacharéis egressos ao exercício da demanda judicial. Certo é, entretanto, que as mudanças já se fazem sentir em ambiente universitário, que cada vez mais abre espaços para esses novos enfoques e abordagens pacificadores.

IV – A Política Pública da Conciliação. A Resolução nº 125 do CNJ

O Conselho Nacional de Justiça, órgão criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, destaca-se no cenário atual de reforma do Poder Judiciário e, a despeito de sua condição recente, tem apresentado à sociedade atuação firme e profícua na evolução do Poder.

Rapidamente encampando a percepção da importância das modalidades alternativas de solução de conflitos, estabelece o Movimento pela Conciliação, importante projeto do novel órgão. Com destaque a aspectos que buscam o descongestionamento do Poder Judiciário, qualificação da busca pela paz social,

a cultura do diálogo e aperfeiçoamento das relações humanas, assim como o acesso a uma ordem jurídica justa.

Tem sido capaz de alcançar resultados muito significativos em inúmeros movimentos, notadamente em semanas nacionais de conciliação atreladas aos órgãos da jurisdição. Essa atuação resultou no estabelecimento da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses expressa na Resolução nº 125. Trata-se de resultado coletivo que foi capitaneado pelos Presidentes, Conselheiros e Membros das Comissões envolvidas, tendo sido efetivamente implementada sob a regência do Presidente, Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, o qual em discurso de posse deixou evidente suas percepção acerca das dificuldades do Judiciário, indicando claramente sua percepção de solução com a nomeação de comissão especial que de sua concretização se encarregou concluída no ano de 2010. De seu discurso de posse podem ser retiradas algumas referências demonstrativas:

> "(...) as rápidas transformações por que vem passando, sobretudo nas últimas décadas, a sociedade brasileira têm agravado o quadro lastimável em vista da simultânea e natural expansão da conflituosidade de interesses que, desaguando no Poder Judiciário, o confronta com sobrecarga insuportável de processos em todas as latitudes do seu aparato burocrático (...). O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante a produção de sentenças e, em cujo seio, sob o influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está a mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses."

A firme e estimuladora manifestação em posse do Ministro-Presidente desaguou, ao final, na Resolução nº 125/2010, da qual deve-se realçar alguns dos aspectos fundamentais: noção de acesso ao Poder Judiciário com acesso a uma ordem jurídica justa; direito de utilização pelos jurisdicionados dos meios alternativos para resolução de conflitos; estabelecimento de serviço orientador e esclarecedor sobre essas novas vias; necessidade de asseverar a qualificação desses serviços com formação e capacitação técnicas adequadas dos concilia-

dores, mediadores; disseminação da cultura da paz, com participação oficial dos órgãos públicos e privados, inclusive de instituições de ensino; obrigação de os Tribunais criarem Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de mesmo fim; aos Tribunais incumbe instituir cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores, observadas normativas do CNJ; e mecanismo de controle e avaliação de dados, bem com o cadastro dos mediadores a conciliadores.

Tratam-se de normativas ora incorporadas nas novas formulações do Código de Processo Civil de 2015.

V – A Conciliação, Mediação e Arbitragem no NCPC

As observações objeto do presente texto buscam compreender e avaliar as disposições legais que compõem o processo, algumas referências às novas normas integrantes do Código de Processo Civil de 2015, tudo em face da sua recente edição em caráter precário e ainda apenas referencial.

O sistema atual permite que a jurisdição, por assim dizer, seja compartilhada com os MASCs (Métodos Alternativos de Solução de Conflitos) pelas vias da conciliação, da mediação e da arbitragem.

Espécies de solução heterônoma de conflitos, ainda que com auxílio de terceiros, compõem interessantes métodos de pacificação social, capazes de contribuir para o alívio de carga a que está submetida a jurisdição oficial nos órgãos do Poder Judiciário.

A conciliação, que judicialmente sempre teve prestígio, ora avança e transborda os limites do processo para com o auxílio de terceiro chegar propositivamente a resultado amistoso.

A mediação, diferentemente, mas também com o auxílio de terceiro, aproxima as partes pela eliminação gradual das diferenças e impasses, sem, contudo, propor soluções (como na conciliação), mas deixando que as partes o façam livremente.

Ainda à guisa desta referência minimamente conceitual, a arbitragem, prevista em lei, maneja a solução por árbitro que produz laudo arbitral com efeitos de sentença judicial.

É no novo Código de Processo Civil que, logo em sua abertura, o art. 3º expressa compatibilização desses métodos com a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário posta do art. 5º, inciso XXXV, detalhando as possibilidades em seus três parágrafos, evidenciadores dessa nova visão política:

> "§ 1º É permitida a arbitragem na forma da lei.
>
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial."

Neste sentido, inclusive, a regra do art. 165 do NCPC, na Seção V, "Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais", que compõe o Capítulo II, como auxiliares da justiça, determina que "os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição", ainda nos parágrafos que seguem, detalhando formas de formação e atuação preferencial dos conciliadores e árbitros.

Assim é que resta expressa a definição política do novo Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho em favor destes instrumentos, os quais podem ser aplicados dentro ou fora do processo judicial.

É o art. 166 que elege os princípios que fundamentam a conciliação e a mediação, informadas que são pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Sem que se vá a tanto avaliar, importante registrar que as novas regras manejam não só quadros públicos como privados desses profissionais, tratados como auxiliares do juízo, valendo-se igualmente de cadastros dos próprios Tribunais ou de Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação. Essa forma híbrida de manejo do tema ainda depende de formulação administrativa em construção, bem como tomará algum tempo – crê-se para além do período da *vacatio legis* – para fluir no dia a dia dos foros. É que não são claras as regras dessa convivência e atuação, de modo a entregar ao tempo seu aclaramento...

Há também o manejo dos institutos, quer no curso e internamente no processo, quer também fora do juízo oficial.

Nesse sentido duas pontuais observações do acadêmico Prof. Dr. Gustavo Filipe Barbosa Garcia (*Novo Código de Processo Civil*: principais modificações. Rio de Janeiro: Forense, 2015):

> "É importante frisar que as disposições do Código de Processo Civil em estudo não excluem outras formas de conciliação e de mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos jurisdicionais ou realizadas por intermédio de

profissionais independentes, que podem ser regulamentadas por lei específica (art. 175 do CPC)"; e

"A mediação e a conciliação podem ser tentadas não apenas no plano extrajudicial, mas também quando o processo está em curso."

VI – A Importância da Conciliação

Salta aos olhos o enorme significado de ganho social com esta possibilidade aberta pela Resolução nº 125 e que cada vez mais se apresenta como solucionadora não apenas da controvérsia entre as partes, mas efetivamente na pacificação das partes. De um modo geral, possível afirmar-se que incorporada pelo novo Código de Processo Civil.

São inúmeros os movimentos oficias que os próprios Tribunais têm feito no sentido, todos eles, nacionais ou regionais de estimulante e exitoso resultado. São as semanas de conciliação, os mutirões de conciliação. No sul, proposições dos Tribunais da 4ª Região, entre eles questões envolvendo credores imobiliários do sistema financeiro de habitação, em ações trabalhistas, Tribunais Estaduais em questões envolvendo dívidas bancárias e superendividamento, prestações de serviços de massa e até em temas de direito de família.

É de salientar que a conciliação sempre compôs o cenário dos conflitos laborais, quer judiciais, quer extrajudiciais. A própria jurisdição trabalhista, até muito pouco tempo atrás, tinha a denominação de seus órgãos de primeira instância, as chamadas Juntas de Conciliação e Julgamento, a revelar não só a importância, senão a obrigação de sua busca pelo julgador, impondo-se a formulação dupla de proposta nesse sentido, sob pena de nulidade do ato jurisdicional, no âmbito da audiência trabalhista.

Aqui é de se realçar outro aspecto próprio da conciliação, que é o ânimo que as partes envolvidas na conciliação chegam a seu termo, no sentido de ser uma solução aceita e até construída por ambas, o que terraplena o futuro, não fechando portas a novas relações e atuações que as envolva.

Na conciliação, as partes agem buscando compor os conflitos, dirigidas por um terceiro que sugere ações e resultado muitas vezes sequer pensado pelas partes e outras nem desejado, mas que ao final significam nova postura e aceitação relativamente à controvérsia.

Aquela que se dá no âmbito do processo, também referida como endoprocessual, é ampla e dirigida por magistrado nas Varas do Trabalho, em juízos de conciliação específicos (de conhecimento, precatórios, execução), nos TRTs, no Tribunal Superior do Trabalho em praticamente todas as fases do processo e por igual nos demais Tribunais e Varas.

É pela intervenção de um terceiro – heterocomposição – que a busca da solução é orientada pelo conciliador, sugerindo opções de escolhas, de liberdade quanto aos caminhos decididos. O conciliador – judicial ou não – age aproximando as partes, aparando arestas, afastando aspectos desimportantes, salientando aspectos positivos e benefícios da composição, inclusive propondo caminhos com o destaque de consequências e ganhos gerais da pacificação. São levadas a concluir e optar por uma solução razoável, de consenso e que reequilibra as relações havidas e que, portanto, podem ser projetadas para sua continuidade ou repetição futura.

O exercício da dialética, a transigência, a troca de vantagens, a possibilidade de ganhos comuns e recíprocos são espaços de atuação do conciliador. Este desvia das relações intersubjetivas e dos aspectos pessoais, muitas vezes amargurados, que fazem nascer o conflito, bem como realça as vantagens de ceder em particularidades para obter ganho no que realmente importa.

Se é da natureza histórica do Judiciário o manejo da conciliação, não esqueçamos de perceber que há cada vez mais espaço para a sua prática extrajudicial, através de profissionais independentes ou instituições com tal finalidade, dentre as quais pode ser citada a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Porto Alegre, CBMAE Federasul (CAF), que tem se dedicado responsavelmente à causa. Tudo decorrente do espaço explicitado pela Resolução nº 125 do CNJ e ora encampado pelo NCPC.

Em qualquer hipótese, o conciliador age também demonstrando os riscos de prosseguimento da discussão e suas consequências, como dito. Deve propor soluções que sejam favoráveis, razoáveis, equilibradas, influenciando no convencimento dos interessados. Usa e abusa da criatividade, conduzindo as tratativas, ofertas de caminhos de equilibrado trilhar a fim de que as partes assim se posicionem favoravelmente pela solução conciliada, a ponto de firmarem acordo correspondente.

A conciliação, particularmente no processo do trabalho, é fundamental, vista por alguns inclusive com o princípio basilar do processo trabalhista, no qual o juiz do trabalho tem papel fundamental. É seu dever o controle da aplicação de normas de ordem pública e de interesse da sociedade em geral, avaliando as questões da disponibilidade e renunciabilidade dos direitos, as questões relativas ao direito tributário e previdenciário envolvidas. Não se trata de figura passiva, simples homologador ou chancelador de conciliações impróprias, senão que deve avaliar adequadamente limites, forma e conteúdo dos ajustes conciliatórios, assegurando livre e consciente manifestação de vontade, protegida pela ordem jurídica.

Não se está a olvidar e mesmo sem pretender adentrar no particular, não é possível deixar de lembrar a importância da conciliação nas relações coletivas do trabalho para a adequada formulação de regências mais amplas. São os acordos e convenções coletivas, instrumentos fundamentais para o manejo da tutela ao direito coletivo de trabalho. O tema passa pela adequada institucionalização – quiçá mereça correção – dos entes coletivos envolvidos, Sindicatos de Trabalhadores, Sindicatos de Empregadores, que são capazes de, bem regrados, promover a boa representação, além de contribuir coletivamente para a paz social. Aqui, por igual, enorme campo para atuação da arbitragem.

VII – Conclusão

Dessas breves observações sobre o tema tão importante e atual dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, deve ter ficado patente a condição de adequação e estímulo ao seu uso. Evidencia-se também a importante incorporação, de modo geral, pelo novo Código de Processo Civil do movimento atual em seu favor, evidenciando o reconhecimento do Poder Judiciário da necessidade de estabelecimento de vias paralelas, não excludentes da sua atuação como órgão, para a solução dos conflitos. O excessivo grau de litigiosidade da sociedade que desemboca volumosamente no Poder Judiciário, com prejuízo para toda a nação, tem sim de valer-se de meios modernos (mas não novos) – não adversariais, compositivos, judiciais e extrajudiciais – de fazer com que todos se beneficiem de uma sociedade capaz de cada vez mais desenvolver uma cultura de paz e conciliação. Essa nova visão é própria do novo Código e que com ele caminha para sua estruturação e prática, sendo certo, contudo, que esse texto sofrerá novas e distintas observações à medida que entre em vigência e se coloque em prática o novo CPC, quer no processo comum, quer no processo trabalhista.

VIII – Bibliografia

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

AZEVEDO, André Jobim de. Direito do trabalho, constituição e efetividade. In: VILLATORE, Marco Antonio (Coord.). *Direito constitucional do trabalho*: vinte anos depois. Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre, v. 7, 2005.

_____. Principio de la indistanciabilidad del control jurisdiccional, otros y Constituición Federal. *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, v. 22, p. 389-398, 2006.

BARROS, Cássio Mesquita. *A Constituição Federal de 1988*: interpretação. Rio Janeiro: Forense Universitária; Fundação Don Cabral; Academia Internacional de Direito e Economia, 1988.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: Resolução CNJ 125/2010. Mediação e conciliação. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DO RIO GRADE DO SUL. *Multiplicadores de sonhos*. Câmara de Mediação e Arbitragem. Porto Alegre: Evangraf, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTR*, São Paulo, v. 66, jun. 2002.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho*: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo Código de Processo Civil*: principais modificações. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. *Arbitragem*: um novo campo de trabalho. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Iglu, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: RT, 1967. 661p.

RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coord.); GRINOVER, Ada Pelegrini et al. (Col.). *Conciliação e mediação*: estruturação da política judiciária. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SEMINÁRIO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DO MERCOSUL. 1. Canela, RS, Brasil, 1999. Porto Alegre: Organização Latino-Americana de Administração, 2000.

TURA, Adevanir. *Arbitragem nacional e internacional*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

Regras Arbitrais Brasileiras: a Fase dos Regulamentos

Eduardo Silva da Silva

Doutor em Direito Privado e Processual; Mestre em Direito dos Negócios na UFRGS; Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem e da Lista de Árbitros de Diversas Instituições, entre as quais da Câmara de Arbitragem da Federasul (CAF), onde também exerce a Diretoria Executiva.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Arbitragem e Escolhas: o Papel dos Regulamentos; 2.a Organização Interna da Câmara Arbitral; 2.b Processo Decisório da Arbitragem como Fator de Escolha da Câmara. 3 O Devido Processo Legal Arbitral e os Regulamentos: Estratégias e Conformação da Arbitragem; 3.a Regulamentos e *Due Process of Law*; 3.b Regulamentos, Árbitros e Advogados. 4 Conclusão.

1 Introdução

A doutrina brasileira há muito homologou o que a prática já havia revelado: a arbitragem é, de fato, *diferente* em relação ao método estatal de solução de conflitos[1]. Essa distinção, aliás, é uma das causas do crescente emprego de métodos complementares de acesso à justiça em variados ramos jurídicos, desde aquelas hipóteses próprias do Direito Empresarial até as menos típicas, nas quais o próprio Estado, por meio de agências reguladoras de serviços públicos ou diretamente, também se faz valer da arbitragem[2].

---

1 Assim, com grifos: CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. "Na arbitragem interna, a grande ameaça é o Código de Processo Civil, cujos dispositivos vêm invocados sem cerimônia, ainda que haja regras expressas em contrário no Regulamento adotado. *É comum que os advogados insistam em preclusões típicas do processo estatal: quem já não viu a insistência histérica de advogados requerendo o desentranhamento deste ou daquele documento por conta de excesso de prazo? Quantas vezes já não se ouviram brados (acompanhados das ameaças de anulação de todo o procedimento) por conta de determinação dos árbitros de oitiva de testemunhas cujo rol foi apresentado tardiamente? Durante a instrução processual estes ruídos processuais são mais intensos: é comum ver advogados insistindo na limitação do número de testemunhas e na ordem de inquirição delas, bem como no afastamento de depoentes suspeitos ou* impedidos (como se o simples fato de a testemunha comprometer-se a dizer a verdade produzisse no espírito do julgador maior certeza sobre a ocorrência do fato!)".

2 Como observei, com Samir Bahlis Dalmas, em: SILVA, Eduardo Silva da; DALMAS, Samir Bahlis. Câmara de Arbitragem da AGU e modelo arbitral brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 217, mar. 2013, p. 341 a 372.

Passados mais de 15 anos da Lei nº 9.307/96 e com o advento da reforma promovida pela Lei nº 13.129/2015, há que se reconhecer que o arcabouço normativo que conduz o procedimento arbitral não se reduz ao modelo legal. Essa constatação é ainda mais pertinente quando, pelo seu próprio sucesso, alarga-se, consideravelmente, o círculo de atores da arbitragem. Novas empresas, novos advogados, novos escritórios, novos juristas e ex-magistrados passam a migrar, deixando a exclusividade do meio estatal. E a primeira indagação que se fazem ao avançar nesta nova fronteira é: quais são as regras que devem ser observadas neste novo campo de atuação profissional?

Para responder sobre as regras aplicáveis à arbitragem brasileira uma parada intermediária se faz necessária. É preciso anotar que a garantia constitucional do *devido processo legal*, assegurada também à arbitragem, se perfaz sob critérios, parâmetros e dimensões nem sempre coincidentes com o viés estatal. Na arbitragem, para ilustração, a tão simples perda de prazo processual não impedirá, de forma peremptória, que a manifestação seja produzida em outra oportunidade, dada a flexibilidade que caracteriza o procedimento.

Por *regras arbitrais*, portanto, quer se compreender o conjunto de normas que regulam a instauração e o desenvolvimento do processo de arbitragem, bem como a produção e a aplicação da decisão arbitral. Nos limites deste trabalho, a acepção de *regra* deve ser instrumental não sendo possível abrigar as inúmeras discussões existentes na doutrina. *Regra* é, então, um tipo normativo que estabelece comportamentos[3].

O presente texto move-se com uma intenção principal: a de enfatizar o papel dos Regulamentos como espécie do gênero *regra arbitral*. Com efeito, é fácil constatar que a recente história da arbitragem brasileira passa por três fases em que houve preponderância de um modelo jurídico sobre os demais[4]. Em 1996 e nos anos imediatamente posteriores, a lei; no momento seguinte, a partir da decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, a jurisprudência estatal; agora, consolidados e estáveis os modelos anteriores, os Regulamentos das Câmaras e dos Centros de Arbitragem.

---

3 Nas dimensões deste texto não há oportunidade para dissertar sobre o conceito de *regra* e suas polêmicas. Adotando-se, assim, conceito instrumental admite-se que "as regras podem ser definidas como normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida", segundo ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

4 Para uma noção sobre modelos jurídicos, por todos, consultar: REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 92 e 169.

Ainda que, de forma geral, os Regulamentos guardem similitude temática e convergência nas opções procedimentais, compõem, eles próprios, um importante capítulo da modelagem arbitral. São os Regulamentos que, muitas vezes, determinam (a) a opção das partes e de seus procuradores por determinado Centro ou Câmara de Arbitragem; são essas regras que estabelecem (b) alguns parâmetros, para futuro exame, pelo Judiciário, da regularidade procedimental coberta pela cláusula do *due process of law*. Por fim, também amoldam, em alguma medida, (c) o depósito da sentença, pelos árbitros, estabelecendo critérios, prazos e padrões mínimos de qualidade, além das (d) estratégias processuais empregadas pelos advogados ao longo do procedimento.

Adianta-se, assim, que o futuro da arbitragem brasileira tende a depender menos da legislação e da jurisprudência, uma vez que ambas já contribuíram em muito para a consolidação da experiência. Trilhados os caminhos mais difíceis e íngremes, o percurso dirige-se à estabilidade. Neste contexto, as *regras arbitrais* adquirem crescente relevância por força das próprias estipulações das Câmaras Arbitrais e da sua capacidade de oferecem segurança, agilidade e especificidade das decisões num mercado cada vez mais segmentado.

Para examinar os Regulamentos institucionais como relevante substrato das *regras arbitrais* e de seu impacto na arbitragem, salienta-se, justamente, o papel que essas regras desenvolvem na decisão prévia à escolha de uma Câmara de Arbitragem entre as tantas disponíveis (parte 1); depois, examina-se o quanto cada Regulamento pode contribuir no eventual exame da regularidade procedimental da arbitragem, pelo Judiciário, e sobre sua capacidade de exercer algum papel qualificador do trabalho de advogados e árbitros (parte 2).

Cumpre, de pronto, discutir a relação entre os Regulamentos e a escolha por uma Câmara de Arbitragem.

2 Arbitragem e Escolhas: o Papel dos Regulamentos

A arbitragem decorre, necessariamente, de uma escolha. O Brasil desconhece quase que completamente modalidades arbitrais obrigatórias. Elas estão restritas a certas áreas, mas, ainda assim, dentro de algumas margens de liberdade[5]. Em regra, a via da arbitragem oferece-se como ato negocial que derroga a jurisdição natural – a estatal – em benefício de uma esfera própria de resolução de conflitos – a privada.

5 É o caso, exemplificativamente, da arbitragem imposta no âmbito do novo mercado da Bovespa. A submissão, contudo, é restrita aos que desejarem ascender aos segmentos superiores de governança corporativa.

A escolha, contudo, se desdobra. Ela não se encerra no *vago querer*. Ao contrário, eleger a arbitragem implica numa cadeia de outras decisões e escolhas. O primeiro papel dos Regulamentos enquanto *regras arbitrais* é contribuir no discernimento exercido pelas partes entre as tantas Câmaras de Arbitragem presentes no mercado[6].

Os Regulamentos, desta forma, promovem a decisão das partes por uma determinada Câmara e o fazem porque asseguram maior ou menor (1.a) organização interna, (1.b) apuro na produção do processo decisório, qualificando-se o resultado final da arbitragem[7].

2.a Organização Interna da Câmara Arbitral

A lei, abstratamente concebida, atribui segurança jurídica ao cidadão que opte pelo procedimento arbitral. A Lei de Arbitragem teve sua constitucionalidade testada pelo Supremo Tribunal Federal tão logo a sua publicação[8]. Por prismas distintos ao constitucional, o Superior Tribunal de Justiça e as Cortes Estaduais também detiveram-se sobre diversos aspectos da norma[9]. Trata-se, portanto, de uma legislação que suportou bem o crivo judicial, uma vez que o Judiciário respaldou seu teor e não ofereceu leitura que oferecesse surpresa aos seus usuários.

A reforma da legislação arbitral – recém-promovida pela Lei nº 13.129/2015 –, em grande medida, incorporou alguns avanços que haviam sido desenhados e configurados pela jurisprudência e pela doutrina, ampliando a estabilidade já estabelecida ao processo arbitral.

Essa segurança, contudo, abstratamente concebida na lei, vê-se aproximada das partes, através de diversos mecanismos existentes nos Regulamentos das Câmaras de Arbitragem. Por essa via de contato – o Regulamento –, certas garantias abstratas e genéricas fixadas pela legislação assumem concreção em casos submetidos aos Tribunais Arbitrais que se instalarão.

---

6 Essas escolhas, como se sabe, levam em conta enorme multiplicidade de fatores, inclusive econômicos. Para uma análise, ver: PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*, São Paulo, jan./jun. 2008.

7 As citações de textos de Regulamentos serão realizadas apenas em situações pontuais. A ideia do presente trabalho é iniciar a construção de uma teoria geral das regras arbitrais fixadas em tais normativos, razão pela qual não se prende a nenhuma regulação em especial.

8 Trata-se, como consabido, do julgamento do Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeiro 5.206-7.

9 A toda evidência desse relevante conjunto de julgados, o estudo acadêmico produzido pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo e pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem, publicado em edição especial da *Revista Brasileira de Arbitragem*.

Daí, a propósito, a relação sempre estreita entre Tribunal e Câmara. Sabe-se da soberania do primeiro, mas é preciso reconhecer a intervenção e a participação do segundo órgão na elaboração do contexto arbitral[10]. A Câmara, justamente por possuir o poder de estabelecer e veicular um Regulamento, determina e condiciona alguns movimentos do Tribunal, inclusive no que concerne às providências relacionadas à segurança procedimental[11].

Pode-se dizer que a segurança oferecida por uma instituição para o trâmite do procedimento arbitral é um dos fatores determinantes para sua escolha. E, grande parcela dessa segurança decorre de *regras arbitrais* fixadas no Regulamento institucional.

A primeira dimensão, portanto, que deve ser privilegiada na escolha de uma Câmara Arbitral é a capacidade de seu Regulamento (e de sua prática) garantir efetivamente a observância de regras estáveis, seguras e claras sobre a forma de processamento das demandas. Os procedimentos judiciais possuem extensa disciplina sobre o *iter* processual esculpido no Código de Processo Civil, leis extravagantes, Resoluções e Regimentos dos Tribunais e mesmo em Códigos de Organização Judiciária. A arbitragem, por sua vez, como referencial procedimental, apoia-se praticamente apenas no Regulamento.

O Regulamento, desta forma, deve ser um facilitador da arbitragem, e não um empecilho ou uma brecha a oportunizar dificuldades. Seu texto deve ser translúcido e direto; suas intenções evidentes, sem meias palavras ou dubiedades.

O olhar crítico do usuário da arbitragem deve verificar se a Câmara a ser apontada na cláusula compromissória ou eleita no compromisso arbitral possui parâmetros seguros para fazer desenvolver um processo – tido por Elio Fazzalari como *procedimento em contraditório* –, no qual, mais do que regularidade quanto aos atos processuais, obtenha-se adequado registro e transparência desta regularidade. É que sempre é possível que o processo arbitral venha a ser submetido, por uma das partes, ao crivo do Judiciário e sua regularidade deverá, então, ser evidente.

---

10 Certos autores comentam a existência de contratos de organização de arbitragem que envolveriam as partes, os árbitros e os órgãos arbitrais. Esses contratos estabeleceriam regras e responsabilidades próprias aos envolvidos. Os Regulamentos, nesse contexto, seriam parte integrante desta organização contratual, a ponto de serem considerados "oferta permanente de contratar". Para aprofundar o tema, em vários pontos, consultar a excelente obra de CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001, especialmente as páginas 565 a 581.

11 Exemplificativamente, as disposições que dizem com a forma de comunicação entre árbitros e procuradores, com o cumprimento de prazos e com o sigilo do procedimento.

A concessão de prazos, o controle de documentos, o registro de fatos processuais, o apoio aos árbitros e aos outros auxiliares do juízo, a transmissão de dados, o adequado suporte para registro e consulta do inteiro teor de audiências, a possibilidade de realização de atos processuais fora da sede do Tribunal e a padronização de termos empregados em ordens processuais são exemplos de regularidade formal e procedimental que aponta para a segurança jurídica como valor[12].

O custo e o tempo empregados na arbitragem não recomendam que, por imprecisão técnica ou por descumprimento de formalidades carregadas de importância finalística, cogite-se de sua invalidação. A segurança procedimental, a ser assegurada pela Câmara ao Tribunal, está prefixada em Regulamento que deve:

(a) estabelecer a devida distribuição de tarefas entre Câmara, Tribunal, árbitros, partes e procuradores;

(b) determinar, em tese, as responsabilidades por falhas em eventos processuais; e

(c) fixar quadro claro de intervenções do presidente da Câmara e de seu *staff*, para suprir omissões das partes e de procuradores, mantendo o trâmite da arbitragem.

Não são poucas as vezes, aliás, que o Regulamento precisa ser *integralizado* pelo Regimento do órgão arbitral. Dizendo de outra forma: há questões de economia interna da Câmara que podem ter reflexos diretos e indiretos na condução da arbitragem. Por isso, alguns Regulamentos possuem texto mais minudente quanto a aspectos que poderiam figurar apenas no regimento (natureza jurídica da Câmara, sua vinculação a alguma entidade, forma de eleição de seu presidente, disciplinas de questões preliminares, custos administrativos e outros). Em certos casos, o Regulamento remete-se diretamente ao Regimento, inclusive o incorporando e o fazendo vinculativo às partes.

Assim, um dos primeiros fatores para a escolha de uma Câmara está na sua própria capacidade de cumprir plenamente o seu papel de administradora de arbitragens. Seu Regulamento sinaliza, em grande parte, a existência desta potencialidade.

Os Regulamentos, ainda, podem assegurar a higidez do processo, submetendo a decisão final do Tribunal a uma espécie de releitura e harmonização com a jurisprudência do órgão. É o caso do escrutínio. Pode este serviço

12 Para o exame de todos os contornos da expressão "segurança jurídica" e da sua significação, por todos, examinar: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ser determinante na decisão entre um ou outro Centro de Arbitragem. É fato, contudo, que o processo de elaboração da decisão arbitral, ainda que não se submeta ao escrutínio, conta com outros influxos da instituição que podem também modular o padrão decisório.

2.b Processo Decisório da Arbitragem como Fator de Escolha da Câmara

Ao realizar a escolha por determinada Câmara Arbitral, as partes, por seus procuradores, dirigem-se à eleição de um órgão de administração capaz de assegurar a produção de uma decisão executável e útil ao efetivo deslinde da demanda. Ainda que a prolação da decisão final seja atributo exclusivo do Tribunal Arbitral, a Câmara pode contribuir com sua *expertise* e experiência acumulada na produção da decisão. A principal forma de se operacionalizar tal prática é pelo escrutínio.

O escrutínio da decisão é o procedimento pelo qual, antes de publicada a decisão às partes, ela é submetida ao crivo de um grupo de especialistas para ser integrada, retificada, aperfeiçoada e, eventualmente, cassada. Trata-se, portanto, de uma prática interna ao órgão, predisposta ao aperfeiçoamento da decisão e de qualificação dos serviços de prestação de jurisdição privada.

Notadamente, o Regulamento da Câmara de Arbitragem da *International Chamber of Commerce* é conhecido e reconhecido pelo escrutínio das decisões dos Tribunais Arbitrais que estabelece. A opção, portanto, por uma decisão que sofra esse processo de amadurecimento é algo disposto em Regulamento e, assim, de prévio conhecimento das partes que por ele livremente optam. Trata-se de atribuição de maior segurança ao procedimento, o que lhe onera, necessariamente, em tempo.

Neste sentido, o teor do art. 33 do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional, aprovado em 2012:

> "Exame prévio da sentença arbitral pela Corte
>
> Antes de assinar qualquer sentença arbitral, o tribunal arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais da sentença e, sem afetar a liberdade de decisão do tribunal arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito do litígio. Nenhuma sentença arbitral poderá ser proferida pelo tribunal arbitral antes de ter sido aprovada quanto à sua forma pela Corte."[13]

13 Câmara de Comércio Internacional, Corte Internacional de Arbitragem, *Regulamentos de Arbitragem e ADR*, versão portuguesa, 2012.

O equilíbrio entre celeridade e garantias é sempre tormentoso, mas decorre, ao menos neste aspecto, de uma ponderação razoável dos interesses envolvidos. Um processo arbitral capaz de produzir certezas jurídicas é muitas vezes mais valioso que expedientes céleres e pouco eficazes.

Em Câmaras em que não haja escrutínio previsto, outras formas de qualificação da decisão se apresentam. É normal, por exemplo, que o árbitro mais experiente seja o indicado, por seus próprios pares, à Presidência do Tribunal. Também é corriqueiro que, em havendo impasse sobre a nomeação do Presidente do Tribunal, a própria Câmara o faça dentre os membros da lista. É a forma de garantir o enriquecimento do Tribunal com o acúmulo das experiências pretéritas daquele julgador e, em alguma medida, da trajetória acumulada por um *expert* da lista de árbitros da Câmara.

O Presidente do Tribunal terá, assim, mais horas dedicadas ao caso, não só para conduzi-lo procedimentalmente, em conjunto com os coárbitros, mas também para harmonizá-lo, na medida do que lhe for possível, com tendências jurisprudenciais da própria Câmara.

Ainda que soberano sobre a matéria em juízo, nada impede que o Tribunal formule consultas ao Presidente da Câmara Arbitral sobre disposições do próprio Regulamento que possam impactar a formulação da decisão e o andamento processual.

Bem se percebe, desta maneira, que o processo decisório da arbitragem está prefigurado, ainda que tangencialmente, no Regulamento. E que, por óbvio, tal disciplina é fator a influenciar na escolha do órgão arbitral.

A arbitragem brasileira, aproximando-se dos seus primeiros 20 anos, aponta para a especialização de suas principais Câmaras Arbitrais. É uma visão de futuro que decorre da própria complexidade do mercado e da reincidência de certas temáticas em determinadas Câmaras ou Centros de Arbitragem. Os Regulamentos deverão, portanto, induzir nessas escolhas, pontuando a sua competência para administrar procedimentos mais especializados. Precisarão, ainda, evidenciar as formas pelas quais as sentenças produzidas consigam traduzir e revelar o legado da experiência acumulada no próprio órgão.

Para além de promover a diferenciação entre as tantas Câmaras de Arbitragem disponíveis no mercado, o Regulamento será também um parâmetro claro para uma eventual análise, pelo Judiciário, de regularidade do procedimento e da observância de tudo que componha o *devido processo legal* arbitral. É o que se examina em seguida.

3 O Devido Processo Legal Arbitral e os Regulamentos: Estratégias e Conformação da Arbitragem

Mesmo com o crescimento do número de arbitragens no Brasil, o processo administrado por sujeitos privados é, ainda, estranho para muitos. Entre esses, que ainda não foram formalmente apresentados à lógica arbitral, estão aqueles que, no Judiciário, poderão vir a examinar sua regularidade – ministros, desembargadores, juízes, promotores, procuradores e até assessores que sabem da existência e funcionamento da arbitragem, mas não alcançaram maior intimidade com a técnica. Não é por outra razão que essa análise poderá ser especialmente focada em aspectos formais, presentes no Regulamento e que podem possuir nexo com as garantias processuais especialmente observadas pela justiça pública[14].

Os Regulamentos servem, então, como uma das balizas para conferência da observância ou não do *devido processo legal arbitral*. Trata-se de um estatuto normativo, com direitos, obrigações e encargos que as partes assumiram deliberadamente, no exercício de sua autonomia privada, submetendo-se inclusive a certas escolhas procedimentais.

Soará estranho, portanto, *quando* e *se* uma das partes reclamar ao Judiciário acerca da eventual indicação de árbitro pelo Presidente da Câmara, diante da sua inércia em fazê-lo. Segundo sua ótica, poderia alegar cerceamento de direito à defesa, reclamar vedação de acesso à justiça ou pleitear eventual nulidade do ato? Na perspectiva do Regulamento, é óbvio que não. Em prol da efetividade do processo arbitral, o texto regulamentador permite expressamente tal providência e a eles aderiram livremente às partes. O Judiciário, no exame desta questão, deverá necessariamente submeter-se aos ditames do Regulamento, livremente escolhido pelas partes pela convenção de arbitragem (seja, portanto, na cláusula ou no compromisso).

A lógica arbitral só pode ser compreendida em seu próprio *microssistema*, e não por meio de princípios externos, os quais, a despeito de integrarem o eixo central do sistema de solução de controvérsias, não alcançam a integralidade do fenômeno arbitral[15].

---

14 Como ensinou Luiz Olavo Baptista: "O devido processo legal na arbitragem tem a característica de poder ser concretizado mediante regras convencionadas pelas partes. O CPC não tem aplicação, salvo nos casos excepcionais em que a LA a ele se refira. As parte se valem de regras de alguma instituição arbitral, utilizando de Regulamentos de algum órgão institucional arbitral ou entidade especializada, ou delegam aos árbitros regularem o procedimento" (BAPTISTA, Luiz Olavo. Constituição e arbitragem: dever de revelação, devido processo legal. *Revista do Advogado*, 2005, p. 108).

15 Sobre a noção de *sistema* e *microssistemas* na relação entre o processo civil e a arbitragem, tratei longamente em: SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa*. São Paulo: RT, 2003.

Assim, em outra ilustração, se em uma audiência realizada por videoconferência for desatendido algum detalhe previsto na lei processual civil, que regula, na esfera judicial, o chamado *processo eletrônico*, não há que se cogitar, em sede de arbitragem, de nulidade. Isso porque a flexibilidade da produção dos meios de produção de provas encontra abrigo no poder conferido aos árbitros, pelo Regulamento, de conduzir o feito. Não há, portanto, por que valer-se daquela regra legislativa – estranha e atípica – para qualquer tipo de interpretação analógica.

O acatamento ao disposto no Regulamento, pelos órgãos do Judiciário, importa em observância à autonomia privada das partes, compreendida aqui como a liberdade constitucionalmente assegurada aos particulares de estabelecerem regras próprias para si mesmos[16].

Apenas por exceção o Regulamento cederia espaço: diante, justamente, de manifesta inconstitucionalidade, percebida pela violação do *devido processo legal arbitral*, ao se ferir garantias inalienáveis, como o contraditório e a igualdade das partes.

Os caminhos desenhados pelo Regulamento como *norma arbitral* podem, ainda, qualificar a atuação dos árbitros e dos procuradores na arbitragem. A razão é simples: para os árbitros, ainda que sempre seja possível flexibilizar o procedimento, questões como a disponibilidade de tempo para atuar, o prazo para prolatar a decisão, o estímulo às sentenças parciais são exemplos de questões que podem vir preestabelecidas no procedimento. Essas previsões auxiliam o árbitro na condução de seu próprio comportamento na medida em que antecipam as expectativas legítimas sobre sua atuação.

A advocacia na arbitragem também permite aos advogados formularem estratégias próprias de atuação que favoreçam o patrocínio da demanda. Parte dos itinerários possíveis está guardada nas entrelinhas das regras escritas em Regulamento.

Convém, por esta razão, ressaltar alguns breves pontos da interação entre Regulamentos, regularidade do processo e as estratégias aos que atuam na advocacia.

---

16 A observância da liberdade e o acatamento da autonomia privada, com anotações sobre vários países da União Europeia, podem ser encontrados no texto de CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, número speciale – accordi di parte e processo, Milão, set. 2008, p. 99 a 119.

3.a Regulamentos e *Due Process of Law*

A doutrina é vasta sobre a cláusula do *due process of law*. Para os estreitos limites deste texto, vale reforçar que ela assume contornos diferenciados na seara arbitral[17].

Efetivamente, arbitragem e justiça estatal se comunicam e cooperam entre si. Encontram, contudo, nas diferenças, a razão da coexistência.

Como bem já se anotou:

> "É bom lembrar que existem princípios do processo arbitral decorrentes da própria Lei de Arbitragem que também contribuem na identificação do que seja devido processo legal arbitral. Princípios que, por serem constitucionais, formam o núcleo duro do conceito tradicional de devido processo legal e que têm o efeito de trazer uma garantia mínima para um julgamento justo, informando tanto o processo arbitral quanto o estatal, embora sem equipará-los no que respeita ao que seja devido processo legal. São princípios que se refletem e se expandem em normas processuais preestabelecidas (no caso do processo estatal) ou criadas pelas partes e árbitros (no processo arbitral). Referimo-nos ao contraditório, à igualdade de partes, ao seu livre-convencimento e à imparcialidade do árbitro (Lei de Arbitragem, art. 21, § 2º).
>
> No caso do processo arbitral, o que preencherá tais princípios, tecidos pela Lei de Arbitragem, será o seu próprio sistema. Em outros termos, o conjunto de instrumentos/elementos que o integram e que lhe conferem operacionalidade será composto não apenas pela lei arbitral, mas também pela possibilidade ampla de que o procedimento seja construído pelas partes e árbitros."[18]

O "processo que é devido" às partes, o processo dito como justo, impõe, em geral, o cumprimento de regras. Na órbita estatal, essas regras costumam ser mais rígidas e peremptórias; na arbitragem, as regras tendem a ser mais maleáveis e observar a importância do ato em si no contexto do processo.

Em um único exemplo que pode simplificar toda a questão da comparação das regras na arbitragem e na justiça estatal, há que se avaliar o efeito de uma intimação que não tenha sido realizada segundo os parâmetros do Código de Processo Civil. No processo estatal, presumindo-se prejuízo à parte, tal falha poderia gerar a nulidade do ato e dos movimentos subsequentes; na arbitragem, caso se demonstre que o descumprimento não gerou prejuízo e que, na verdade, chegou à parte o conhecimento do fato, nada haveria que se declarar

---

17 Para uma análise adequada dos princípios informativos do procedimento arbitral, examinar, por todos: CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 181.

18 PARENTE, Eduardo. O devido processo legal arbitral e o fascínio que ele desperta. *Revista Direito ao Ponto*, São Paulo: CIESP, n. 8, p. 42.

sem efeito. Mas tal regularização e tal ponderação devem estar respaldadas, preferencialmente, em uma norma objetiva do Regulamento, que faculte aos árbitros a assim proceder.

Já se assinalou que o Judiciário brasileiro tem respaldado a prática arbitral. Mas isso não o proíbe de corrigir o que lhe pareça caracterizar distorções, inclusive aquelas "falsas distorções". Referimo-nos àquelas que não o são de fato, mas que, aos olhos das dinâmicas da justiça estatal, possam parecer equívocos. Daí a importância de se aperfeiçoarem constantemente as vias de diálogo e cooperação entre Judiciário e arbitragem: os modelos, ainda que próximos, são peculiares e, justamente por isso, valiosos[19]. E valiosos pelas suas diferenças.

Para inibir e facilitar a compreensão mútua entre a justiça pública e a atividade privada, surge, mais uma vez, o Regulamento da Câmara de Arbitragem com seus reflexos sobre todo o procedimento e sobre o comportamento dos principais atores do processo.

É, a princípio, constitucional e regular o que consta do Regulamento, o é pois gerado legitimamente por uma forma de produção de juridicidade própria, que observa a produção de normas privadas, que nasce na instituição arbitral e se consolida no ato de assinatura de uma convenção arbitral.

Então, ao magistrado chamado pelas partes a examinar conduta que, em tese, tenha violado o devido processo deve-se apresentar sempre o próprio Regulamento como um dos critérios a ser empregado em sua decisão. Da análise das *regras arbitrais* para o caso o julgador estatal será capaz de avaliar se a atuação tida como "estranha" nada mais foi que exercício de liberdades embutidas naquele regramento e que, portanto, não violaram qualquer garantia constitucional inalienável.

É normal na arbitragem, em diferenciação com o modelo público, que os prazos não sejam absolutamente peremptórios. Admite-se, caso a caso, com a devida fundamentação, que o Tribunal estenda, para ambas as partes, algum lapso temporal anteriormente previsto no cronograma. Aos olhos de quem atua no Judiciário, os prazos podem ser estanques quando determinem oportunidades às partes litigantes. Com efeito, em um universo de algumas novidades e de muitas estranhezas, sentir-se-á melhor o magistrado se prontamente identificar documento que sustente e legitime – de maneira clara – a flexibilidade empregada e sinalizada, ao longe, na Lei de Arbitragem.

---

19 A relação e a convivência necessária entre Poder Judiciário e arbitragem são detidamente examinadas em: RANZOLIN, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

O Regulamento desempenhará aqui um papel garantidor porque será um referencial de cumprimento das regras próprias ao processo arbitral. Daí a necessidade de que mencione expressamente a concessão de poderes ao Tribunal Arbitral para flexibilizar o procedimento sempre que esse entender necessário. A menção evitará que o juiz estatal, ao detectar o incumprimento de alguma formalidade ou a existência de uma prova alegadamente contaminada, crie repúdio a toda a arbitragem, anulando-a ou intervindo, a título de urgência, para "reordenar" o feito.

O Regulamento precisa ser peça de diálogo entre Judiciário e sistema arbitral, vislumbrando-se nele, enquanto sede de *regras arbitrais*, importante componente do *devido processo arbitral*, facilitando, aos juízes estatais, uma compreensão mais ampla do instituto e de suas funções.

Resta verificar se o Regulamento possui algum papel na perspectiva de qualificar o trabalho dos árbitros e de prestigiar técnicas e estratégias de atuação a advogados que atuam no campo arbitral.

3.b Regulamentos, Árbitros e Advogados

O árbitro pode atuar num processo, assumindo sua função, sem nunca ter integrado qualquer lista de um Centro de Arbitragem. A situação é rara, mas possível, notadamente com o permissivo estabelecido pela reforma da Lei de Arbitragem[20]. É que, em geral, os árbitros advêm de escolha pela parte de nomes de uma lista de pessoas indicadas pela Câmara.

Esse fato de, eventualmente, os árbitros nomeados não integrarem a lista da Câmara reforça a necessidade de os Regulamentos serem capazes de assegurar a qualidade do processo e da decisão arbitral, com alguma independência das pessoas que os protagonizem.

Nota-se que o trabalho dos árbitros possui várias condicionantes que podem ser regradas no Regulamento. A velha discussão de se a arbitragem vale o árbitro que tem pode, agora, ser reformulada: a arbitragem pode valer o Regulamento que o árbitro deve observar.

Conta-se que o melhor soldado é o que luta pela própria honra. Se o Regulamento exigir que o indicado a árbitro, sob pena de sanção administrativa

20 Neste sentido o novo art. 13, § 4, da Lei de Arbitragem, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015: "As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável".

ou reputacional, implemente todas as revelações necessárias antes de assumir o encargo, estará se qualificando toda a arbitragem. E o fará através de expediente que estabelece ao árbitro, em seu próprio interesse e benefício, tal tarefa.

O Regulamento, desta forma, deve induzir o árbitro a ser exaustivo em sua revelação, não só em prol do procedimento, mas da própria subsistência de seu nome na lista daquela Câmara e no mercado da arbitragem. A regra, se atendida, preservará o procedimento de impugnações das partes, as quais, fundadas ou não, podem perturbar o desenrolar do processo, a eficácia da decisão final e, enfim, o prestígio da própria Câmara. Afinal, a arbitragem vive da confiança.

Ao mesmo tempo, a Câmara, via Regulamento, pode induzir aos árbitros em um certo ritmo de velocidade e de intensidade no exercício de suas atividades. Veja-se que, ao se desenrolarem as primeiras linhas do conflito, o cenário desanuvia-se, o diálogo é franqueado e a possibilidade de acordo aumenta. O árbitro deve, então, desde o início do procedimento e das primeiras manifestações das partes, ser alguém que dedicou tempo ao caso para, nesta janela de oportunidade inicial, propor, encaminhar e facilitar sentenças parciais ou acordos completos sobre a demanda.

Para isso, aliás, o árbitro, em algumas Câmaras, deve assegurar que possui disponibilidade de tempo para o caso. Deve assinalar que terá a atenção e a dedicação devidas ao processo e à própria Câmara. Sua presença e sua ativa participação nas reuniões iniciais, incluída a de assinatura do Termo de Arbitragem, lhe permitirá compreender melhor a matéria que está sob exame, facilitando, eventualmente, a construção de um acordo ou a eliminação, com a adesão das partes, de uma longa, onerosa e desnecessária instrução.

A celeridade e o custo razoável são fatores perseguidos por todas as administradoras privadas de litígios. Todos os Regulamentos perseguem diminuição de custos e a entrega da sentença em prazo razoável. Uma das técnicas que, indiretamente, pode abreviar custo e tempo é a prolação de sentenças parciais de mérito. Com efeito, ao entregar, de imediato, a parte incontroversa da demanda ou a que dispensa instrução, o Tribunal acelera o processo, facilita o acordo sobre tópicos remanescentes da demanda e inibe custos.

O árbitro, ao assumir seu encargo e ao submeter-se a determinado Regulamento, reposiciona-se segundo as expectativas daquela norma no que concerne à sua equidistância das partes, da sua desenvoltura procedimental e ao tipo de decisão que emanará. Oscilando de Câmara a Câmara, passível de assimilar diversas famílias jurídicas (*common law*, *civil law* e Estados religiosos), permeada por culturas distintas, a arbitragem – universal – se veste com os trajes locais do Regulamento. E o árbitro, em grande medida, tenderá a harmonizar-se com o ambiente jurídico no que atuará, sem perder sua individualidade – razão de

sua convocação –, mas atento ao que o Regulamento como *marco normativo* relevante tem a acrescentar.

Nota-se que o Regulamento possui a possibilidade de estabelecer uma interlocução rica entre a cultura local e os valores universais da arbitragem.

Não é difícil conceber, portanto, por que os Regulamentos também interferem diretamente na atuação dos advogados que atuam no meio arbitral[21]. Ao sistematizar um conjunto de opções próprias de determinada cultura, seja territorial, seja empresarial, seja jurídica, induzem e pautam a atuação do advogado que deverá atentar para tais regras e valores.

Assim, se determinado Regulamento é avesso a práticas como a oitiva do *expert witness*, pouco valerá ao procurador insistir em tal pretensão. Haverá de amoldar-se ao que é possível e conveniente à instrução, substituindo tal meio de prova por outro condizente com o sistema consagrado no Regulamento ou passível de melhor aceitação pelos árbitros.

A instrução, realmente, é o momento repleto de movimento dos advogados que revelam sua estratégia processual[22]. A narrativa escrita das testemunhas, considerada um avanço e uma melhoria no andamento processual, pode, exemplificativamente, ser contraproducente à determinada causa. Se a referida prática, corriqueira em procedimentos arbitrais, revelar evidente ganho no que concerne a tempo e custos, pode, por outra via, repercutir negativamente na perda de manifestações não verbais das pessoas ouvidas. Explica-se: o impacto da fala, das expressões faciais e do tom de voz, a credibilidade do narrador, suas certezas, incertezas e vacilações, dificilmente, são alcançadas pela folha branca de papel. O ver e o ouvir, pelos árbitros, ainda que substituíveis pelo testemunho escrito, podem, em alguns casos, tornar-se menos vantajosos para a tese que determinado procurador patrocina. O advogado diligente, então, deverá detectar no Regulamento – a fim de estabelecer um diálogo compreensível e legítimo com o Tribunal – os pontos em que possa sustentar a necessidade da *oitiva* presencial de sua testemunha ou, ainda, do depoimento da parte.

O comportamento da parte, manifesto por seus procuradores, deverá ser levado em conta para a divisão de honorários e da sucumbência. Essa rubrica, normalmente, funda-se em ato de alguns Regulamentos, que permitem (ou in-

---

21 Efetivamente, "the attorney can still however expect in all forms of arbitration to encounter as environment that is noticeably different from that of litigation. Lawyers who are unfamiliar with the process may at first find it difficult to adapt themselves to the different quality of advocacy expect in arbitration (...)" (MURRAY, John S.; RAU, Alan Scott; SHERMAN, Edward F. *Process of dispute resolution*: the role of lawyers. Nova York: 1996. p. 709).

22 Sobre a atuação do advogado na arbitragem, consultar: COOLEY, John; LUBET, Steven. *Advocacia de arbitragem*. Trad. René Loncan. Brasília: UNB, 2001.

centivam) aos árbitros levarem em conta o itinerário comportamental da parte e sua contribuição ao desenrolar do processo. Refere-se à boa-fé processual, ao cumprimento de ordens processuais, ao acatamento de decisões e mesmo na conduta urbana com as outras partes, procuradores, com o pessoal de apoio e com os próprios árbitros. Cada Regulamento trata, com maior ou menor severidade, sobre as atitudes da parte ao longo do feito. Aquilo que no contencioso corriqueiro do Judiciário pode ser tolerado como diligência profissional e transmuta o advogado em um gladiador a serviço de seu cliente, em sede de arbitragem, pode ser percebido como violação de condutas legitimamente aguardadas dos atores do processo. Daí que na arbitragem o advogado deixa, em muito, o duelo e passa ao diálogo, mesmo nas questões agudas e controvertidas.

Em suma, patente resta que o Regulamento conforma, em certa medida e dimensão, a atuação dos árbitros e dos advogados, emprestando elementos que qualificam sua atuação, ao tempo em que já sinaliza os comportamentos que deles são esperados pela natureza do próprio procedimento.

4 Conclusão

É possível esperar que as *regras arbitrais* mais proeminentes venham a ser, em pouco tempo, as que decorrem da autonomia privada *coletiva* – ou seja, aquelas oriundas dos Regulamentos das Câmaras e dos Centros de Arbitragem. A lei e a jurisprudência já aportaram suas contribuições relevantes na consolidação da experiência arbitral, de maneira que, agora, o instituto pode continuar a se desenvolver na seara que lhe é própria: a dos sujeitos privados.

As Câmaras e Centros são núcleos de disseminação da arbitragem. Organizadas geralmente junto a entidades empresariais e representativas de certos setores da sociedade, transportam, pelo Regulamento, seus valores, sua liberdade e suas escolhas de como proceder e atuar na arbitragem[23]. Fazem parte, desta forma, do que se pode estabelecer como *contencioso econômico*[24].

Daí que merece ponderação a Lei nº 13.129/2015 quando intervém na liberdade das Câmaras e permite que se afaste a lista de árbitros por ela formada (art. 13, § 4º). A medida é, em princípio, desnecessária; na prática, terceiros de

23 Ainda no contexto da arbitragem internacional, Gary Born disserta sobre o que denomina de *institucional rules* oriundas dos Centros de Arbitragem. Para o conhecido arbitralista, "with no material exceptions, these rules confirm the arbitrators' authority to determine the arbitral procedures, subject only to limited mandatory protections of procedural fairness" (BORN, Gary. *International arbitration*: law and practice. Wolters Kluwer, 2012. p. 151).

24 "Le contentieux économique peut se définir comme l'étude des procédures de règlement des différends provoqués par l'activité économique de production, de disribution et de consommation des richesses." (PUTMAN, Emmanuel. *Contentieux économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 2)

boa conduta, juristas ou não, que tenham aceite de uma autoridade superior da própria Câmara sempre puderam atuar em procedimentos arbitrais.

Parece ser legítimo apontar, como tendência, que os Regulamentos, atualmente muito próximos em suas opções e formas, cheguem a algum distanciamento, como mecanismo de as Câmaras e Centros de Arbitragem destacarem suas *expertises* mais singulares. A especialização das Câmaras por temas também parece ser uma perspectiva que decorre da complexidade contemporânea dos mercados e do agravamento da concorrência entre as instituições[25].

Num cenário e em outro, os Regulamentos precisam ser descobertos e valorizados como *regras arbitrais* relevantes, dotadas de juridicidade e de capacidade vinculante próprias. Tal empreitada poderá, certamente, qualificar a atuação de todos na arbitragem, inclusive dos novos atores que a ela chegam por seu sucesso e inegável desenvolvimento nos últimos 15 anos.

25 Note-se, a exemplo, a recente e oportuna criação da Câmara de Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira, notadamente vocacionada ao agronegócio.

Delineamentos Conceituais Básicos Acerca da Arbitragem

Fabiano Menke

Advogado em Porto Alegre; Professor da Faculdade de Direito da UFRGS.

Camile Souza Costa

Advogada em Porto Alegre.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Autonomia Privada e Convenção Arbitral. 3 Efeitos da Convenção Arbitral. 4 Arbitrabilidade. 5 Irrecorribilidade, Especialidade e Confidencialidade. 6 Árbitros. 7 O Procedimento Arbitral. 8 Conclusão. Bibliografia.

1 Introdução

Inegavelmente, após quase 20 anos de edição da Lei nº 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem), são perceptíveis os progressos no sentido da disseminação da arbitragem e da conscientização acerca de suas principais características e funções. No que diz respeito à disseminação da arbitragem, podemos citar o número crescente de instituições criadas para resolver litígios pela via arbitral. No que toca à maior conscientização acerca das características da arbitragem, é possível mencionar os diversos julgados proferidos nos últimos anos, especialmente no Superior Tribunal de Justiça[1], que reafirmam o instituto da arbitragem, afastando qualquer resquício de desconfiança e de insegurança jurídica que poderia pairar acerca da possibilidade de se resolver litígios na via privada.

O objetivo do presente artigo é expor uma visão geral de alguns conceitos básicos sobre a arbitragem, sem o intuito de exaurir os assuntos que aborda. O texto se direciona primordialmente aos que estão iniciando os seus estudos na arbitragem. Num primeiro momento, o trabalho aborda alguns conceitos,

1 Ver, por todos: LEMES, Selma Ferreira. *STJ constrói de modo admirável o direito da arbitragem*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/retrospectiva-2013-stj-constroi-modo-admiravel-direito-arbitragem>.

como os de convenção arbitral, seu fundamento na autonomia privada e efeitos, para, após, introduzir ao leitor outros temas afeitos à arbitragem, como o de arbitrabilidade, o da irrecorribilidade das decisões, o da especialidade e o da possibilidade de confidencialidade. Após, aborda o papel dos árbitros e tece considerações sobre o procedimento arbitral.

2 Autonomia Privada e Convenção Arbitral

Em se iniciando o tratamento acerca de um tema, cabe, antes de mais nada, apresentar o seu conceito e alguns pontos iniciais a seu respeito. De acordo com Carmona[2], a arbitragem consiste em "uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial". Um primeiro ponto importante a ser destacado desta conceituação é que a arbitragem consiste em um meio de solução de litígios baseado em "convenção privada", ou seja, no acordo das partes.

Desta forma, um dos primeiros fundamentos da arbitragem é justamente a autonomia privada[3], da qual advém a intenção de arbitrar que leva ao acordo entre as partes, ou seja, é no alicerce desta possibilidade de autorregramento do interesse das partes em que se escora a arbitragem. Vale ressaltar, neste ponto, passagem extraída de pesquisa realizada pela parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (Direito GV) e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), que buscou "identificar com rigor metodológico o posicionamento do Poder Judiciário em relação à arbitragem"[4], ao comentar acerca do julgado que reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem[5]:

> "Para que haja a instauração do juízo arbitral, afastando-se a primazia do Poder Judiciário, é indispensável a manifestação de vontade das partes. A lei

2 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15.

3 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. Tomo II: "(...) princípio fundamental no direito das obrigações. No que diz com as relações obrigacionais nascidas de negócio jurídico, explica a sua própria razão de ser como disciplina ordenadora das relações de crédito e responsabilidade derivadas de decisão voluntária dos sujeitos acerca de compromissos por si assumidos na vida de relações, isto é, na ordem econômico-social".

4 Parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (Direito GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) – 2ª Fase da Pesquisa "Arbitragem e Poder Judiciário". Relatório do Tema: Ação de Execução Específica da Cláusula Compromissória ("o do art 7º"), p. 9. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Acao_de_Execucao_Especifica_da_Clausula_Compromissoria.pdf.>.

5 STF, AgRg na SE no 5.206-Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 30.04.04.

não poderá impor à parte a exclusão da jurisdição estatal (Poder Judiciário). Entretanto, poderão os jurisdicionados optar por subtrair do Poder Judiciário o conhecimento do litígio, entregando a particulares, de confiança de ambos, a apreciação e a decisão (juízo de mérito) do litígio".

Assim sendo, é a autonomia privada que concede às partes o poder de convencionar, por meio da manifestação de sua vontade traduzida em uma convenção arbitral[6], sobre a intenção comum de se valer do procedimento arbitral[7]. Percebe-se, inclusive, ter sido esta a base para a referida decisão acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, já que é da manifestação da vontade das partes que advém a decisão de afastar o Poder Judiciário do conhecimento do litígio e outorgar poderes ao árbitro.

A convenção arbitral[8], por sua vez, poderá assumir duas formas, a depender do momento de sua celebração. Caso seja pactuada antes do surgimento da controvérsia, chama-se de cláusula arbitral[9] ou cláusula compromissória e normalmente estará inserta em um contrato, sendo a ele relacionado. Em sendo

---

6 Nas palavras de Pontes de Miranda, conceituando compromisso arbitral (em verdade conceituando também cláusula compromissória, já que ambos possuem a mesma natureza, apenas ocorrendo em momentos diferentes), "o contrato pelo qual os figurantes se submetem, a respeito de direito, pretensão, ação ou exceção, sobre que há controvérsia, a decisão de árbitro" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. Tomo XXVI. p. 319). Para Carmona, cláusula arbitral é um "dispositivo contratual em que as partes preveem que resolverão eventuais disputas surgidas em determinado negócio jurídico por meio da arbitragem". Para Pedro Martins (*Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62), "a convenção de arbitragem é de natureza consensual e afirma intenção comum das partes". A Lei de Arbitragem, por sua vez, conceituou a cláusula compromissória em seu 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".

7 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I. p. 316, para quem o juízo arbitral é "concebido como fruto da livre-convenção entre as partes". Ainda neste sentido, Alan Redfern e Martin Hunter (*Law and practice of International Commercial Arbitration*. 4. ed. London: Thompson/Sweet & Maxwell, 2004) referem que o "procedimento arbitral é visto como uma expressão da intenção das partes", e, da mesma forma, Emmanuel Gaillard, John Savage e Philippe Fouchard (*Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer, 1999, § 44) entendem que "o poder do árbitro para resolver a disputa é fundamentado na comum intenção das partes". Francisco dos Santos Amaral Neto (Autonomia privada. *Revista CEJ*, Brasília: CEJ, v. 3, n. 9, 1999. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>.), por sua vez, defende ser a Lei da Arbitragem "uma referência obrigatória em matéria de consagração da autonomia privada, por permitir que pessoas capazes possam valer-se do juízo arbitral para resolver conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

8 Lei de Arbitragem, 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".

9 Lei de Arbitragem, 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".

celebrado após a existência do conflito, será chamado de compromisso arbitral[10] e estará relacionado à parte do conflito que as partes determinarem.

Dentre as características da cláusula arbitral, uma merece destaque especial: sua autonomia em relação ao contrato em que está inclusa. Esta regra está expressa no art. 8º da Lei de Arbitragem[11] e pode ser lida no sentido de que, em caso de litígio em relação a eventuais alegações de invalidade do contrato em que a cláusula compromissória está inserta, esta permanecerá hígida. Em síntese, a cláusula compromissória é autônoma e separável do negócio jurídico mais amplo de contratação e não é contaminada por eventual invalidade deste. Há, aqui, por opção legal expressa, que mira a efetividade e o respeito à intenção das partes de submeterem seus litígios à arbitragem, verdadeira manifestação do princípio da conservação dos contratos.

Esta característica tem por consequência que o próprio tribunal arbitral constituído tem autonomia para decidir sobre qualquer questão relacionada à convenção de arbitragem, no que se denomina de *Kompetenz-Kompetenz*, que pode ser sintetizada na competência do árbitro (e não do Poder Judiciário) para decidir sobre sua própria competência, dirimindo o litígio sobre eventuais impugnações relacionadas à sua capacidade para julgar, sobre a extensão da convenção arbitral e de se a demanda pode ou não ser resolvida pela via arbitral[12].

Outro ponto de necessária menção nesta parte inicial do presente trabalho é a chamada "autonomia da vontade"[13], que difere da referida autonomia privada e consiste na possibilidade de as partes escolherem a lei material a ser aplicada pelo tribunal arbitral[14]. Tal possibilidade de escolha de lei aplicável é uma vantagem da arbitragem em relação aos processos levados ao Poder Judiciário, já que neste a lei aplicável será determinada pela legislação vigente, não podendo ser alterada pelas partes.

---

10 Lei de Arbitragem, 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".

11 Lei de Arbitragem, 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".

12 Ver, sobre a questão: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175.

13 "Contrariando a alternativa escolhida pela Lei de Introdução ao Código Civil [atual LINDB], o legislador prestigiou, no que se refere à arbitragem, o princípio da autonomia da vontade, que – na visão dos internacionalistas – caracterizaria a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação à qual queiram submeter-se, limitada tal escolha, de um lado, pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas." (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64)

14 Lei de Arbitragem, art. 2º, § 1º: "Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública".

Em relação à efetividade da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos, vale ressaltar que a sentença arbitral consiste em título executivo judicial[15], seguindo, portanto, o regime de cumprimento de sentença disposto no Código de Processo Civil, já na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869)[16], reformado pela Lei de Arbitragem de 1996, mantendo-se este tratamento com a edição do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105)[17].

Este caráter conferido à sentença arbitral fortalece a arbitragem, uma vez que garante a possibilidade de exigir seu cumprimento perante o juízo estatal, o qual, ao contrário dos árbitros[18], detém a coercitividade para expropriar os bens da parte que não cumpriu a sentença arbitral espontaneamente. Por fim, antes de adentrarmos mais especificamente nos demais fundamentos da arbitragem, cumpre apontar importantes dispositivos incluídos no Código de Processo Civil de 2015, que mencionam expressamente a arbitragem, permitindo-a e reconhecendo-a como um direito das partes: "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei"; "Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei".

Evidentemente que a falta desta menção expressa não impedia a ampla e crescente utilização da arbitragem em nosso país ao longo dos últimos anos, com amplo apoio doutrinário e jurisprudencial. No entanto, a inclusão destes dispositivos demonstra a busca efetiva também do legislador de ampliar cada vez mais a utilização da arbitragem como alternativa ao Poder Judiciário.

Conforme mencionado, procurou-se, neste primeiro momento, trazer o conceito e os principais pontos iniciais sobre a arbitragem, para agora entrarmos nas suas condições (arbitrabilidade), características, efeitos e procedimento.

3 Efeitos da Convenção Arbitral

Tendo em vista seu caráter de acordo entre as partes, a convenção arbitral (cláusula compromissória e compromisso arbitral) possui um duplo efeito[19],

---

15 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".

16 "Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...) IV – a sentença arbitral."

17 "Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII – a sentença arbitral."

18 Que, por serem juízes privados, escolhidos voluntariamente pelas partes, não possuem qualquer poder de obrigar uma parte a cumprir a sentença proferida, poder este que cabe tão somente ao Estado.

19 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.

caracterizado como positivo e negativo. O efeito positivo da cláusula arbitral consiste em obrigar as partes a honrarem seu compromisso e, ao mesmo tempo, fornecer a base à jurisdição do tribunal arbitral[20]. A obrigação para submeterem suas disputas abrangidas pela cláusula arbitral à arbitragem resulta da aplicação direta do princípio segundo o qual as partes estão vinculadas aos acordos que celebrarem, princípio este comumente expresso pela máxima *pacta sunt servanda* e internacionalmente reconhecido[21]. Há incidência direta, aqui, do princípio da autorresponsabilidade[22].

As consequências deste efeito positivo são, portanto: a possibilidade de uma parte poder instaurar arbitragem automaticamente em caso de litígio, valendo-se da cláusula arbitral pactuada; a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória, consagrada no art. 7º da Lei de Arbitragem; a possibilidade de se prosseguir na arbitragem mesmo sem a participação da parte recalcitrante, pois, mesmo diante de uma posterior resistência à instituição da arbitragem, a parte resistente acordou em estabelecer uma cláusula arbitral e, portanto, sua resistência na instituição da arbitragem não poderá ter o condão de impossibilitar o efeito positivo da cláusula[23].

Por efeito negativo, tem-se a aptidão da convenção arbitral de impedir que as partes busquem no Poder Judiciário a resolução das controvérsias abarcadas por ela[24]. Desse efeito negativo decorre a necessidade de julgamento sem resolução de mérito de uma ação judicial que vise discutir uma disputa abrangida por cláusula compromissória. É o que determinavam tanto o Código de Processo Civil de 1973, reformado pela Lei de Arbitragem, que em seu o art. 267, VII, estabelecia que "extingue-se o processo, sem resolução de mérito (...) pela convenção de arbitragem", quanto o art. 485, VII, do Código de Processo Civil de 2015, que determina que "o juiz não resolverá o mérito quando (...) acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência".

---

20 GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John; FOUCHARD, Philippe. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer, 1999, § 624.

21 GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John; FOUCHARD, Philippe. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer, 1999, § 627.

22 Sobre a importância do princípio da autorresponsabilidade no direito privado, ver, por todos: RIESENHUBER, Karl. Das Prinzip der Selbstverantwortung. In: RIESENHUBER, Karl (Org.). *Das Prinzip der Selbsverantwortung*: Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 1.

23 Ademais, conforme defende Carmona, a resistência de uma parte à instituição da arbitragem diante de cláusula compromissória não impede que a sentença possua plenos efeitos, uma vez "que sua participação efetiva é facultada (...) e não exigida" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 331).

24 GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John; FOUCHARD, Philippe. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer, 1999, § 624.

Vale ressaltar, neste ponto, a positivação, no Código de Processo Civil de 2015, da necessidade de o réu alegar a existência de convenção de arbitragem, sob pena de, em não o fazendo até a contestação, aceitar a jurisdição estatal e renunciar à arbitragem[25]. Esta inclusão define a impossibilidade de conhecimento de ofício da convenção arbitral, o que por vezes ocorria no Judiciário[26], devendo necessariamente o réu apontá-la, o que apresenta inovação na legislação até então silente a este respeito. De qualquer forma, aplicar o efeito negativo da cláusula arbitral significa entender ser o autor da demanda judicial carecedor de ação, uma vez que renunciou à tutela jurisdicional estatal ao optar expressamente pela arbitragem, seja por meio de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral.

4 Arbitrabilidade

Conforme disposto logo no primeiro artigo da Lei de Arbitragem, "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Este dispositivo traz, a um só tempo, quem pode ser parte em uma arbitragem e o que pode ser arbitrado, disciplinando, portanto, acerca do que se denomina de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, respectivamente.

Em relação à arbitrabilidade subjetiva, fica evidenciada a única condição para poder se valer da arbitragem: ser capaz de contratar ou, em outras palavras, "a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada a convenção de arbitragem"[27]. As regras de capacidade jurídica requeridas são as previstas na Parte Geral do Código Civil, que devem ser observadas, sob pena de invalidade da convenção arbitral.

Cumpre ressaltar, ainda neste ponto, as inclusões e vetos trazidos na reforma à Lei de Arbitragem, Lei nº 13.129, de 26.05.2015. Por um lado,

---

25 De acordo com o Código de Processo Civil de 2015, art. 337, "incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) X – convenção de arbitragem; (...) § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral".

26 "No TJMG, em vários casos o processo foi extinto sem julgamento do mérito de ofício pelo juiz, como nas ACs 2.0000.00.425811-7/000 e 2.0000.00.394534-0/000, que consideraram o pactuado pelas partes através da convenção arbitral para julgar o recorrente carecedor de ação, com a renúncia à tutela jurisdicional e adesão à arbitragem." (Parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas [Direito GV] e do Comitê Brasileiro de Arbitragem [CBAr] – 2ª Fase da Pesquisa "Arbitragem e Poder Judiciário". Relatório do Tema: Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral, p. 30. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf>.)

27 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

positivou-se a capacidade de arbitrar da Administração Pública em seu art. 1º, § 1º[28], e, por outro, vetou-se os artigos que regulavam a arbitragem de direitos do consumidor e do trabalho, bem como o dispositivo que alterava a regra vigente sobre arbitragem nos contratos de adesão[29]. Assim, permanece em vigor o § 2º do art. 4º da redação em que foi editada a Lei de Arbitragem: "Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula".

Importante ter em mente, no entanto, que os referidos vetos não impedem o reconhecimento jurisprudencial dessas possibilidades, desde que observados os limites da legislação em vigor. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a vedação às cláusulas abusivas contida no art. 51 da Lei nº 8.078/90 não impede a utilização da arbitragem na resolução dos conflitos de consumo, desde que a arbitragem não seja imposta pelo fornecedor, não havendo qualquer óbice para que o consumidor opte pela arbitragem[30]. Da mesma forma decidiu o Superior Tribunal de Justiça, rejeitando a alegação de violação aos arts. 1º e 25 da Lei de Arbitragem em razão da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. No caso, considerou-se inaceitável a postura da Caixa Econômica Federal consistente na recusa em liberar o levantamento do saldo do FGTS ao trabalhador despedido sem justa causa, configurada a despedida imotivada, sob o fundamento de que o ajuste arbitral celebrado seria nulo por versar sobre direito indisponível. A questão essencial foi a de que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas milita em favor do empregado e não pode ser interpretada de forma a prejudicá-lo, como pretendia a instituição financeira[31].

---

28 O que já vinha sendo permitido pela jurisprudência e inclusive por decretos. Ressalta-se que, ainda que haja a permissão, é feita com ressalvas, tendo em vista as peculiaridades da Administração Pública, como, por exemplo, a necessidade de que a arbitragem seja sempre de direito e respeite o princípio da publicidade, conforme disposto no novo § 3º do art. 2º da Lei Reformada.

29 Redação dos parágrafos vetados do art. 4º da Reforma à Lei de Arbitragem:
"§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.
§ 3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição.
§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição." (Mensagem de veto: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>)

30 STJ, Terceira Turma, REsp 1.169.841/RJ, Relª Minª Nancy Andrighi, j. 06.11.2012.

31 STJ, Segunda Turma, REsp 742.252/BA, Rel. Min. Castro Meira, j. 17.02.05.

Conforme se percebe, é possível cogitar-se da arbitragem para relações de consumo[32] e de trabalho[33], desde que não prejudique os direitos do consumidor e do trabalhador e desde que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis: limitação objetiva em termos de arbitrabilidade.

Abordando então a arbitrabilidade objetiva, tem-se como arbitrável todo o direito que for patrimonial disponível. Nas palavras de Pedro Batista Martins, "a patrimonialidade e a disponibilidade são a regra nas relações jurídicas"[34]. Desta forma, o direito será arbitrável quando relacionado a bem suscetível de avaliação em dinheiro e, ao mesmo tempo, apropriável como um todo e passível de alienação, cessão ou negociação[35]. Vale ressaltar que as limitações à dispo-

---

32 "No que concerne às relações de consumo, as relações e consequências cíveis são arbitráveis (excluíndo-se, evidentemente, as consequências penais e criminais que não são suscetíveis de serem apreciadas em sede arbitral)" (LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem e direito do consumo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, n. 0, jul./out. 2003). "Ora, o que se veda é a 'utilização compulsória da arbitragem'. Não existindo em nosso sistema legal a arbitragem obrigatória, ou impositiva, unicamente, a arbitragem voluntária, certo é que o legislador visou a coibir a utilização de arbitragem quando estabelecida de forma compulsória nos contratos de consumo, pois, assim não o fosse, bastaria deixar de inserir a palavra 'compulsória' para que fosse proibida de forma absoluta a utilização da arbitragem nos acordos da espécie. Como a lei, por pressuposto, não contém palavras supérfluas (...)" (BATISTA MARTINS, Pedro A. A arbitragem na visão do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, n. 0, jul./out. 2003).

33 "As causas trabalhistas também são, em princípio, arbitráveis, não havendo necessidade de procurar na lei qualquer menção específica ao direito do trabalho para que o mecanismo de solução de controvérsias seja aplicável também às questões laborais" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39). Vale ressaltar a existência de ampla doutrina contrária à arbitragem em relações de trabalho, para as quais Carmona rebate mencionando que "embora não se deixe de reconhecer o caráter protetivo do direito laboral, é fato incontestável que nem todos os direitos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho assumiram a feição irrenunciável pregada pela doutrina especializada mais conservadora: se assim fosse, não se entenderia o estímulo crescente à conciliação (e à consequente transação), de sorte que parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através da instituição do juízo arbitral" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41-42).

34 Continua o autor: "A extrapatrimonialidade aplica-se, notadamente, às pessoas físicas, conquanto trata do direito à naturalidade, à vida, à integridade física e corporal e ao estado das pessoas. São bens insuscetíveis de avaliação em dinheiro. A indisponibilidade diz com os bens fora do comércio e que, pela sua especificidade, não podem ser apropriados como um todo (v.g., mar, luz) ou, de alguma forma, não são passíveis de alienação (v.g., bens de família, bens de uso comum do povo – ruas e praças – ou de uso especial – edifícios e terrenos destinados à Administração Pública)" (BATISTA MARTINS, Pedro A. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008).

35 "O direito patrimonial é disponível quando puder ser alienado ou cedido, pelo seu titular (que deve ser pessoa capaz), sem qualquer ressalva. Na maioria dos casos, as lides levadas à arbitragem terão como objeto a discussão acerca de algum contrato ou ato ilícito. Com efeito, as ações de estado (casamento, filiação, poder familiar) e as questões de direito penal não podem ser objeto de arbitragem, todavia, as consequências patrimoniais, nestes casos, são arbitráveis. É o que ocorre, por exemplo, com a ação de alimentos entre pessoas maiores e capazes ou a ação civil *ex delicto*, que podem, muito bem, serem levadas ao juízo arbitral." (BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12)

nibilidade e patrimonialidade dos direitos são dadas pelo próprio ordenamento jurídico e suas normas cogentes, o que leva à conclusão de que "são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta de resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. (...) são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir"[36].

Desta forma, a arbitrabilidade objetiva não deve ser vista como algo taxativo ou estanque[37], pelo contrário, seus contornos "podem mudar com o passar dos anos", levando-se em consideração "se o legislador, ao conferir um regime jurídico de proteção especial a determinada categoria de direitos, visava igualmente conceder exclusividade ao Poder Judiciário" e se "os árbitros estariam menos habilitados do que os juízes togados para resolver litígios relativos a uma especial categoria de direitos que merecem tutela especial"[38].

5 Irrecorribilidade, Especialidade e Confidencialidade

Uma das principais características da arbitragem é a de que as decisões e a sentença proferida pelos árbitros sejam *irrecorríveis*, conforme disposto no art. 18 da Lei de Arbitragem: "Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário". O que existe, no entanto, é a possibilidade de pleitear a nulidade[39] da sentença arbitral, que deverá ser apreciada pelo tribunal apenas quanto aos aspectos elencados na própria lei[40], não podendo o mérito ser reanalisado ou

36 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

37 Neste ponto, vale mencionar a obra de Bernardo Lima sobre a arbitrabilidade do dano ambiental (LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010), na qual o autor põe em xeque os critérios de arbitrabilidade vigentes e propõe uma nova maneira de definir o que pode ou não ser arbitrado, com foco no dano ambiental, mas trazendo uma análise prévia e comparativa com outros ordenamentos jurídicos de importante contribuição para esta discussão.

38 DAMIÃO GONÇALVES, Eduardo. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

39 Lei de Arbitragem, art. 33: "A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei".

40 Lei de Arbitragem, art. 32: "É nula a sentença arbitral se: I – for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) 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; (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei".

rediscutido[41]. Não há que se falar, portanto, em interposição de recursos tão usuais na justiça estatal, como o agravo de instrumento ou a apelação. Cabe, todavia, o manejo dos denominados "embargos arbitrais"[42] ou "pedido de esclarecimentos", conforme a previsão do art. 30 da Lei de Arbitragem[43], medida esta que jamais poderá ser deturpada para fazer as vezes de instrumento revisor do mérito das decisões.

A *especialidade* é outra característica extremamente benéfica da arbitragem e que a diferencia sobremaneira do Judiciário, já que, em uma arbitragem, como são as partes que escolhem os árbitros, a tendência é que estes sejam especialistas no direito a ser aplicado, ou na tecnicidade do contrato, do produto, do serviço, ou da tecnologia em disputa. Desta forma, o tribunal, na maioria dos casos terá conhecimento sobre as tecnicidades e peculiaridades do tema envolvido no caso em análise e estará em tese mais apto do que o Poder Judiciário (que tende a ser mais genérico por essência) a proferir uma decisão mais técnica e coerente. A especialidade tem relação direta com a celeridade, pois ao as partes levarem o litígio a quem já tem considerável conhecimento sobre a matéria de fundo, a tendência é que o tempo necessário para que os árbitros se inteirem sobre o assunto seja menor, o que tem reflexo na efetividade da decisão.

Mais uma característica importante da arbitragem é a possibilidade[44] de ser *confidencial*. Esta confidencialidade pode ser muito vantajosa para as partes, principalmente no ramo da tecnologia, que envolve em grande parte segredos industriais, ou, ainda, em relação às suas informações financeiras e contábeis. No entanto, vale mencionar que a confidencialidade é uma possibilidade e não uma condição, sendo somente empregada se as partes assim convencionarem. Lembrando que para a Administração Pública, por exemplo, a reforma à Lei de Arbitragem trouxe a necessidade de consideração do princípio da publicidade, o

---

41 BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014. p. 628.

42 Ver, sobre a questão: BORJA, Ana Gerdau de. Embargos arbitrais. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Org.). *Arbitragem comercial*: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 385-394.

43 "Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II – esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado entre as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)"

44 "Esclareça-se que a confidencialidade não é um princípio explícito na Lei de Arbitragem para as partes, mas a maioria das regras arbitrais a prevê. E, de qualquer forma, o processo arbitral tem natureza privada, ao contrário do processo judicial, em regra, público." (Disponível em: <http://www.precisaoconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>)

que influi diretamente na confidencialidade dos procedimentos envolvendo entes da Administração Pública. Outra inclusão importante, desta vez do Código de Processo Civil de 2015, foi o inciso IV do art. 189[45], que traz a necessidade de comprovação perante o juízo estatal da confidencialidade para atos processuais que versem sobre arbitragem. Este dispositivo parece trazer um problema de operacionalidade, já que levanta o risco de tais atos que versem sobre arbitragem ficarem públicos até que a confidencialidade seja comprovada em juízo. O recomendável seria que a mera afirmação da parte que propõe a demanda seja suficiente para que o processo tramite em segredo de justiça, podendo o magistrado, posteriormente, realizar controle sobre a questão.

6 Árbitros

Conforme disposto no art. 13 da Lei de Arbitragem[46], há somente dois requisitos para ser árbitro: que a pessoa seja capaz e que tenha a confiança das partes. O primeiro requisito está relacionado à capacidade civil, regulada pelo nosso Código Civil, e também à capacidade técnica[47]. Já o segundo está relacionado à expectativa das partes em ter como julgador alguém de sua confiança, o que fica melhor expresso no § 6º do art. 13[48] e no art. 14[49] da Lei de Arbitragem. Nas claras palavras de Selma Lemes[50], "o árbitro deve ser e permanecer independente e imparcial durante todo o processo arbitral. Não pode ser indicado como árbitro quem tenha vinculação com as partes (independência) ou interesse no resultado do conflito (imparcialidade)".

Vale ressaltar que o árbitro é juiz de fato e de direito, conforme disposto no art. 18[51] da Lei de Arbitragem, e sua decisão é final e definitiva, não estando sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (conforme anteriormente referido, consiste em título executivo judicial). Outra demonstração da

---

45 "Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: (...) IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo."

46 Lei de Arbitragem, art. 13: "Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes".

47 LEMES, Selma Ferreira. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf>.

48 Lei de Arbitragem, art. 13, § 6º: "No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição".

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

50 Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf>.

51 Lei de Arbitragem, art. 18: "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário".

independência do árbitro está no art. 485 do Código de Processo Civil de 2015[52], que consagra o referido princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, segundo o qual cabe ao próprio árbitro decidir sobre sua competência e, quando o fizer, o juiz estatal deverá extinguir eventual processo judicial sem resolução de mérito.

Por fim, importante apontar a inclusão da carta arbitral no novo Código de Processo Civil, como meio de promover cooperação judiciária[53], definindo em seu art. 237, inciso IV, que será expedida a carta arbitral "para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória".

Este movimento legislativo demonstra mais uma vez a intenção de promover e fortalecer a arbitragem, facilitando sua comunicação com o Judiciário justamente para garantir maior celeridade aos procedimentos e efetividade das decisões.

7 O Procedimento Arbitral

O procedimento arbitral é caracterizado por uma maior flexibilidade, quando comparado com o processo judicial. Diferentemente deste último, no qual o *iter* a ser seguido já está contemplado na lei, na arbitragem são as partes, em razão da autonomia privada, que estabelecem, na convenção de arbitragem ou até mesmo no desenrolar da demanda, o procedimento a ser adotado[54].

É certo que no mais das vezes as partes escolherão as regras oriundas de um órgão arbitral institucional para regular o procedimento arbitral. Esta medida agrega segurança jurídica e conveniência às partes, que se valem de regras procedimentais já previstas e testadas. Neste caso, será aplicado o regulamento de arbitragem eleito. Mas mesmo com a adoção de um regulamento institucional, haverá um amplo espaço para que partes e árbitros em certa medida moldem o procedimento arbitral desde a assinatura do Termo de Arbitragem e mesmo durante o seu transcurso.

---

52 Código de Processo Civil de 2015, art. 485: "O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência".

53 Código de Processo Civil de 2015, art. 67: "Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores".

54 Consoante a determinação do art. 21 da Lei de Arbitragem: "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".

Não raro, as partes redigem manifestações conjuntas, contribuindo para a celeridade do procedimento. Poderão acordar diretamente na dilação de prazos, na realização de audiências e no próprio formato que estas terão, compondo o cronograma e a ordem de oitiva das testemunhas, e assim oferecendo aos árbitros um caminho de decisão e de condução do procedimento mais facilitado, desburocratizado e mais direto. Esta possibilidade de acordo entre as partes acerca de como se dará o procedimento arbitral reforça a diretriz de que na arbitragem deve imperar um clima mais amistoso e de maior cordialidade entre os lados da disputa, havendo um verdadeiro *fair play* procedimental[55].

Uma das possibilidades facultadas às partes é que estabeleçam, em comum acordo com os árbitros, o calendário de prazos, podendo ajustar, conforme a complexidade da demanda, os prazos que serão necessários para que sejam realizadas as suas manifestações. Neste sentido, recomenda-se que, ao assinarem o Termo de Arbitragem, partes e árbitros estabeleçam os prazos não em número de dias, mas, sim, fixando a data do termo final, por exemplo, as alegações iniciais devem ser protocoladas no dia 15 de março e não no prazo de 15 dias. Assim, afasta-se o desconfortável e sempre arriscado cômputo de prazos em dias. Aliás, refira-se que influenciado pelo que ocorre na arbitragem, o Código de Processo Civil de 2015 previu a possibilidade de partes e juiz, de comum acordo, fixarem calendário para a prática de atos processuais, quando for o caso[56].

Naquilo em que as partes não estabeleceram na convenção de arbitragem, ou no Termo de Arbitragem, terão os árbitros liberdade para empregar as regras que julgarem convenientes no caso específico. Esta é a lição que se obtém a partir da regra do § 1º do art. 21 da Lei de Arbitragem: "Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo". Para exemplificar, novamente no que diz respeito à produção de provas, poderão os árbitros determinar que a prova pericial será obtida por meio de depoimentos técnicos escritos, firmados por *experts* independentes, ao invés de se valerem da tradicional perícia em que é nomeado um árbitro pelo julgador e as partes indicam o assistente técnico de sua confiança.

Uma maior flexibilidade do procedimento arbitral não pode, todavia, implicar em balbúrdia procedimental nem no atropelo das formalidades e

---

55 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 299.

56 De acordo com o que prevê o art. 191: "De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário".

princípios processuais consagrados, como disciplina o § 2º do art. 21 da Lei de Arbitragem: "Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento". Raríssimos são os casos de sentenças arbitrais que vêm a ser anuladas, mas, no curso do procedimento arbitral, advogados e árbitros devem estar sempre atentos para evitarem atropelos procedimentais que violem o contraditório. A celeridade que caracteriza a arbitragem não pode servir de motivação para que seja proferida sentença arbitral sem que o procedimento esteja maduro o suficiente para ser julgado.

8 Conclusão

Objetivou-se, com o presente texto, tratar de alguns dos principais e mais fundamentais conceitos relativos à arbitragem, para que aquele que inicia sua aproximação deste valioso mecanismo de solução de litígios possa ter uma primeira noção das características essenciais deste instituto.

Espera-se que o texto possa cumprir o papel de despertar e aguçar ainda mais a curiosidade e o interesse de estudantes e profissionais para disseminar ainda mais a cultura da arbitragem. A arbitragem é, muito além de uma via alternativa de solução de controvérsias, um ambiente propício à rica convivência profissional e ao debate aprofundado de questões de fato e de direito que muitas vezes não são, por compreensíveis razões, tratadas com o devido cuidado pela justiça estatal.

Bibliografia

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. *Revista CEJ*, Brasília: CEJ, v. 3, n. 9, 1999. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>.

BATISTA MARTINS, Pedro A. A arbitragem na visão do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, n. 0, jul./out. 2003.

_____. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BORJA, Ana Gerdau de. Embargos arbitrais. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (Org.). *Arbitragem comercial*: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DAMIÃO GONÇALVES, Eduardo. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista

(Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John; FOUCHARD, Philippe. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer, 1999.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem e direito do consumo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Síntese e Comitê Brasileiro de Arbitragem, n. 0, jul./out. 2003.

LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. Tomo II.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and practice of International Commercial Arbitration*. 4. ed. London: Thompson/Sweet & Maxwell, 2004.

RIESENHUBER, Karl. Das Prinzip der Selbstverantwortung. In: RIESENHUBER, Karl (Org.). *Das Prinzip der Selbsverantwortung*: Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

Pesquisas Institucionais

Parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (Direito GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) – 2ª Fase da Pesquisa "Arbitragem e Poder Judiciário". Relatório do Tema: Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral, p. 30. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf.>.

Parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (Direito GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) – 2ª Fase da Pesquisa "Arbitragem e Poder Judiciário". Relatório do Tema: Ação de Execução Específica da Cláusula Compromissória ("o do art. 7º"), p. 9. Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Acao_de_Execucao_Especifica_da_Clausula_Compromissoria.pdf.>.

Contratos de Adesão e Arbitragem Comercial

Gerson Luiz Carlos Branco

Professor de Direito Comercial da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Advogado em Porto Alegre.

SUMÁRIO: Introdução. I – Contrato de Adesão no Código Civil e na Lei de Arbitragem. II – Arbitralidade dos Contratos de Adesão do Direito Empresarial. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O recente veto presidencial às disposições que permitiam a instituição da arbitragem como forma de solução dos conflitos decorrentes das relações de consumo e em determinados contratos de trabalho reacende a discussão sobre os contratos de adesão, os limites e as possibilidades de arbitragem nas hipóteses em que a cláusula compromissória é estipulada em contratos de adesão.

A Mensagem 162, da Presidente da República, explicitando as razões do veto às disposições da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015[1], que inseriam a possibilidade de arbitragem nos contratos de adesão provenientes das relações de consumo, teve como fundamento a necessidade de "proteção do consumidor", cuja vontade deve ser manifestada para assegurar a eficácia da cláusula arbitral não somente no momento da contratação, mas também "no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia".

No que respeita à possibilidade de permitir a arbitragem como forma de solução de conflito nas relações de trabalho, quando o contrato disser respeito ao cargo ou função de diretor, o fundamento do veto foi a criação de uma categoria não claramente definida tecnicamente na legislação trabalhista.

Esse veto e a alteração da Lei da Arbitragem tornam necessário que se examine a problemática dos contratos de adesão, que vem sendo examinadas pela doutrina e jurisprudência (tanto judicial quanto arbitral) na perspectiva da possibilidade, procedimentos e limites da eficácia do compromisso arbitral estipulado em contratos de adesão, especialmente nos contratos empresariais.

---

1 *§§ 2º e 3º do art. 4º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterados pelo art. 1º do projeto de lei*: "§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.
§ 3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição."

A matéria continua sendo regida pelas disposições do § 4º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, segundo a qual há possibilidade de compromisso arbitral válido e eficaz quando o contrato for de adesão, desde que atendidos determinados procedimentos e requisitos, como se vê do próprio texto legal:

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

Apesar de a disposição da lei ser aparentemente clara, existem peculiaridades importantes para sua aplicação, tendo em vista que o legislador pátrio não definiu o que é contrato de adesão, bem como sobre a possibilidade e efeitos dos contratos de adesão no âmbito das relações empresariais.

I – Contrato de Adesão no Código Civil e na Lei de Arbitragem

Tanto a Lei da Arbitragem quanto o Código Civil, ao disciplinar os contratos de adesão nos arts. 423 e 424, usam a expressão e não a definem.

Se o objetivo deste artigo fosse discutir os contratos de adesão sob a perspectiva do Direito do Consumidor, a questão estaria solucionada, pois o art. 54 contém clareza suficiente para caracterizar o que é um contrato de adesão, tendo sido adotada na redação de tal dispositivo legal a concepção germânica das "condições gerais dos negócios"[2], que centra o fenômeno da adesividade na elaboração unilateral das disposições contratuais[3].

---

2 "Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.
§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.
§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão."

3 A propósito dos contratos de adesão nas relações de consumo, ver: LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

Porém, tal concepção, embora seja teoricamente compatível com a disciplina dos contratos de adesão nas relações empresariais, não incide normativamente sobre tais relações, dada a especialidade da norma.

A compreensão dos contratos de adesão no âmbito das relações empresariais exige a compreensão de que o Direito Comercial é uma categoria histórica, pois, ainda que não seja o objeto específico deste artigo a investigação histórica, "não se pode conhecer o presente sem conhecer o passado, não se pode conhecer o que é sem conhecer o que foi"[4], razão pela qual é preciso uma perspectiva sobre como os contratos de adesão surgiram no Direito Empresarial.

Partindo-se da análise histórica sobre a origem dos contratos de adesão, Enzo Roppo possui importante estudo em que narra que o início do uso de formulários como instrumentos jurídicos para circulação econômica deu-se na Idade Média, como fruto da atuação dos comerciantes para difusão e tipificação do conteúdo dos negócios baseados "nella vita dei traffici"[5].

Apesar disso e também de toda a matéria atinente ao desenvolvimento histórico da letra de câmbio e sua importância no processo de padronização dos instrumentos jurídicos para melhorar a segurança da circulação do crédito, o fenômeno da estandardização dos contratos teve início em meados do século XIX no âmbito do Direito Comercial, especificamente nas operações Transporte, Banca, Seguros e Bolsa de Valores.

A monografia de Roppo, considerada um dos mais importantes estudos sobre o fenômeno dos contratos de adesão, aponta que, paradoxalmente, a doutrina que não faz a investigação histórica, examinando a matéria de modo superficial, associa os contratos de adesão ao fenômeno das relações de massa, o que é grave equívoco, tendo em vista que é a tentativa de reduzir os custos de transação no processo industrial que provoca o nascimento desse modo de contrato, já que a implantação de condições uniformes e rígidas facilitam o processo de negociação e permitem a expansão negocial[6].

A fórmula de estandardização dos contratos é a contraparte da estandardização de bens e de processos de produção, tendo em vista um processo de tipificação dos métodos produtivos e dos produtos e um paralelo esforço das empresas de adequar a estrutura jurídica às suas transformações estruturais, primeiro com os seus empregados e, depois das relações entrelaçadas, com o

---

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Prefácio. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. v. 1. p. XV.

5 ROPPO, Enzo. *Contratti standard*. Autonomia e controlli nella disciplina dele attività negoziali di empresa. Milano: Giuffrè, 1989. p. 3.

6 ROPPO, Enzo. *Contratti standard*, p. 4-10.

mercado de consumo, fenômeno que somente ocorre após a segunda metade do século XX, embora já existisse algumas manifestações em países mais industrializados, no período entre as duas guerras[7].

Ou seja, embora a massificação dos contratos, compreendida como a multiplicidade de contratos em série de conteúdo igual, seja um fenômeno que hoje está associado aos contratos de adesão, uma análise histórica nos mostra que se trata de fenômeno típico de meados do século XX. A origem histórica dos contratos de adesão vincula-os ao nascimento e à organização da empresa, por conta de uma necessária padronização das operações econômicas para o desenvolvimento da atividade empresarial.

Definitivamente, massificação e estandardização são conceitos distintos que operam em planos distintos do Direito, quando associados ao fenômeno dos contratos de adesão.

Essa observação torna deveras importante separar as disposições do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que a massificação das relações de consumo e sua lógica não são aplicáveis às relações empresariais e aos contratos de adesão que lhe são típicos, tendo em vista a dissociação histórica e dissociação de fins que tais instrumentos contratuais possuem nas duas áreas do Direito.

Ao se estudar as condições gerais dos contratos e os contratos de adesão, compreende-se a empresa do ponto de vista da teoria do contrato, motivo pelo qual é importante definir o papel do esquema contratual uniforme e sua função na organização interna da empresa.

Na mesma linha do clássico trabalho de Coase[8], pode-se afirmar que a prática de coordenação central e criação de homogeneidade é o elemento central da atividade empresarial, atuando não somente nas atividades internas como também na organização dos contratos de distribuição e de aquisição de matéria-prima.

Porém, Roppo vai um pouco mais longe para alertar que, sob o ponto de vista contratual, o planejamento pode perigosamente desagregar ou representar uma perda da liberdade de discutir e determinar, com a outra parte, o conteúdo singular dos contratos, indicando como exemplo a cláusula de foro como instrumento de redução de custos da empresa pela centralização no processo

7 ROPPO, Enzo. *Contratti standard*, p. 12.

8 COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*, new series, v. 4, n. 16, 1937, p. 386-405.

de resolução de conflitos, o que justifica um olhar atento do Direito para esse fenômeno[9].

Neste mesmo sentido, podemos indicar os estudos de Ludwig Raiser, ao desenvolver seu clássico estudo sobre as relações entre a liberdade contratual, o mercado entre empresas e o abuso do poder econômico, pontuando claramente que o fenômeno dos contratos de adesão não estão relacionados exclusivamente com o mercado de consumo, mas fundamentalmente com um equilíbrio no mercado a fim de evitar posições dominantes, "affinché la conclusione dei contratti avvenga in regime di libertà effettiva e non meramente formale"[10].

Isso demonstra que o fenômeno dos contratos de adesão é muito anterior ao Direito do Consumidor e foi fruto da construção da teoria geral dos contratos. Foi elaborado pelo debate da doutrina e jurisprudência ao longo do século XX, trata-se de um fenômeno moderno, que é o da estandardização das relações contratuais, tendo em vista justamente as características sociais e econômicas de nossa época.

A esse propósito, deve-se observar que as disposições do arts. 423 e 424 do Código Civil incidem especialmente sobre as relações empresariais, tendo em vista que a hipótese de aplicação de tais normas no âmbito das relações civis é rara e muito específica, pois o exercício de atividades econômicas de modo organizado que atrai a incidência das normas do Direito Empresarial é o espaço que propicia a formação dos contratos de adesão[11].

O fenômeno dos contratos de adesão ou das condições gerais dos negócios no Direito Empresarial se submete, porém, a um regime muito específico. Não é possível deixar de aplicar as cláusulas contratuais celebradas por meio de contratos de adesão quando inseridas em contratos empresariais.

Embora no âmbito do Direito do Consumidor a assimetria entre as partes seja um elemento determinante para verificação dos efeitos dos contratos, no Direito Empresarial a caracterização da adesividade está vinculada ao modo pelo qual o *processo de contratação* é desenvolvido, e não pela existência de assimetria entre as partes.

As partes estão em condição jurídica de igualdade, exceto no que a lei, de modo expresso, dispor diferentemente.

---

9 ROPPO, Enzo. *Contratti standard*, p. 25-32.

10 RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*. Milano: Giufrè, 1990. p. 64.

11 Recentemente o STJ pronunciou-se sobre a matéria tratando sobre os contratos de adesão e a diferença de regime relativamente à arbitragem quando não dizem respeito às relações de consumo, no REsp 1.169.841/RJ, Relª Minª Nancy Andrighi, j. 14.11.2012.

Eventual assimetria não está associada às pessoas que negociam (ambas empresárias), pois deriva do próprio *processo de contratação*, tendo em vista que um dos contratantes (parte no sentido de núcleo de interesses), aquele que oferece o produto, define quais são as regras que devem disciplinar a relação, apresentando um modelo contratual que não permite alterações substanciais, tudo com a finalidade de dinamizar a relação contratual.

Porém, qual a razão de o legislador acolher a teoria dos contratos de adesão nas três disposições legais mencionadas (arts. 423 e 424 do Código Civil e 2º, § 4º, da Lei da Arbitragem)?

A razão é histórica e está associada à proteção da liberdade de contratar.

Proteger o aderente nos contratos de adesão significa estabelecer limites à posição estratégica de quem estabelece unilateralmente as regras do jogo. Esses limites são mínimos e consistem, basicamente, no seguinte:

a) é nula a renúncia a direito que resulte da natureza do contrato;

b) havendo dúvida quanto à interpretação de cláusula, deve ela ser interpretada favoravelmente ao aderente; e

c) no caso de cláusula de arbitragem em contrato de adesão, sua eficácia depende de visto especial.

Nas três hipóteses, a *ratio* é a mesma: proteção da autonomia privada (liberdade contratual).

No primeiro caso, a disposição tem conteúdo similar ao que o art. 115, segunda parte, do velho Código Civil de 1916 já dispunha (art. 122, parte final, do Código Civil vigente), de que a cláusula meramente potestativa é ineficaz, pois sujeita os efeitos ao arbítrio unicamente de uma das partes, tendo origem nas primeiras disposições do Direito romano para proteger a liberdade na manifestação de vontade.

A segunda disposição trata também de proteção da liberdade de contratação e da confiança, já que o responsável pela elaboração do regulamento contratual não pode se beneficiar de dúvidas decorrentes de sua redação.

A terceira disposição é norma para proteção da arbitragem como instrumento de solução de conflitos entre iguais.

II – Arbitralidade dos Contratos de Adesão do Direito Empresarial

Considera-se como contrato empresarial aquele que esteja submetido ao regime do art. 966 do Código Civil, ou seja, são os contratos celebrados entre os empresários para circulação de produtos e serviços. Embora possam existir

contratos regidos pelo Direito Empresarial entre não empresários e empresários, entende-se que não é o caso de problematizar essa questão aqui, tendo em vista os estreitos objetivos deste artigo[12].

Embora um dos méritos da atual Lei da Arbitragem em relação ao regime anterior foi atribuir eficácia vinculante à cláusula compromissória, o legislador ditou uma disposição que, em hipótese alguma, retira a validade ou eficácia: estabelece, porém, que os efeitos estão subordinados a visto específico ou que a instituição da arbitragem tenha sido proposta pelo aderente.

São geralmente inúteis as discussões se o contrato é *de* adesão ou *por* adesão, algo comum nas arbitragens empresariais, pois o modo previsto no Código Civil brasileiro para formação dos contratos tem por consequência que todos os contratos somente se formam por adesão do oblato à proposta, como se vê na disposição do art. 431 do Código Civil.

Isso significa que a identificação de um contrato de adesão passa pela análise da natureza da relação econômica e do modo como a celebração do contrato ocorreu, assim, pode-se saber se ocorre ou não a incidência das disposições do § 4º do art. 2º da Lei da Arbitragem.

O uso de formulários por uma das partes, a adoção da técnica de condições gerais dos negócios arquivadas em registro público ou em formulários disponíveis na internet caracterizam claramente um contrato como sendo de adesão, pois demonstra que tal contrato faz parte da estratégia de uma das empresas em organizar sua atividade econômica, estandardizando os seus mecanismos e ferramentas contratuais.

Da análise da doutrina[13] que aborda o tema da classificação dos contratos como de adesão no âmbito empresarial, verifica-se que as principais características que levam à classificação de um contrato como de adesão são (i) o estabelecimento unilateral das cláusulas por uma das partes e (ii) a vedação à parte aderente em discutir ou modificar substancialmente o conteúdo das cláusulas dispostas no contrato.

---

12 Sobre o tema, ver: FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009; ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos contratos empresariais*. Coimbra: Almedina, 2009; e BRANCO, Gerson. O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. *Revista dos Tribunais*, v. 872/2008, jun. 2008, p. 11-42. Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos, v. 3, jun. 2011, p. 173-216, DTR\2008\349.

13 MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, v. 55, 2012, p. 321, item 17.

Nesse sentido é a doutrina de Engrácia Antunes sobre o tema específico dos contratos de adesão nas relações empresariais:

> "Por definição, tais contratos afastam o aderente de qualquer intervenção na definição do conteúdo negocial, uma vez que os potenciais clientes das empresas ficam apenas com a opção entre aceitar ou rejeitar em bloco o contrato padronizado e tal tipo de contratação coloca-os perante um verdadeiro dilema – celebrar o negócio, aderindo de olhos fechados às cláusulas preestabelecidas, ou rejeitá-lo, ficando privados do bem ou serviço pretendido."[14]

No âmbito dos contratos bancários, o fenômeno dos contratos de adesão é uma verdadeira realidade, tendo em vista que um dos seus princípios predominantes é a "rapidez", o corolário lógico é o recurso às cláusulas gerais e uso de contratos de adesão[15].

Nesse sentido, surge grande dúvida sobre como é possível a realização de arbitragem em contratos bancários, ainda que celebrados entre empresários, tendo em vista que é inafastável a natureza de adesão de tais contratos.

Essa mesma característica de rapidez e de padronização dos contratos bancários é acentuada pela doutrina francesa[16], assim como pela tradição norte-americana que, inclusive, incorporou essa matéria em seus manuais[17].

Para saber sobre a incidência ou não do art. 2º, § 4º, é necessário investigar se a contratação entabulada pelas partes deu-se nos moldes de um contrato

---

14 ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos contratos empresariais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 186.

15 "A adesão a cláusulas gerais dispensa todo um processo de negociação e dissipa dúvidas quanto à realidade acordada. Ela permite, ainda, decisões descentralizadas, dentro das instituições de crédito. Operações delicadas, com o cálculo do risco, ficam facilitadas no recurso a cláusulas gerais: estas postulam o prévio estudo, por sectores, dessa materia.
O contraponto de tudo isso é conhecido, em especial no que toca ao (não) conhecimento, pelos particulares aderentes, das realidades complexas que, lestamente, vão subscrever (...)." (MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de direito bancário*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 220)

16 "(...) la formation du swap suppose une particulière célérité des parties (...) un effort de codification des pratiques de marché a été mené aussi bien aux États-Unis et en Grande-Bretagne qu'en France, avec les Conditions généraux de la Fédération bancaire française pour les opérations de swap. Il s'agit là de modèles standardisés de contrats de swap, c'est-à-dire de contrats types auxquels parts à une opération conctuelle peuvent simplement renvoyer pour la dévfinition du régime applicable à leur swap. (...) On retrouve alors le caractère normatif du condtrat-cadre qui agit comme un instrument de simplification et de standardisation des relations contractuelles subséquentes." (COURET, Alain et al. *Droit financier*. Paris: Dalloz, 2012. p. 813)

17 "Like de mass production of goods, the mass production of contracts may serve the interest of both courts and parties, (...) they reduce uncertainty an save time and trouble; they simplify planning and administration an make superior drafting skills more widely available; and they make risks calculable and (increase) tat real security which is the necessary basis of iniciative and the assumption of foreseeable risks. (...) uniformity of contracts typically recurring in a business enterprise is an important factor in the exact calculation of risks (...). Finally, standardized contracts are often a 'take-it-or-leave-it proposition'." (FARNSWORTH, Allan e outros. *Contracts* – cases and materials. Foundation Press, 2013. p. 501)

padronizado por uma das empresas envolvidas, cujas consequências são a limitação da liberdade de fixação do conteúdo do contrato a uma das partes e a aceitação por completo por parte do aderente do conteúdo, para que possa ter acesso ao bem objeto do contrato.

No caso dos contratos bancários, ainda de natureza empresarial, existe espaço para negociação dos elementos mínimos que delimitam a forma como se dará a "troca" objeto do contrato, tal como taxa de juros, moeda ou índice de referência, marcos temporais, limites financeiros para eventuais variações e outras regras financeiras necessárias conforme a natureza da operação. Contudo, uma vez superada a fase de definição dos indexadores e elementos temporais que a operação levará em conta, a instituição financeira regulamenta as demais regras que incidirão na operação[18].

A *praxis* leva à conclusão de que a estruturação do contrato fica ao encargo da instituição financeira, que lança mão de seus instrumentos jurídicos para que a operação venha a ocorrer na forma por ela definida[19], conforme o produto financeiro negociado pelas partes.

O exemplo dos contratos bancários é excelente para compreender os contratos de adesão, tendo em vista sua natural padronização e identificação de "produtos", caracterizados por um conjunto de preceitos previstos contratualmente[20].

---

18 Nesse sentido, cumpre transcrever lição de Mário Júlio de Almeida Costa, que tem o seguinte conteúdo: "Porém, resultam da experiência contemporânea de todos os dias frequentes negócios que se caracterizam pelo facto de as respectivas cláusulas serem de antemão e unilateralmente predispostas por um dos contraentes. Este oferece ao público um modelo uniforme, de sorte que as pessoas que com ele queiram contratar ficam confinadas a uma aceitação ou rejeição pura e simples e em bloco, sem qualquer alternativa de debate. São as referidas cláusulas padronizadas que designam, sob influência alemã, *condições negociais gerais (allgemeine Geschäftsbedingungen – AGB*). Para o correspondente ou paralelo negócio, quer dizer, a respeito dos sucessivos vínculos singulares que se constituem com base nesse prévio modelo uniforme e abstracto, usa-se, devido à influência francesa, o nome de *contrato de adesão (contrat d'adhesión)*, não só nos direitos latinos (*contrato de adhesión, contratto di adesione*), mas inclusive nos sistemas da *common law (adhesion contract)*, posto que nestes últimos se empregue mais a expressão *contrato estandardizado (standard contract, standard form contract)*, tal como na terminologia alemã (*Standardvertrag)*. Parece efectivamente que as duas expressões podem ser encaradas como traduzindo uma única realidade, se bem que cada uma delas acentue um ângulo diverso: o da prévia formulação em abstrato das cláusulas contratuais e o da sucessiva formação das relações jurídicas concretas naquelas baseadas" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações.* 12. ed. rev e act. Coimbra: Almedina, 2009. p. 243-244).

19 Ainda com base na doutrina de Mário Júlio de Almeida Costa, importa transcrever o seguinte trecho: "De qualquer maneira, os sucessivos clientes apenas decidem contratar ou não, sem que nenhuma influência prática exerça na modelação do conteúdo do negócio. O dilema é este: ou se aceitam as cláusulas preestabelecidas, ou fica-se privado do bem ou serviço pretendido" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev e act. Coimbra: Almedina, 2009. p. 246).

20 WALD, Arnoldo e outros. Contrato de *swap*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, 2005, v. 28, p. 309.

Em que pese a existência de posicionamento doutrinário no sentido de que os contratos bancários de natureza empresarial não se constituam em contratos de adesão, tendo em vista que as partes, supostamente, têm a liberdade de negociar a estruturação mínima do negócio jurídico, entende-se que tal posicionamento, na prática, não é relacionado ao regramento da operação em si, mas, sim, em relação aos elementos mínimos (indexadores, prazos, etc.), sem os quais o contrato não tem como existir. Uma vez fixada a estrutura mínima para que o negócio jurídico possa vir a ser classificado como um contrato, seja de abertura de crédito, de captação de recursos, ou qualquer outra modalidade (inclusive os derivativos), o regramento das condições e dos demais elementos normativos é fixado unilateralmente pela instituição financeira, conforme sua política contratual.

É o que diz Engrácia Antunes ao analisar os contratos de *swap* e indicar que a padronização passa, muitas vezes, pela adoção de padrões internacionais, pois tais contratos "contêm um conjunto de condições gerais que virão a enquadrar e regular os diferentes contratos individuais de permuta financeira celebrados entre as partes: tais contratos-modelo são elaborados por organizações internacionais, com particular destaque para a ISDA – Internacional Swap Dealers Association"[21].

A circunstância de que o contrato seja caracterizado como de adesão, por sua vez, não afasta a possibilidade de estipulação do compromisso arbitral.

Arnoldo Wald, em artigo que trata sobre a reforma da Lei da Arbitragem, aborda o tema em questão sugerindo alteração no projeto para as hipóteses normalmente discutidas nas homologações de laudos arbitrais estrangeiros sobre as condições de eficácia, tendo em vista que as disposições legais do Direito brasileiro não permitem a adoção da arbitragem sem manifestação de vontade expressa[22].

A questão posta diz respeito ao modo como se pode caracterizar a "vontade expressa" por meio de um contrato de adesão.

José Emilio Nunes Pinto faz relativamente ao clássico julgado do STJ sobre a matéria afirmando que "não resta a menor dúvida de que aquela Corte andou bem em sua decisão. Diz-se em doutrina arbitral que a arbitragem é convencional em sua fonte e jurisdicional em seu desenvolvimento. Portanto, por ser convencional na fonte, a arbitragem, dentro do escopo para esta definida (direitos patrimoniais disponíveis), funda-se na autonomia privada que

21 ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*, p. 649.

22 WALD, Arnoldo. A reforma da Lei da Arbitragem (uma primeira visão). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, 2014, v. 40, p. 17.

se manifesta, primordialmente, pela celebração da convenção de arbitragem – cláusula compromissória ou compromisso, conforme seja o caso, em estrita observância às disposições contidas nos arts. 3º, 4º e 9º da Lei nº 9.307, de 23.09.96 – Lei de Arbitragem"[23].

A alternativa entre contratar do modo como está ou procurar outro parceiro no mercado caracteriza claramente um fenômeno que não está vinculado somente ao Direito, mas ao modo como a sociedade organiza sua atividade econômica em prol da eficiência.

A padronização das operações reduz substancialmente os custos de transação, pois basta que o departamento jurídico da empresa responsável pela circulação do produto elabore o contrato e defina suas condições. Os demais operadores, normalmente gerentes de conta, supervisores, etc., não precisam ter qualquer conhecimento jurídico, ou mesmo de redação contratual – basta preencherem os espaços em branco do formulário de adesão. Embora o formulário não seja pré-impresso, trata-se de formulário em que o operador pode unicamente alterar os campos específicos de natureza econômica, sem possibilidade de modificar o conteúdo das condições gerais definidas pelo departamento jurídico da empresa.

Esse processo de contratação tem elementos positivos indiscutíveis não só para quem oferece o produto como também para o aderente, em razão da redução dos custos de transação, agilidade para celebração de contratos, segurança das transações[24].

A cláusula compromissória precisa ser um ato de autonomia privada expresso, uma decisão do contratante em ver eventual conflito submetido à arbitragem. Por isso, considera-se que a simples inserção da cláusula compromissória no conjunto de regras que caracteriza um produto não é adequada ao grau de autodeterminação necessária para validade e eficácia da cláusula, tendo em vista que nos contratos de adesão há redução da *autodeterminação das partes na definição do regulamento contratual*, para usar a expressão de Joaquim de Sousa Ribeiro[25].

Porém, na hipótese de um contrato de adesão, deve-se aplicar o que a lei determina quanto aos mesmos e, sendo contratos de natureza empresarial, os três efeitos acima mencionados, entre eles o atendimento específico das condições para a instituição da arbitragem.

---

23 PINTO, José Emilio Nunes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, 2007, v. 13, p. 193.

24 ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos contratos empresariais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 184.

25 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato, as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.* Coimbra: Almedina, 2003.

A questão aqui abordada são os efeitos exigidos pelo legislador quando da tutela dirigida à parte aderente, notadamente por conta da dinâmica, como se desenrola determinada relação contratual.

O § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96 é expresso ao apresentar as exigências para que a cláusula arbitral tenha eficácia nos contratos de adesão. A previsão de compromisso arbitral em contrato de adesão somente surtirá os efeitos nela previstos se:

a) o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem;

b) o aderente concordar expressamente com a sua instituição por escrito em documento anexo; ou

c) o aderente concordar expressamente com a sua instituição, por escrito em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Espaço em que a padronização é essencial é o da Bolsa de Valores, mercado em que todos os instrumentos são de adesão, condição necessária para assegurar velocidade e segurança jurídica às operações econômicas. A esse propósito, veja-se, por exemplo, a cautela tomada pela Bovespa relativamente à necessidade de quem participa do mercado de capitais no *site* <http://www.bmfbovespa.com.br/Pdf/anuencia.pdf>, no qual há termo expresso para o aderente manifestar expressamente sua vontade de aderir à cláusula arbitral, atendendo aos requisitos da lei.

Assim, mesmo que os contratos operados em bolsa sejam de adesão, o aderente será submetido à arbitragem por conta da assinatura do termo acima referido, atendendo ao disposto no item "b", *supra*.

Observe-se que negritar o texto não é suficiente para considerar atendidas as exigências formuladas pelo legislador no § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96. Não atendido integralmente o requisito formal estabelecido pelo legislador, não cabe ao juízo arbitral afastar a garantia assegurada ao aderente pelo dispositivo legal *supra* mencionado, ainda mais quando o aderente discorda expressamente da resolução do conflito por meio da arbitragem[26].

Basta, portanto, ao empresário que queira submeter seus conflitos à arbitragem que promova de modo claro e inequívoco o atendimento dos itens

26 "Direito civil. Contrato de compra e venda de imóvel. Cláusula compromissória de arbitragem em contrato de adesão. Necessária observância da Lei de Arbitragem. Sentença. Extinção do feito sem resolução do mérito. Aplicação do art. 267, VII, do CPC. Recurso. Descabimento. Precedentes do STJ. Oportuno registrar que, ainda que se tratasse de contrato de adesão, a cláusula compromissória, no presente contrato, se apresentaria de maneira válida. Ela está em destaque, em negrito *e com visto das partes*." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento 1.159.653-DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 19.05.2010)

"b" ou "c", *supra*, para que as condições legais para a eficácia da arbitragem estejam atendidas.

Ora, o legislador simplesmente estabeleceu um dever ao contratante que elabora o regulamento contratual: *preserve a liberdade contratual*, mediante a informação clara e irrestrita de que o aderente está renunciando ao direito fundamental de acesso aos tribunais, mediante adesão à arbitragem.

Observe-se aqui que a estrutura normativa contida no art. 2º, § 4º, da Lei é um pouco diferente da estrutura do texto.

A lei estabelece requisitos para eficácia da cláusula. A norma que está por detrás da lei estabelece deveres ao responsável pela elaboração do contrato, sob pena de ficarem os efeitos da cláusula submetidos à vontade do aderente, pois não tendo atendido aos itens "b" e "c", *supra*, restará o item "a", que é a opção do aderente em instituir ou não a arbitragem.

A técnica é similar ao disposto no art. 423 do Código Civil, que determina interpretar o contrato favoravelmente ao aderente.

Repita-se: a questão posta não diz respeito à assimetria entre os sujeitos de direito (quem são as partes), mas à assimetria no processo de contratação (parte como núcleo de interesses), no qual há um responsável pela elaboração do regulamento contratual e o aderente.

A lei é clara: a eficácia da cláusula depende do atendimento de um dos requisitos do § 4º do art. 2º da Lei da Arbitragem, para que não exista dúvida que houve declaração de vontade específica sobre a instituição da arbitragem.

Não se nega que a discussão aqui travada está em torno de um elemento formal. Porém, o elemento formal é a prova de que houve manifestação de vontade válida e clara sobre a renúncia à jurisdição, mediante adoção da arbitragem, razão pela qual não se pode fazer letra morta da lei, especialmente em questão tão delicada relacionada à liberdade contratual.

A solução dos conflitos entre as partes somente poderá ser retirada do seu curso normal (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – via Poder Judiciário) caso não haja qualquer dúvida sobre a liberalidade das partes em prever a solução daqueles via procedimento arbitral.

São da natureza do instituto arbitral a autonomia privada e a adoção pelas partes desse modo de solução dos conflitos. Faz parte da essência da arbitragem a manifestação livre e consciente da vontade de a ele se submeter[27].

---

27 FERREIRA, Marcus Vinicius Vita. Da validade da convenção arbitral em contratos de adesão decorrentes de relação de consumo e a recente jurisprudência do STJ. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, 2013, v. 37, p. 503.

A questão posta diz respeito à prática negocial no âmbito das relações bancárias, padronizadas de modo a assegurar segurança e eficiência, não sendo possível um formulário de adesão que não atendeu aos ditames da Lei da Arbitragem obter benefício de eventual obscuridade.

Na dúvida, o instrumento deve ser interpretado favoravelmente ao aderente, inclusive quanto a esse aspecto da legibilidade e do destaque necessário da cláusula para atendimento das disposições do art. 4º, § 2º, da Lei da Arbitragem.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de manifestar-se sobre a matéria, merecendo destaque inicial o voto do Exmo. Ministro Nelson Jobim no AgRg na SE 5.206-7:

> "Há, no entanto, uma única hipótese em que a lei exige, em qualquer caso, a manifestação expressa sobre a instituição da arbitragem.
>
> É o caso dos contratos de adesão.
>
> A cláusula compromissória, seja de que tipo for, '(...) só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição (...)'.
>
> É o § 2º do art. 4º.
>
> A exceção é relevante.
>
> Evita-se a imposição unilateral da arbitragem em contratos em que, sabidamente, não há opção efetiva do aderente.
>
> A lei é sábia.
>
> Preserva a parte, neste tipo de contrato.
>
> *As cláusulas compromissórias em contrato de adesão não têm a mesma força que as demais*." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7, Rel. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, j. 12.12.01)

Do mesmo modo, há decisões de vários tribunais do país no mesmo sentido, considerando como essencial uma manifestação de vontade expressa como condição de eficácia da cláusula compromissória[28].

---

28 "Nos termos do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96, a cláusula compromissória nos contratos de adesão só terá eficácia se estiver em negrito, ou em instrumento apartado, com a assinatura ou visto do aderente, manifestando a sua vontade de instituir o compromisso arbitral. De tal sorte, comprovada a natureza de adesão dos contratos analisados nos autos e não tendo a cláusula arbitral sido negritada ou destacada, bem como não existindo manifestação expressa de vontade dos aderentes à instituição do juízo arbitral, há que se reconhecer a invalidade da referida cláusula e a inadequação da decisão que extinguiu o processo sem resolução de mérito, com fundamento na impossibilidade de acionamento do juízo estatal." (Minas Gerais, Tribunal de Justiça, Ação Cautelar 10024095855227001, Rel. Arnaldo Maciel, unânime, j. 02.04.2013)

O fenômeno acima, muito bem observado pela doutrina contratual norte-americana e inglesa no âmbito dos contratos comerciais, também pode ser visto na doutrina que tem se debruçado sobre a boa-fé e sobre a problemática da finalidade econômica e social dos contratos, como recursos hermenêuticos desenvolvidos pela doutrina desenvolvida no sistema romano-germânico.

Talvez o excesso de preocupação com uma espécie de "consumerização" que ocorre no Direito brasileiro e a reação dos estudiosos do Direito Comercial em relação a esse processo tendem a valorizar mais os formulários que os verdadeiros *undertakings* realizados pelos empresários.

Esse, porém, não parece o melhor caminho, tendo em vista os limites estreitos e a impossibilidade de restauração de uma ultrapassada noção de contrato, que está mais próxima dos romanos que das reais negociações.

Foi justamente no âmbito do mercado de capitais que Roger Brownsword, um dos mais importantes estudiosos do Direito Contratual contemporâneo, ana-

---

"INDENIZAÇÃO. Autor que celebrou contratos de cessão de mega loja virtual e de agente de vendas por indicação que encobrem sistema de 'pirâmide', vedado pelo ordenamento jurídico. Existência de cláusula arbitral no contrato. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Cláusula arbitral. Impossibilidade. *Contrato de adesão que exige redação da cláusula arbitral em destaque e anuência expressa do contratante. Exegese do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9503/96. Sentença cassada*. Julgamento do mérito da causa, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC. Objeto contratual ilícito, nos termos da Lei nº 1.521/51. Negócio nulo (art. 166, II, do CC). Patente dever de ressarcimento dos valores adimplidos pelo autor. Danos morais não caracterizados. Mero aborrecimento, decorrente da própria cobiça do autor, que não enseja reparação. Ação julgada parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido." (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação 1512125020098260100, Rel. Moreira Viegas, unânime, j. 18.07.2012)

"Agravo de instrumento. Representação comercial. Contrato de adesão. Cláusulas compromissória e eletiva de foro. Evidente desvantagem do representante, parte hipossuficiente. Ineficácia (arts. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e 39 da Lei nº 4.886/65).

1. A natureza jurídica do contrato de adesão não advém, primariamente, do teor das suas cláusulas em si mesmas, senão das circunstâncias concretas em que negociada e celebrada a avença.

Por isto mesmo, de nada serve, para configurar a paridade dos contraentes na definição do teor da avença, a cláusula que simplesmente afirme esse pé de igualdade – visto que poderia, ela própria, ter sido incluída ao bel prazer do estipulante, sem que o aderente pudesse discuti-la.

2. *Prova-se o contrato como de adesão pela disparidade econômica e negocial entre as partes contratantes, pela ausência de mínimo indício de prévia discussão das estipulações contratuais e pela inverossimilhança de que o representante (se estivesse em paridade de armas com o representado) estipulasse cláusulas compromissória e eletiva de foro tão desvantajosas a si mesmo, e tão vantajosas à parte contrária.*

3. Por força do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem), 'nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula'.

4. A hipossuficiência econômica da parte aderente, bem como o art. 39 da Lei nº 4.886/65 (Lei da Representação Comercial), afasta a competência territorial do foro eleito em contrato de representação comercial por adesão, em prol do foro legal (domicílio do representante).

5. Os documentos destinados à prova dos fatos constitutivos do direito, desde que não indispensáveis ao ajuizamento da demanda, podem ser apresentados em qualquer momento da instrução processual. Precedentes do STJ." (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento 0058840-18.2011.8.19.0000, Rel. Marcos Alcino de Azevedo Torres, unânime, j. 13.03.2012)

lisou os casos *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society* e *Mannai Investiments Co v. Eagle Star Assurance, 1997,* tratando sobre a necessidade de uma interpretação contratual que faça sentido no mundo dos negócios (*business sense*), conforme as práticas comerciais[29].

A proteção da autonomia privada concretiza-se pela atribuição de efeitos aos ajustes efetivamente realizados, nos seus limites e no seu contexto, não sendo possível admitir, em pleno século XXI, que os formulários unilaterais governem uma relação tão rica de detalhes como a que foi estabelecida entre as partes.

Admitir que a relação comercial deva ser regida por formulários não assinados ou que se ignore os ajustes realizados pela ausência de formulários representa algo similar a tentar aplicar o Direito do Consumidor às relações comerciais.

Retomando a análise do caso na perspectiva do texto de Roger Brownsword, ao analisar um caso muito similar ao posto neste processo, sobre os efeitos de uma notificação no curso de um contrato e o sentido que se pode atribuir ao texto escrito, o autor afirma que o significado das palavras segundo o dicionário e a gramática é apenas uma parte do problema contratual. A outra parte é o conhecimento do *background* contrastado com a expressão do texto. É o *background* que permite entender as palavras para além do dicionário e entender o que o autor do discurso está dizendo, sempre sem ambiguidades, ainda que use as palavras erradas[30].

Conclusão

Sem dúvida, a ampliação das hipóteses de arbitragem como meio de solução dos conflitos é alteração positiva dentro do quadro de deficiência de recursos materiais para que o Poder Judiciário atenda todas as demandas que lhe são apresentadas. Porém, não é o que dispõe a lei vigente.

Uma das vantagens que a arbitragem tem propiciado é justamente uma postura mais firme diante do texto legal, contribuindo para a segurança jurídica e decisões que colmatem melhor os conflitos sociais.

Nesse sentido, o trabalho de Stewart Macaulay já indicava, no ano de 1963, a insuficiência dos formulários como técnica de organização da empresa, denunciando pela primeira vez a *batle of forms*, fazendo referência à riqueza da

29 BROWNSWORD, Roger. After investors: interpretation, expectation and the implicit dimensions of the new contextualism. In: COLLINS, Hugh (Org.). *The implicit dimension of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 121.

30 *Idem*, *ibidem*, p. 111.

vida comercial e à incompatibilidade entre o conteúdo dos ajustes reais entre as partes e os *planning documents or paper deals*[31].

Foi a obra de Macaulay que Grant Gilmore[32] afirma ter sido a responsável pela morte do contrato, ou, ao menos, de uma determinada teoria contratual nascida a partir da pandectística alemã ou da teoria de Holmes, baseadas em premissas formais que não são as premissas do Direito Comercial.

Em trabalho mais recente, da década de 1990, Macaulay acentua a importância da dimensão implícita dos contratos, reiterando que o problema por ele identificado na década de 1960 continua, sendo que agora o que está posto não diz respeito ao reconhecimento do fenômeno da falta de reflexo entre o *real and formal deal*, mas na problemática jurídica de interpretar na realidade negocial o conteúdo dos deveres das partes. A perspectiva é de que o contexto da contratação possui elementos muito ricos para permitir aos aplicadores do Direito conceber quais foram os verdadeiros entendimentos das partes[33].

Nesse sentido, as dificuldades que o Poder Judiciário possui de falta de tempo e recursos são importantes limitadores para que as relações comerciais possam ser compreendidas de modo claro e profundo, para que a arbitragem possa contribuir de modo substancial, não obstante o inafastável fenômeno dos contratos de adesão, claramente compatível com a arbitragem, desde que o responsável pela conformação do produto contratual atenda às disposições legais de eficácia da cláusula compromissória.

Bibliografia

ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos contratos empresariais*. Coimbra: Almedina, 2009.

BRANCO, Gerson. O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. *Revista dos Tribunais*, v. 872/2008, p. 11-42, jun. 2008.

BROWNSWORD, Roger. After investors: interpretation, expectation and the implicit dimensions of the new contextualism. In: COLLINS, Hugh (Org.). *The implicit dimension of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*, new series, v. 4, n. 16, 1937, p. 386-405.

31 MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, february 1963.

32 GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio, 1974.

33 MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: COLLINS, Hugh (Org.). *The implicit dimension of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 103 e ss. Do mesmo modo em: BROWNSWORD, Roger. *Contract law*. Themes for the twenty-first century. Oxford: Oxford University Press, 2006.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev e act. Coimbra: Almedina, 2009.

COURET, Alain et al. *Droit financier*. Paris: Dalloz, 2012.

FARNSWORTH, Allan e outros. *Contracts* – cases and materials. Foundation Press, 2013.

FERREIRA, Marcus Vinicius Vita. Da validade da convenção arbitral em contratos de adesão decorrentes de relação de consumo e a recente jurisprudência do STJ. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 37, 2013, p. 503.

FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009.

GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio, 1974.

LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, february 1963.

_____. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: COLLINS, Hugh (Org.). *The implicit dimension of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, v. 55, 2012.

MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de direito bancário*. Coimbra: Almedina, 2010.

PINTO, José Emilio Nunes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, 2007. v. 13.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Prefácio. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. v. 1.

RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*. Milano: Giufrè, 1990.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato, as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

ROPPO, Enzo. *Contratti standard*. Autonomia e controlli nella disciplina dele attività negoziali di empresa. Milano: Giuffrè, 1989.

WALD, Arnoldo. A reforma da Lei da Arbitragem (uma primeira visão). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, 2014, v. 40, p. 17.

WALD, Arnoldo e outros. Contrato de *swap*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, 2005, v. 28, p. 309.

Reflexões Iniciais (e Breves) sobre o Artigo 136-A da Lei das Sociedades Anônimas e a Natureza do Estatuto da Sociedade e da Cláusula Compromissória

Luis Renato Ferreira da Silva

Mestre em Direito pela UFRGS; Doutor em Direito pela USP; Professor Adjunto de Direito Empresarial – UFRGS; Sócio de TozziniFreire Advogados.

SUMÁRIO: I – Do Tema, da Estrutura e das Razões do Presente Artigo; 1 A Atualidade do Tema; 2 O Objetivo das Presentes Reflexões; 3 A Estrutura do Artigo. II – A Extensão Subjetiva da Cláusula Compromissória Inserta em Estatuto Social e a Solução do Art. 136-A da LSA; 4 Dos Argumentos Contrários à Arbitrabilidade Subjetiva de Certos Sócios; 5 Da Solução Encontrada pelo Art. 136-A; 6 Da Parcialidade da Solução Adotada. III – Da Natureza Jurídica dos Estatutos Sociais e da Cláusula Compromissória – Conexão Contratual; 7 Do Argumento Contrário à Extensão Subjetiva Ampla que Sobreviveu à Edição do Art. 136-A e da sua Superação; 8 Da Coligação Contratual; 9 Dos Estatutos e da Convenção de Arbitragem como Negócios Jurídicos Normativos de Organização. IV – Considerações Finais; 10 Das Considerações Primeiras sobre como Superar o Impasse que Parece Não Ser Superado pelo Texto do Art. 136-A; 11 Bibliografia Consultada.

I – Do Tema, da Estrutura e das Razões do Presente Artigo

1 A Atualidade do Tema

Um tema que vem causando discussão doutrinária, tanto entre arbitralistas quanto entre comercialistas, é a inclusão de cláusula compromissória em estatutos de sociedades anônimas. Vários textos de excelente qualidade e autoria renomada têm versado sobre o assunto, o que faz com que pareça tautológico tratá-lo[1].

1 Com excelentes resumos das posições contrárias e favoráveis e com posições pessoais, entre outros: ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *RDM 129/136*; ROSSI, Lívia. Arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. *RDM 129/186*; ACERBI, Andrea Goes. A extensão dos efeitos da cláusula arbitral compromissória nos estatutos das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 181/231; LICATTI, Taissa Macaferri. Influência e aspectos relacionados

Nada obstante, o ponto sempre em aberto acerca da arbitrabilidade subjetiva (e que faz com que várias das posições sejam antagônicas), em se tratando de cláusula compromissória inserida em estatutos sociais, instiga uma nova reflexão.

Isto porque a reforma da Lei de Arbitragem pela recente Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, produziu alteração na Lei nº 6.404/76 (LSA) para introduzir o art. 136-A e seus parágrafos.

Este dispositivo visa ultrapassar as oposições feitas pelos doutrinadores que tinham uma posição restritiva em relação à extensão da referida clásula a todos os acionistas (presentes e futuros) da S/A.

A anterior alteração produzida na LSA pela Lei nº 10.303/01 – que introduzira no art. 109 o § 3º com a permissão para que os estatutos contivessem a cláusula compromissória – não minimizara os antagonismos. Ao contrário, suscitara-os ao tornar o tema explícito dentro da LSA.

2 O Objetivo das Presentes Reflexões

O objetivo deste artigo – dada a recenticidade da norma alteradora da LSA – é ver se o art. 136-A atende ao desiderato ou se ainda é passível de alguma dúvida. Em sendo, como já antecipo parece ser, como superá-la a fim de que se tenha a plenitude do juízo arbitral nas sociedades, até porque este é o ramo em que historicamente sediava-se a arbitragem societária no direito brasileiro[2]. Isto para não se mencionar o aspecto prático relevante nas disputas societárias.

à inserção da cláusula compromissória arbitral nos estatutos sociais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 233/279; STEIN, Raquel. *Arbitrabilidade no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014; MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quatier Latin, 2001; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002; CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S.A. comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação 4/82*; LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação 6/11*; LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária (II) (Anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação 7/46*; LAMANARES, Patrícia Paoliello. Arbitragem no direito societário: reflexões sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória inserida em contrato e estatuto sociais. *Revista Brasileira de Arbitragem 38/46*; CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem 28/30*.

2 Relembrando que a dicção original do art. 294 do Código Comercial de 1850 previa a obrigatoriedade do uso da arbitragem ("Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral"). Isto voltava a ser reiterado no art. 20 do Título Único do Código Comercial ("Serão necessariamente decididas por árbitros as questões e controvérsias a que o Código Comercial dá esta forma de decisão"). Ainda que sua vida como forma obrigatória tenha sido efêmera, visto que a Lei nº 1.350, de 1866, tenha revogado

Desde já antecipo meu entendimento no sentido da extensão subjetiva da cláusula para aqueles que votaram contra a inclusão, abstiveram-se ou mesmo ingressaram em momento posterior, isto ainda que não tivéssemos texto igual ao atual art. 136-A e apesar do seu texto, que, a meu juízo, não afasta algumas das críticas existentes à matéria.

Os fundamentos que pretendo expor permanecem em vigor, evidentemente que mais respaldados pela alteração, em que pese a mesma ainda ter, se interpretada literalmente, algum espaço hermenêutico para restrições.

É que não foi, no meu entender, o texto de lei que acabou por estender a abrangência subjetiva. A mesma já existia e sua justificativa reside na natureza do compromisso arbitral ou da cláusula arbitral, especialmente quando conectado com o estatuto social.

3 A Estrutura do Artigo

Daí que estas iniciais (e breves) considerações serão desenvolvidas em duas partes. A primeira tratando da problemática da cláusula inserta em estatutos sociais e a forma como o art. 136-A pretendeu resolvê-la. A segunda examinando o tema à luz do enquadramento teórico dos negócios jurídicos (*lato sensu*) envolvidos na matéria.

II – A Extensão Subjetiva da Cláusula Compromissória Inserta em Estatuto Social e a Solução do Art. 136-A da LSA

4 Dos Argumentos Contrários à Arbitrabilidade Subjetiva de Certos Sócios

Dentre os argumentos contrários à extensão da arbitrabilidade subjetiva quando a cláusula encontra-se inserta em estatutos sociais, geralmente elencam-se três.

---

tal obrigatoriedade ("Art. 1º Fica derogado o Juizo Arbitral necessario, estabelecido pelo artigo vinte titulo unico do Codigo Commercial. § 1º O Juizo Arbitral será sempre voluntario mediante o compromisso das partes. § 2º Podem as partes autorizar os seus arbitros para julgarem por equidade independentemente das regras e fórmas de direito"). A regulamentação contida no Decreto nº 3.900, de 1867, acabou por deixar plasmado o caráter de mera promessa da cláusula compromissória que não contivesse os requisitos específicos (nome dos árbitros, âmbito do litígio, prazo para a decisão, permissão de recurso, pena para caso de recurso, autorização para julgamento por equidade e possibilidade de nomeação de terceiro árbitro) e, ainda mais significativamente, determinava a extensão de tal condição para os estatutos das companhias ("Art. 9º A clausula de compromisso, sem a nomeação de arbitros, ou relativa a questões eventuaes não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial accordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º senão tambem sobre as declarações do art. 10. Paragrapho unico. Esta disposição é extensiva aos estatutos das companhias ou sociedades anonymas"), com isto sedimentando os fundamentos para que a doutrina e a jurisprudência vissem na cláusula mero pacto de compromisso e atrasando a efetividade da via arbitral até o advento da Lei nº 9.307/96.

O primeiro diz respeito à natureza contratual da convenção de arbitragem requer a manifestação de vontade dos que a ela se submetem.

O segundo pertine ao fato de que tal declaração de vontade importa na renúncia de um direito fundamental – o acesso ao Poder Judiciário –, que não pode ser presumida.

O terceiro decorre do fato de que a natureza contratual da cláusula não seria, como o estatuto, um contrato plurilateral, mas uma pacto parassocial, e, portanto, por força da relatividade dos contratos, insuscetível de atingir terceiros (demandando, dada sua natureza adesiva, os requisitos exigidos para validade da arbitragem em contratos de adesão).

Os argumentos são bem construídos, em especial pela autoridade dos que os sustentam, entre os quais cabe destacar nada menos que Modesto Carvalhosa, Nelson Eizirik e Luiz Leonardo Cantidiano[3].

Nelson Eizirik, em seus excelentes comentários à Lei das Sociedades Anônimas, arrefece a posição inicialmente adotada[4] restringindo a inaplicabilidade ao caso dos acionistas que se manifestaram contrariamente à alteração do estatuto que insere cláusula compromissória em momento posterior ao da fundação da companhia. Nessa posição, o conselho do renomado autor era visionário, propugnando que se seguisse o caminho da legislação italiana de 2003, que permitiu tal inserção (ainda que apenas nas companhias fechadas) assegurando o direito de recesso aos dissidentes (o que, como se verá, foi o caminho do novo art. 136-A).

Modesto Carvalhosa, por sua vez, manteve a posição discordante[5], entendendo que apenas aqueles que expressamente se manifestarem sobre a cláusula, a ela aderindo, vinculam-se. E o argumento que o convence reside na natureza parassocial da convenção de arbitragem, não sujeita, por isso, à eficácia vinculante dos estatutos.

Já Luiz Leonardo Cantidiano vai além do último posicionamento de Nelson Eizirik, alinhando-se com Modesto Carvalhosa, vez que entende que os ausentes ou silentes devem firmar termo de adesão ao estatuto para que possam se submeter à cláusula arbitral[6].

---

3 Na obra citada, *A Nova Lei das S/A*, os autores enfaticamente refutam extensão para quem não aprova ou adere expressamente a clásula. Os argumentos estão construídos nas páginas 178 a 206.

4 *A Lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I. p. 609 a 619.

5 *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 347 a 357.

6 Luiz Leonardo Cantidiano manisfesta os seus argumentos no livro citado (*Reforma da Lei das S.A. comentada*), especialmente na página 119.

Em resumo, o que está posto é basicamente o problema da declaração de vontade, bem como a natureza da convenção de arbitragem, que não comungaria da natureza do Estatuto.

5 Da Solução Encontrada pelo Art. 136-A

A solução encontrada pela lei, ao introduzir o art. 136-A, seguiu a premonitória sugestão de Nelson Eizirik, seguindo, parcialmente, a solução italiana, que exigiu *quorum* maior – dois terços – e que a companhia, como dito, fosse fechada[7].

Previu-se a exigência de maioria qualificada (representada pelo mínimo de metade do capital votante) para que haja a vinculatividade de todos os acionistas. Ao dissidente concedeu-se o direito de retirada, tal qual a previsão para outros incisos do art. 136 e previstos no art. 137.

Essas garantias (previstas no *caput* e no § 1º) resolvem a questão quanto aos acionistas dissidentes, ausentes ou silentes e que já eram acionistas da empresa, especialmente porque é expresso em referir-se a *todos* os acionistas.

Os incisos do § 2º, por sua vez, elidem o direito de recesso caso:

(i) a inclusão se deva à obrigatoriedade da mesma para que a companhia possa ser listada em segmento da bolsa ou do mercado de balcão e que assegure dispersão acionária mínima de 25%; ou

(ii) a inclusão se dê em companhias abertas que atendam aos critérios de liquidez e dispersão tal qual definidos nas alíneas *a* e *b* do inciso II do art. 137.

6 Da Parcialidade da Solução Adotada

A leitura conjunta do dispositivo não resolve, na sua literalidade, a oposição no sentido de que, sendo pacto parassocial e direito do acionista, deve haver adesão expressa dos novos acionistas. Estes não puderam exercer o direito de recesso, que protegeria a vontade dos acionistas dissidentes.

Aliás, nem eram acionistas para sofrerem os efeitos da decisão e, sempre seguindo as críticas antes feitas, sendo pacto parassocial, não estariam aderindo sem a expressa referência à convenção arbitral.

Vê-se que, dentro da racionalidade antes exposta, não parece ser nem a criação do direito de recesso especial, nem a referência aos acionistas que resolveria as críticas existentes.

---

7 Para um exame recente da matéria, por todos: DALMOTTO, Eugenio. *L'arbitrato nelle società*. Turim: Zanichelli, 2013.

Nesse sentido, um exame das exceções nos casos de companhias abertas no § 2º do art. 136-A indica que a proteção não é a suposta vontade expressa, pois não haverá o direito de recesso se o interesse da companhia (ver-se listada em segmento do mercado que exija convenção arbitral) sobrelevar ao do acionista individualmente, bem como asseguram-se mais a dispersão e a liquidez como forma de garantia dos acionistas do que a proteção formal da sua deliberação.

Ou seja, as exceções demonstram que o valor protegido é a livre-circulação das ações, com liquidez e dispersão, sendo estes maiores do que a manifestação expressa de vontade, pois em companhias abertas e listadas em certos setores a vontade contrária da parte não lhe dará o direito de recesso.

Se é assim, das duas uma: ou a estes acionistas não deveria ser aplicada a cláusula compromissória, pois eles não poderiam "defender-se" pelo direito de recesso, ou então a manifestação expressa da vontade não é o valor primariamente protegido pela lei[8].

Diante destes argumentos, não parece que a criação do art. 136-A tenha como maior virtude esclarecer algo que sempre foi claro para os que defendiam a extensão subjetiva da convenção a todos os acionistas presentes e futuros. Tampouco adianta para mitigar os argumentos daqueles que eram contrários à extensão sem expressa referência, apenas alijando da oposição destes os acionistas que manifestaram-se contra ou que poderiam tê-lo feito e que não exerceram o direito de recesso.

A existência das exceções referidas prejudica o argumento de que a criação do direito de recesso visa proteger a vontade expressa das partes, isso porque, se fosse para tanto, não poderia haver exceções ao seu exercício.

O fato de a lei ter se inspirado no modelo italiano, que prevê o *quorum* qualificado de dois terços e assegura o recesso, mostra como as adaptações de modelos sem as devidas ponderações, adotando-os por partes, podem trazer problemas.

A contradição que apontei acima pelo fato de existirem exceções não impregna o sistema italiano, haja vista que o mesmo (i) não as contém, mas, fundamentalmente, porque (ii) não se aplica às companhias abertas.

---

8 Nesse ponto tem razão Modesto Carvalhosa ao afirmar que, se tratando de dispositivo topologicamente situado entre os direitos essenciais dos acionistas, não se pode compreender como dever. Se, no caso, o sistema de garantia de defesa do direito essencial comporta exceções, a sua submissão não mais seria um direito ("[...] se não fosse por razões de natureza constitucional e legal [Lei nº 9.307/96], a matéria está expressamente inserida no presente art. 109, que trata dos direitos subjetivos especiais dos acionistas, não se podendo transmudá-lo em 'obrigação' dos sócios". *A Lei*..., ob. cit., p. 347).

Assim, o sistema italiano visa realmente proteger a vontade das partes e o faz de forma eficaz, pois o direito de recesso é abrangente o suficiente para permitir a satisfação das inconformidades.

A opinião que estou defendendo, portanto, é a de que a opção de criação de um direito de recesso não é a solução teórica necessária para assegurar a manifestação hígida da vontade plena para a inserção da cláusula compromissória nos estatutos.

A justificativa, a meu juízo, reside na natureza coligada da convenção de arbitragem com o estatuto, importando em que o mesmo tenha aplicação a todos os que submetem aos seus regramentos – o que passo a examinar na segunda parte deste artigo.

III – Da Natureza Jurídica dos Estatutos Sociais e da Cláusula Compromissória – Conexão Contratual

7 Do Argumento Contrário à Extensão Subjetiva Ampla que Sobreviveu à Edição do Art. 136-A e da sua Superação

O argumento dos que pensam em contrário que mais me sensibiliza é a sustentação de que a convenção é pacto parassocial. Em sendo assim, efetivamente, o princípio da relatividade dos contratos impediria a sua extensão automática pela submissão ao estatuto.

Neste sentido, se for verdadeira a premissa adotada, efetivamente a conclusão também o será. Pode-se resumir o fundamento na seguinte passagem: "Não há uma unidade jurídica entre a cláusula compromissória e as normas organizativas constantes do estatuto social. A cláusula compromissória estatutária não afeta o direito dos acionistas não pactuantes. Não há oponibilidade dessa cláusula aos direitos essenciais dos acionistas que não estão vinculados aos seus termos por expressa manifestação individual de vontade"[9].

Para que este argumento não seja suficiente a barrar a extensão que, como acima dito, entendo existente, é preciso solucionar o problema pelo exame da natureza do estatuto e da sua relação com a natureza da convenção de arbitragem.

Isso conduz à segunda parte destas breves considerações em que se pretende examinar esses dois pontos e conduzir a uma conclusão, ainda que, como ponderei no início do artigo, seja provocada no calor da edição da normativa.

---

9 CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei...*, ob. cit., p. 197.

8 Da Coligação Contratual

A cláusula compromissória é um pacto anexo que se prende ao contrato principal em que está inserto. Em algum grau, essa conexão tem natureza acessória[10] em decorrência da sua extensão estar vinculada ao contrato que a contém e deduz-se da própria definição legal que o art. 4º da Lei de Arbitragem lhe dá[11].

Conforme Orlando Gomes[12], esteado no ensinamento de Enneccerus, a união de contratos pode ser meramente externa (ou instrumental, pois apenas se valem do mesmo instrumento), com dependência (quando se estabelece uma interpenetração dos vários tipos contratuais) ou então alternativa (em que apenas um dos contratos subsistirá no futuro).

No caso das uniões dependentes (entre as quais encontra-se a inclusão da cláusula compromissória em estatuto de sociedade anônima), há uma subdivisão entre contratos com dependência recíproca (em que um contrato não subsiste sem o outro) ou com dependência unilateral (no qual um dos contratos não existe sem o outro, mas no qual a recíproca não é verdadeira). Embora aqui os contratos conservem sua unidade, há uma teleologia comum que não afetará as regras incidentes, mas, sim, a interpretação que se venha a dar ao escopo comum que ambos os contratos buscam.

Neste sentido, Carlos Nelson Konder refere que o grau de conexão se dá, às vezes, por força expressa da autonomia da vontade e, às vezes, é "a própria espécie contratual que impõe a aplicação de uma normativa típica. Uma vez que a cuidadosa análise qualificadora do intéprete revela a aplicabilidade das normas referentes a um determinado tipo, por vezes a própria regulamentação do tipo impõe a conexão"[13], sendo o exemplo que utiliza, justamente, a cláusula compromissória.

---

10 Sustentando que o enfoque principal não é a relação de acessoriedade, mas nem por isto destoando da relação de conexão e unitariedade existente: CRAVEIRO, Mariana Conti. Cláusula arbitral e pacto parassocial: algumas contribuições do direito societário para a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem 42/57*. "Mais do que enxergar negócios jurídicos coligados e enfatizar a relação de acessoriedade entre eles, é fundamental ter em conta essa dimensão unitária do fenômeno societário que atendem (...)". Igualmente referindo que a cláusula possa assumir caráter autônomo: NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9/58. Não discordo cabalmente dessa posição, mas tenho para mim que, em alguns casos, há uma intensidade de dependência maior, especialmente nos contratos normativos de organização como o estatuto.

11 "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."

12 *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 121/122.

13 *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 186.

Isso faz com que, muitas vezes, a conexão conduza ao que o autor recém citado chama de "parâmetro interpretativo mais amplo", e que pode, entre outros efeitos, afetar a qualificação do contrato e a determinação da legislação aplicável[14].

Não é diferente a posição de Francisco Paulo De Crescenzo Marino[15], para quem "diante de uma coligação é preciso indagar se o contrato coligado, apesar de passível de recondução ao conceito de tipo previsto em lei, não se diferencia do tipo empírico subjacente à regulação legislativa. Nessa hipótese, não obstante a possibilidade de qualificar o contrato *in concreto* como pertencente ao tipo em questão, justifica-se a inaplicabilidade de parte da regulação a ele correspondente".

9 Dos Estatutos e da Convenção de Arbitragem como Negócios Jurídicos Normativos de Organização

Transpondo tais ideias para o caso da conexão estatuto-cláusula compromissória, a sua logicidade se acentua, pois ambos os negócios jurídicos comungam da mesma natureza. Ambos podem ser reconduzidos à categoria dos chamados negócios jurídicos normativos de organização.

Certo que se discute a natureza jurídica da sociedade (discussão também extensamente travada na doutrina), mas não menos certo é que se tem considerado dominante a tese de Tullio Ascarelli[16]. E ainda que a nomenclatura "contratos plurilaterais" possa sofrer restrições ou moficações (para que se denomine a figura de contratos associativos, contratos de colaboração, contratos de organização), o certo é que as características básicas têm prevalecido.

O contrato de sociedade, conduzido à noção de contrato plurilateral, entretanto, contém-se em uma subdivisão a que podem ser submetidos os contratos plurilaterais, a saber: contratos de formação de uma estrutura que pode ser (a) aberta ou (b) fechada.

No primeiro tipo, a característica reside em que o quadro dos contratantes não admite alterações sem que ele se altere (é o caso das socidedades de pessoas em geral; a limitada, em especial). Já o segundo tipo admite o ingresso de mais partícipes, bem como a sua alteração sem que se afete a estrutura criada, pois

---

14 KONDER, Carlos Nelson. Ob. cit., p. 209: "Um contrato que sozinho conduziria o intérprete a submetê-lo às normas gerais do Código Civil pode receber a tutela de uma legislação especial, claramente aplicável a um contrato com ele conexo".

15 *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 182.

16 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ela é aberta a sucessivas manifestações volitivas. Esses contratos plurilaterais de estrutura aberta ou fechada costumam exemplificar-se nos contratos associativos.

Francesco Realmonte, valendo-se da doutrina de Francesco Galgano, conclui que a característica básica a diferenciar uma modalidade da outra é o fato da natural alteração subjetiva enquanto na outra há uma episódica alteração[17].

Nestes contratos, a multiplicidade de partes ao longo do tempo integra sua própria finalidade, por isso Juan María Farina afirma que uma de suas características é a formação contínua de vontade por manifestações sucessivas[18].

Ao examinar a natureza do estatuto da sociedade, Nelson Eizirik o define, valendo-se da classificação acima, como sendo um "contrato normativo de organização"[19]. Isto porque para o atingimento do fim, para o "adimplemento" do contrato de sociedade, há de se estabelecer uma estrutura organizada, criando-se "uma organização capaz de estruturar de forma mais eficiente as relações jurídicas que envolverem a sociedade"[20].

São os dois elementos indissociáveis do contrato de sociedade que, no caso da sociedade anônima em que a lei não diferencia categoricamente do estatuto[21], importam em presença constante sob pena de não atingimento do fim desejado: a estruturação de normas e de uma organização, isto porque a "(...) ideia de estrutura está intimamente ligada à de organização, como indiciar a arrumação, a ordenação e sistematização de elementos diversos, de maneira a se obter determinados resultados, definindo competências e funções que independem das pessoas que as exercem ou a quem caibam"[22].

Estas características – uma estrutura da qual surgem normas aplicáveis aos seus partícipes, de forma a organizar relações jurídicas a serem entretidas,

---

17 Il contratto in generale. In: *Trattato di diritto privato, diretto da Mario Bessone*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000. v. XIII. Tomo II. p. 109: "(...) le organizzazioni del primo tipo [estutura aberta] sarebbero caratterizzate dall'elemento strutturale della variabilità, senza alcun limite, del numero dei membri, nel senso che 'il vincolo contrattuale è, per sua stessa natura, aperto alla possibilità di nuove adesioni e nuovi membri possono senza alcun limite aggiungersi ai membri preesistenti indipendentemente dalla preventiva deliberazione del gruppo di allargare la cerchia dei propri componente', mentre nelle altre [estrutura fechada] assurgerebbe a tratto essenziale del contratto, determinante del consenso dei contraenti, il numero delle parti (società di persone) ovvero l'ammontare del capitale (società de capitali), sicché 'l'adesione di nuove parti al contratto è possibile solo a seguito di una deliberazione modificativa del gruppo delle pattuizioni originarie e solo nei limiti stabiliti da questa deliberazione".

18 Contrato de colaboración, contrato de organización, contratos plurilaterais y contratos associativos. *La Ley*, 1992, E 1037.

19 *A Lei*..., ob. cit., p. 501.

20 *Idem*, *ibidem*.

21 O art. 83 da LSA, ao tratar dos estatutos, diz que o mesmo deve satisfazer todos os requisitos exigidos para os contratos de sociedades mercantis em geral.

22 SZTAJN, Rachel. *Contratos de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 36.

sem que se possa identificar na estrutura causal do contrato interesses contrapostos, mas convergentes – são as presentes na convenção de arbitragem.

Também o compromisso ou a clásula compromissória geram normas de ordem processual ou procedimental para as partes (e para os árbitros), sendo que para tanto estabelecem uma organização constituída do painel ou tribunal arbitral com atribuições próprias de cunho jurisdicional e administrativo (nos atos de intimação, nas ordens processuais não decisórias, mas meramente ordinatórias, etc.).

Clóvis do Couto e Silva foi um dos primeiros entre nós a perceber isto, afirmando que do compromisso surgiam menos direitos e deveres obrigacionais ou dispositivos e mais um ato de organização, que ele equiparava ao casamento no direito de família[23].

Carlos Alberto Carmona, embora se oponha parcialmente a esta ideia ao afirmar que não se trata de um ato de organização judiciária, não me parece que se afaste da ideia de organização estruturada. A natureza de negócio jurídico processual[24] pressupõe disposição das partes para que criem, modifiquem ou extinguam situações comuns e não contrapostas que irão se sucedendo ao longo do tempo e que, tal qual se definem nos negócios jurídicos normativos de organização, não contrapõem interesses, necessitam de duração no tempo e montem uma estrutura que administre e fiscalize a participação dos envolvidos[25].

Em verdade, como bem afirma Giovanni Ettore Nanni, a questão processual que surge do negócio de arbitragem é muito mais eficacial[26].

Portanto, a meu juízo, o caráter organizacional é estruturante da convenção de arbitragem, ainda que, como é comum nesses negócios, essa estrutura vá se completando, reestruturando ao longa da vida de relação por eles organizada. Aliás, é justamente esse caráter adaptativo que se está a examinar quando se questiona sobre a inserção de cláusula compromissória em estatuto de sociedade já constituída...

Tudo isto me conduz à ideia aqui defendida. A natureza do estatuto como negócio jurídico normativo de organização prescinde de manifestação volitiva dirigida a suas cláusulas específicas.

---

23 *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT. v. IX. t. II. p. 561 a 563.

24 *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 171.

25 FARINA, Juan María. Ob. cit., p. 1.040.

26 Ob. cit., especialmente páginas 16/17.

IV – Considerações Finais

10 Das Considerações Primeiras sobre como Superar o Impasse que Parece Não Ser Superado pelo Texto do Art. 136-A

Embora a convenção de arbitragem possa ser considerada um pacto parassocial, ela acaba sendo um contrato coligado, conexo, unido ao estatuto, e que se adapta bem nessa simbiose, pois também a conveção de arbitragem tem natureza de negócio jurídico normativo de organização.

Um dos principais efeitos da união de contratos com dependência, especialmente os unilaterais, é impor uma interpretação da intenção das partes mais abrangente e que conduza os contratantes ao fim comum buscado com a coligação. Não fosse assim, permitindo-se a incidência autônoma das regras próprias de cada um dos contratos unidos, poder-se-ia prejudicar a regra básica da interpretação contratual contida no art. 112 do Código Civil e que privilegia a intenção comum das partes[27].

Por isso, o que realmente protege a vontade das partes não me parece que seja a possibilidade de recesso, pois, como visto, as exceções demonstram que há outros valores considerados pela lei. Igualmente não é a formalização expressa da manifestação de vontade que a assegurará, visto que de há muito admite-se a aceitação pelo comportamento concludente (no caso a aquisição de ações).

O que efetivamente assegura que a estrutura da cláusula compromissória não está contaminada por invalidade ou carente de outras formalidades é o fato da mesma inserir-se em outro negócio com o qual se conecta e, dobrando-se a relação de dependência mantida com ele, submete-se à estrutura própria do principal, no caso o estatuto.

Nestas primeiras (e breves) reflexões sobre o art. 136-A da LSA, introduzido pela Lei nº 13.129/2015, parece-me, portanto, que, para o fim de resolver a necessidade expressa de adesão à cláusula compromissória, o mesmo não exauriu o debate, sem prejuízo da sua valia para afastar parte das discussões[28].

---

27 Por todos, a obra de SCONAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*. Milão: CEDAM, 1992.

28 Muito embora concorde com os que elogiam o avanço, já sob os auspícios do projeto, WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: ROCHA, Caio Cesar; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação* – a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1/20 e, na mesma obra, MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. *A cláusula compromissória no direito societário*, p. 127/53, apenas discordo, como dito, da solução cabal pela redação do art. 136-A.

Nada obstante, o que me parece é que a questão da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária estava resolvida, e ainda se resolve, pelo exame da natureza dos contratos de sociedade (*rectius*, estatuto na sociedade anônima) e da convenção de arbitragem (*rectius*, cláusula compromissória inserida no estatuto) e a conexão que entre elas se estabelece.

Como tudo que é pensado na primeira hora, a repercussão do art. 136-A aqui feita sofrerá, certamente, os efeitos da sedimentação e da reflexão de outros autores, daí que não tenha outro objetivo senão o de provocar o debate em tema antigo, com tratativa legal recente.

11 Bibliografia Consultada

ACERBI, Andrea Goes. A extensão dos efeitos da cláusula arbitral compromissória nos estatutos das sociedades anônimas. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. *Revista Brasileira de Arbitragem 28/30*.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S.A. comentada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

_____; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT. v. IX. t. II.

CRAVEIRO, Mariana Conti. Cláusula arbitral e pacto parassocial: algumas contribuições do direito societário para a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem 42/57*.

DALMOTTO, Eugenio. *L'arbitrato nelle società*. Turim: Zanichelli Editore, 2013.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I.

ENEI, José Virgílio Lopes. A arbitragem nas sociedades anônimas. *RDM 129/136*.

FARINA, Juan María. Contrato de colaboración, contrato de organización, contratos plurilaterais y contratos associativos. *La Ley*, 1992, E 1037.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LAMANARES, Patrícia Paoliello. Arbitragem no direito societário: reflexões sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória inserida em contrato e estatuto sociais. *Revista Brasileira de Arbitragem 38/46*.

LICATTI, Taissa Macaferri. Influência e aspectos relacionados à inserção da cláusula compromissória arbitral nos estatutos sociais. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional*: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação 6/11*.

_____. A cláusula compromissória estatutária (II) (Anotações adicionais). *Revista de Arbitragem e Mediação 7/46*.

MAKANT, Barbara. A arbitrabilidade subjetiva nas sociedades anônimas. *Revista de Arbitragem e Mediação 4/82*.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quatier Latin, 2001.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: ROCHA, Caio Cesar; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação* – a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

REALMONTE, Francesco. Il contratto in generale. In: *Trattato di diritto privato, diretto da Mario Bessone*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000. v. XIII. Tomo II.

ROSSI, Lívia. Arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas. *RDM 129/186*.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*. Milão: CEDAM, 1992.

STEIN, Raquel. *Arbitrabilidade no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

SZTAJN, Rachel. *Contratos de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: ROCHA, Caio Cesar; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação* – a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

Constituição e Arbitragem: Dever de Revelação, Devido Processo Legal

Luiz Olavo Baptista

Advogado; ex-Professor Titular da Faculdade de Direito da USP; ex-Presidente do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC); Doutor pela Université Paris e Doutor Honoris Causa *pela Universidade de Lisboa.*

"(...) os princípios são a chave e essência de todo o direito. Não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos. (...) Daí a importância básica que têm os princípios na consideração de qualquer matéria jurídica (...)." Geraldo Ataliba

SUMÁRIO: Princípios e Regras de Origem Constitucional. Dever de Revelação do Árbitro e Direito à Intimidade. Dever de Revelação do Árbitro. Âmbito Delimitado pela Lei da Arbitragem. Devido Processo Legal na Arbitragem. O Princípio do Contraditório na Arbitragem. A Igualdade entre as Partes. Bibliografia.

Embora a arbitragem seja usada internacionalmente, ela se ampara em algum sistema jurídico para tornar efetivos certos atos e garantir sua exequibilidade. Rege-se por princípios sólidos que a conformam e definem seu âmbito de ação na esfera do direito. Isto faz com que seja relevante o exame de certos parâmetros do direito brasileiro em relação com o tema do devido processo e do dever de independência (associado ao de revelação) dos árbitros. Recordando que o sistema jurídico brasileiro se constrói sobre o fundamento das normas constitucionais, sempre presentes no raciocínio dos operadores do direito. Elas estabelecem os princípios que regem a arbitragem. Aplicáveis ao devido processo legal e às condutas e deveres dos árbitros, são o ponto de partida desta reflexão.

Princípios e Regras de Origem Constitucional

O art. 5º da Constituição Federal ("Constituição") trata dos direitos e garantias individuais[1] e contém os parâmetros para a interpretação do que dis-

1 Segundo José Afonso da Silva, "(...) Rui Barbosa já dizia que uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as

põe a Lei da Arbitragem (LA) sobre o devido processo legal e sobre o dever de revelação dos árbitros.

Os seguintes incisos do art. 5º são relevantes para este caso: II, X, LIV e LV.

Os incisos LIV e LV consagram o *devido processo legal* como garantia individual[2] numa arbitragem. Garantem às partes o direito ao *contraditório e à ampla defesa*, assim como ao julgamento proferido por árbitros independentes.

O inciso II consagra o *princípio da legalidade* e serve para garantir o exercício da liberdade a todos. Deixa claro que eventuais restrições ao seu exercício devem nascer da lei.

O inciso III garante o *direito à intimidade*. A abrangência desse direito pode conter exceções legais, atendendo a alguma finalidade social. É a base para que as partes possam estabelecer a confidencialidade da arbitragem.

A Constituição admite, em certos casos[3], a regulamentação do exercício dos direitos individuais assegurados. Ao fazê-lo, o legislador deve atender a algum interesse coletivo, relevante e excepcional, de ordem pública. Qualquer lei regulamentadora do exercício das garantias individuais deve ser interpretada de modo restritivo no que interfira com o exercício dessas (como enuncia o brocardo *odiosa sunt restingenda*), e tendo-se sempre em mente o objetivo visado pelo legislador.

Dever de Revelação do Árbitro e Direito à Intimidade

Um exemplo de exceção a uma garantia constitucional é o do direito ao resguardo da intimidade, ou vida privada. Ao estabelecer o dever daquele que é apontado para ser árbitro ou, em determinados casos, já exercendo essa função de informar às partes aspectos de sua vida, limita-os a certos fatos ou eventos determinados expressamente pela lei. O objetivo social do dever de informar é relevante, pois visa assegurar o devido processo legal, e decorre da

---

que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorre não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito" (SILVA, 1990, p. 165 e ss.).

2 Este também é garantia coletiva como explicava Santiago Dantas: "Essa compreensão do *due process of law*, como restrição ao arbítrio do Legislativo, atinge a maturação doutrinária na mesma época em que o princípio se incorpora às restrições feitas ao Poder dos Estados, (...) nesse mesmo ano Cooley publica o seu Tratado sobre as limitações constitucionais do Poder Legislativo, e daí por diante a doutrina e a jurisprudência se conciliam numa afirmação que, fixando o sentido do instituto, não lhe impedirá, entretanto, a constante transformação e adaptação às condições históricas" (DANTAS, 1948).

3 Por exemplo, os incisos II e X do art. 5º da Constituição.

necessidade de o julgador ter independência e isenção que assegurem a todos e a cada qual um julgamento isento e imparcial.

Tal como o faz o Código de Processo Civil (CPC) em relação aos juízes[4], a LA[5] estabelece os casos de impedimento (e suspeição) do árbitro como *numerus clausus*. Ao fazê-lo, incluiu, além das causas de impedimento e suspeição dos magistrados, regras específicas para os árbitros.

A extensão e a aplicabilidade dessas regras levam em conta o caráter funcional da atividade judicante dos magistrados, que a exercem em caráter permanente como servidores públicos que são, e a dos árbitros, esporádica e relacionada com a empreitada que as partes lhe cometem, contratualmente, para julgar e decidir determinada pendenga.

Para os magistrados, essas regras impõem uma conduta profissional que os obriga a evitar, na medida do razoável, situações em que possam nascer causas de impedimento ou suspeição durante o tempo em que exercerem a magistratura, além de serem obrigados a se recusar a julgar quando impedidos suspeitos.

O árbitro, todavia, só se submete a essas regras a partir de sua indicação e no curso do processo arbitral, pois sua atividade é de caráter ocasional, embora possa ser recorrente.

A finalidade social do dever de revelação estabelecido pela LA é evidente. Esta importou, adaptando-as, as regras impostas aos juízes, visando garantir às partes a independência e a imparcialidade[6]. Esta se concretiza no momento da escolha do árbitro, quando o indicado tem o dever de revelar toda circunstância que possa dar causa a uma "dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência"[7]. Deste modo, faculta-se às partes que garantam a inexistência de situações ou fatos que possam justificadamente afetar a independência e a imparcialidade do árbitro escolhido para decidir a controvérsia a ele submetida.

---

4 Arts. 134 e ss., que regulam o impedimento e a suspeição dos juízes.

5 "Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.
§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.
§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:
a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação."

6 Ver: MARTINS, 2008, p. 204 e 205.

7 Art. 14, § 1º, da LA.

Trata-se de garantia de ordem pública, portanto, decorrente do direito a um julgamento sob o devido processo legal (art. 5º, LIV), garantia constitucional.

O dever estabelecido pelo *caput* do art. 14 da LA inclui as causas de impedimento ou suspeição dos juízes. No seu § 1º, o mesmo artigo dispõe que "as pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, *qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência*" (grifei).

As hipóteses de impedimento e suspeição do magistrado estão enumeradas no CPC. Elas visam pressupostos processuais de validade, assegurando um julgamento isento e o respeito ao devido processo legal, direito garantido a todos pela Constituição. A imparcialidade do juiz é verdadeira garantia da ordem pública. Como disse Celso Agrícola Barbi, "o despreparo cultural ou a morosidade do juiz podem preocupar o litigante. Mas o fator que é realmente capaz de intranquilizá-lo, de fazê-lo descrer na justiça humana, é a falta de confiança na isenção do juiz" (BARBI, 1998, p. 410).

Mas ao mesmo tempo em que se determina o dever de revelação, este é delimitado pela lei que o estabelece. As hipóteses de revelação são *numerus clausus*. Embora eventualmente ligadas à intimidade ou à vida privada do juiz, precisam existir, pois tais circunstâncias são reveladas para assegurar o devido processo legal. Por isso mesmo, quando a razão para que um juiz se declare suspeito for de tal ordem que ele não deseje revelá-la, a lei admite que se declare suspeito por "razões de foro íntimo"[8], preservando assim seu direito à privacidade[9].

O árbitro deverá recusar-se a aceitar a obrigação de arbitrar, caso queira preservar certos aspectos da sua vida privada que a lei ou o regulamento da instituição arbitral manda revelar. Por exemplo, quando existir algum envolvimento afetivo com parte ou advogado no caso. Mas não pode furtar-se a revelar aquelas circunstâncias que são causas de impedimento ou suspeição. Estas são limitadas e direcionadas a fatores que usualmente afetam a independência e a imparcialidade do árbitro, porque extravasar esses limites implicaria na violação do direito do sujeito à sua intimidade.

O caráter objetivo dos fatos enumerados pela norma (LA) também visa evitar a dificuldade (ou quem sabe a impossibilidade) de se examinar a questão do impedimento sob o ângulo subjetivo.

---

8 Nos termos do art. 135 do CPC.

9 Art. 135, parágrafo único, do CPC.

Dever de Revelação do Árbitro. Âmbito Delimitado pela Lei da Arbitragem

Como vimos, a LA estabeleceu em seu art. 14, de forma taxativa, que não podem ser árbitros aquelas pessoas que tenham, "com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil"[10].

É interessante anotar que, se o CPC distingue o impedimento e a suspeição, a LA não o faz, o que conduziria ao raciocínio de que quem é suspeito está impedido, ou que as causas de suspeição valem como impedimentos para o árbitro. Essa diferença, todavia, parte do fato de que a LA buscou evitar os incidentes processuais (e as mazelas que o abuso dos mesmos acarretam para a atividade judicial), vedando a assunção da função arbitral a quem esteja suspeito[11].

O art. 14, § 1º, da LA acentua tal visão, impondo àqueles que forem indicados como árbitros o "dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua *imparcialidade e independência*" (grifei).

O parágrafo referido acima sublinha e delimita o dever de revelação no que tange às hipóteses que, para um juiz, seriam de suspeição, limitando esse dever àquilo que concerne a *mens legis*: permitir que as partes em uma arbitragem estejam seguras de que o árbitro tem *imparcialidade e independência*. Com isso, protege-se a intimidade e a vida privada.

Como a imparcialidade é uma condição ou estado de espírito subjetivo, buscam-se elementos de fato que podem ser indicadores da sua ausência. São os chamados critérios objetivos de apuração da independência do árbitro. A independência é uma qualidade exigida quase universalmente dos árbitros, reconhecida tanto nas legislações nacionais como pela jurisprudência ou nas

---

10 Art. 14 da LA.

11 Muito embora essa vontade do legislador de evitar a praga dos incidentes meramente processuais quase sempre inúteis e protelatórios, ainda se encontram advogados que, (de)formados na vivência das chicanas processuais, tentam levá-las para o âmbito da arbitragem suscitando questões frívolas e descabidas, nessa e em outras matérias.
Ver: CARMONA, 2009, p. 289

regras de organismos internacionais como a CNUDCÍ[12], a CCI[13], a LCIA[14], ou a AAA[15], entre outras[16].

Como já tive oportunidade de escrever (BAPTISTA, 2011, p. 163), a independência é um atributo indispensável para o árbitro. Ela é vista como um dever do árbitro (HENRY, 2001), e qualquer fato que a comprometesse[17] permitiria ao árbitro escusar-se do exercício de sua função, dando-se por impedido, ou, às partes, recusá-lo pela mesma razão (HENRY, 2001, p. 192-287).

O preceito que estabelece o dever de independência ora se dirige diretamente ao árbitro – na forma do disposto pela LA, ou nos regulamentos da CCI e da LCIA, que exigem que este *declare as circunstâncias que poderiam afetar sua independência* – ou, ainda, endereçado à iniciativa das partes, em determinadas legislações. Há, portanto, regras que abordam essas questões sob os dois ângulos, impondo ao árbitro o dever de anunciar as circunstâncias passíveis de serem causas de perda de independência, ou deixando aos cuidados das partes apontá-las[18].

As hipóteses de revelação são limitadas, protegendo o direito à privacidade. A lei as enumerou atendendo à necessidade do próprio sistema jurídico, de garantia do devido processo legal. Alguns regulamentos de arbitragem exigem do árbitro outras informações, mas estas são quase sempre ligadas a questões objetivas ligadas à atividade profissional do árbitro (ou futuro árbitro): por exemplo, a sua disponibilidade de tempo, ou não ter sido mediador nessa matéria, ou não ter exarado opinião sobre a questão que vai julgar, entre outras[19]. Ao contrário do juiz cuja profissão é julgar, o árbitro pode escolher se deseja ou não assumir o encargo.

Como o verbo empregado pelo legislador indica, a exigência que a lei faz aos árbitros é que *digam o que não é conhecido* (ou não se pode conhecer,

---

12 Arts. 11 e 12.

13 Art. 11.

14 Art. 5.2.

15 Art. R-17(a).

16 "La formulation de l'obligation d'indépendence varie toutefois considérablement d'un système d'arbitrage à l'autre. Ces variations se manifestent dans la nature et le contenu meme donnés à l'exigence d'indépendance: les pays anglo-saxons visent volontiers cumulativement les notions d'indépendance et d'impartialité. Mais il est difficile de systématiser puisque la jurisprudence françaises par exemple, se refère aux différentes notions susvisées ajoutant même parfois la notion d'objectivité." (HENRY, 2001)

17 A medida dessa obrigação é regida pelo princípio da razoabilidade.

18 Ver, a este propósito: HENRY, 2001, e também 6éme Colloque CCI sur l'arbitrage international, Paris 1988, La Procedure arbitrale et l'independence des arbitres.

19 V., por exemplo, o regulamento de arbitragem da CMA – Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo – CIESP (v. questionário constante do art. 5.7).

embora se possa deduzir por indícios). O mandamento legal dirige-se exclusivamente aos fatos relacionados com independência e imparcialidade. Essas qualidades de caráter subjetivo só são detectadas por indícios, mencionados pela lei (como já se viu), ou assimilados a estes.

Finalmente, o dever de revelação é também limitado pelo dever das partes de informar-se, como bem explica reputado professor da USP[20]:

> "É forte, nesses termos, o dever que tem a parte de 'informar-se convenientemente' (CARMONA, 2009, p. 255), eis que, indicado o componente do tribunal arbitral (ou concordes as partes com um árbitro único ou com a escolha do terceiro árbitro), surge o momento preclusivo de estabilização do processo."

Devido Processo Legal na Arbitragem

A LA estabelece no seu art. 21[21] regras sobre o devido processo legal na arbitragem. Estas, como se disse, decorrem de preceito constitucional. O § 2º do artigo refere-se a princípios[22].

O devido processo legal na arbitragem tem a característica de poder ser concretizado mediante regras convencionadas pelas partes[23]. O CPC não tem aplicação, salvo nos casos excepcionais em que a LA a ele se refira. As partes se valem de regras de alguma instituição arbitral, utilizando os regulamentos de algum órgão institucional arbitral ou entidade especializada, ou delegam aos árbitros regularem o procedimento.

Essa ampla liberdade é balizada pelo § 2º do art. 21 da LA, que manda obedecer aos princípios do contraditório, da igualdade das partes e da imparcialidade do árbitro e de seu livre-convencimento.

---

20 SAMPAIO FERRAZ, 2011, p. 65.

21 "Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.
§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral disciplinálo.
§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.
§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral."

22 Ver: MELLO, 1981, p. 247.

23 Ver: CARMONA, 2009, p. 289, 294 a 299.

O Princípio do Contraditório na Arbitragem

Este princípio é inerente ao direito de defesa e é decorrente da *bilateralidade do processo*: quando uma das partes alega alguma coisa, a outra também deve ser ouvida com a oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

O princípio do contraditório impõe a necessidade de notificação dos atos processuais à parte interessada, a possibilidade de exame das provas constantes do processo, o direito de participar na inquirição de testemunhas e o direito de apresentar defesa escrita.

No ambiente processual, na esfera da prova, o contraditório aparece na oportunidade que os litigantes têm de produzi-la, quando se deve facultar as partes contrárias o direito à contraprova. Assim, ambos têm o direito de participar de sua realização. Em outras palavras, às partes têm o direito ou de oferecer contraprova ou de se manifestar sobre o que a outra parte tenha dito.

Todavia, a liberdade de produção da prova e o caráter contencioso que esta assume são administrados pelos árbitros, a quem a prova deverá convencer. Assim, exemplificativamente, os árbitros poderão não admitir prova sobre aquilo que não for objeto da arbitragem ou quando uma parte deseja produzir prova quando deixou passar em branco o prazo para isto, decaindo do seu direito. Em outras palavras, o exercício do contraditório se faz nos limites da licitude e da razoabilidade.

A Igualdade entre as Partes

O tratamento igualitário é um direito das partes. Assim, se a uma for permitido manifestar-se sobre determinada questão, a outra parte tem o direito de retrucar, falando sobre a mesma matéria. Mas esse direito limita-se a falar sobre aquilo que foi dito pela outra parte. Se na sua manifestação uma parte abordar matéria nova, será aberta oportunidade à outra para se manifestar.

O tratamento igualitário, todavia, deve levar em conta a necessidade de ordenação dos atos processuais, e o estabelecimento de uma oportunidade única para as partes manifestarem-se sobre o alegado pelo adversário não precisa ser imediata, pois os árbitros, como os juízes, devem evitar o tumulto que resultaria de um tiroteio de manifestações contrárias. O tumulto em geral é desfavorável ao procedimento probatório. Como em outros passos do processo arbitral, os árbitros devem agir com prudência e imparcialidade como os homens de bem que devem ser.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público* – RDP 57/58, 1981.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Colloque CCI sur l'arbitrage international. *La Procedure arbitrale et l'independence des arbitres*. Paris: 1988.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 1948.

HENRY, Marc. *Le Devoir d'indépendence de l'arbitre*. Paris: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SAMPAIO FERRAZ, Tercio. Suspeição e impedimento em arbitragem sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, p. 65, jan. 2011, DTR\2011\1297.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro

Marcelo Roberto Ferro*

Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Diplôme Supérieur de l'Université en Droit Civil pela Université de Droit d'Economie et des Sciences Sociales de Paris; Vice-Presidente da Comissão de Arbitragem e ADR da CCI; Presidente do Comitê de Arbitragem e Mediação da ICC Brasil; Árbitro; Sócio do Escritório Ferro, Castro Neves, Daltro & Gomide Advogados.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Definição. 2 A Relevância da Titularidade dos Interesses em Jogo e a Irrelevância do Conceito de "Parte". 3 Existência de Norma Impondo o Dever de Revelação pela Parte. 4 Momento da Revelação. 5 Amplitude da Revelação. Conclusão.

Introdução

Ninguém discute que o processo arbitral custa caro, pois a velocidade e a solução especializada dos litígios representam um alto preço para os litigantes. De fato, no Poder Judiciário, uma demanda cujo valor em disputa é de R$ 1 milhão, R$ 10 milhões ou R$ 100 milhões terá custas muito similares em razão da adoção de valores máximos praticados pelas tabelas de custas dos diversos Estados da Federação[1]. Todavia, na esfera arbitral, essas mesmas demandas sofrerão uma enorme variação de custos[2], a tal ponto que certas ins-

* O autor manifesta seu agradecimento à Dra. Natalia Mizrahi Lamas pelo inestimável auxílio na pesquisa para este artigo.

1 Por exemplo, as custas devidas no Rio de Janeiro e em São Paulo, tomando-se por base o valor da causa: *R$ 1 milhão* (RJ: R$ 20.280,00; SP: R$ 10.029,00), *R$ 10 ou R$ 100 milhões* (RJ: R$ 25.458,60; SP: R$ 55.349,39).

2 Arbitragem sob as regras da CCI e da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – valor envolvido: *R$ 1 milhão* (CCI: R$ 190 mil, sendo R$ 95 mil para cada parte; CCBC: R$ 250 mil, sendo R$ 125 mil para cada parte). *Valor envolvido: R$ 100 milhões* (CCI: R$ 1.230 milhões, sendo R$ 615 mil por cada parte; CCBC: R$ 955 mil, sendo R$ 477 mil para cada parte).

tituições que administram arbitragens sugerem a adoção de árbitro único para causas que, no Judiciário, estão longe de serem irrisórias[3].

Com efeito, a opção pela arbitragem quando da celebração do contrato requer enorme reflexão das partes, as quais nem sempre levam em conta os custos de uma possível demanda. Esses custos podem ser um fator impediente para a solução de pendências. Basta pensar numa demanda que envolva três árbitros, na qual o requerido não queira pagar a sua parte – e isso não é raro –, obrigando o requerente a adiantar essas custas, consoante previsão do regulamento da instituição ou do Termo de Arbitragem; ou mesmo a situação – igualmente frequente – em que o requerido formula uma pretensão reconvencional em valores absurdos, apenas para gerar massa de manobra para uma eventual composição (corriqueiramente denominado "fogo de encontro"), sem assumir, todavia, a responsabilidade pelos custos respectivos. Nestes exemplos, tem-se o requerente vertendo, de antemão, uma quantia significativa para poder ganhar, em alguns meses, o valor principal. Ora, mesmo havendo a possibilidade de o requerente ser reembolsado em caso de vitória, o fato é que o custo do dinheiro, atrelado ao risco de todo processo, pode levar à desistência da estratégia que envolva a arbitragem. Trata-se de um fenômeno curioso, no qual a arbitragem não funcionaria como um meio alternativo de solução do litígio, mas como meio dissuasório desta solução[4].

Medite-se agora na situação em que o demandante, vinculado por uma cláusula compromissória, tem uma pretensão altamente valiosa contra a outra parte, legitimamente fundada em fatos e no direito aplicável, mas não dispõe de recursos para fazer frente aos custos do processo arbitral, que, como se sabe, incluem o valor pago ao órgão institucional, honorários de árbitros, honorários de seu advogado, honorários de peritos (se for o caso), despesas decorrentes das providências para obtenção de documentos, estenotipia e outras providências relacionadas à audiência, deslocamento de testemunhas e pareceres técnicos. O mesmo pode ocorrer, por óbvio, em relação ao demandado, cujo pedido recon-

---

3 A CCI, mesmo diante de uma cláusula compromissória prevendo três árbitros, chama a atenção das partes para a possibilidade de usarem árbitro único em demandas envolvendo quantias até US$ 5 milhões. Trata-se de uma recomendação, conforme salientam Yves Derains e Eric Schwartz: "in the absence of exceptional circumstances, the Court can still ordinarily be expected to appoint a sole arbitrator in cases where less than US$ 1 million are in the dispute, the Court will also give serious consideration to appointing a sole arbitrator whenever the amount in dispute is between US$ 1 million and US$ 5 million. Whether the Court appoints one or three arbitrators in such cases will ultimately depend upon specific circumstances" (*A guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2nd ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005. p. 148). Nesse sentido, ver também Jason Fry, Simon Greenberg, Francesca Mazza, *The secretariat's guide to ICC Arbitration*. Paris: ICC, 2012, p. 140.

4 É claro que as partes poderiam prever que a cláusula compromissória só operaria para pretensões acima de um determinado valor, ficando as partes livres para buscar o Judiciário quando o valor em disputa fosse inferior a esse patamar.

vencional, por vezes, excede o pedido principal, aumentando significativamente o valor dos custos do processo arbitral. Surge, neste momento, a figura de um terceiro, que, em troca de uma participação no benefício advindo do êxito da demanda, provê os recursos necessários ao custeio do processo arbitral.

O financiamento de terceiro é um fenômeno já consolidado em arbitragens internacionais, denominado *third party funding*, ou simplesmente "TPF". Surgido em relação a processos judiciais, o TPF encontra campo fértil em sede de arbitragens internacionais[5]. No Brasil, ainda não há registro sobre a intensidade e a forma de aplicação do TPF, sendo, porém, tão certo quanto a morte e os impostos, que, em breve, o tema frequentará as arbitragens domésticas, não somente pela atualidade da sua aplicação, mas também em razão dos expressivos valores em disputa, notadamente em casos envolvendo matéria societária e de infraestrutura.

O tema é instigante e suscita reflexões de natureza processual e até mesmo deontológicas, que envolvem o advogado da parte financiada e suas relações com o financiador, notadamente quando este último pretende desempenhar papel relevante na condução do processo.

Em razão da natureza consensual da arbitragem, a interferência de um terceiro, em qualquer condição, sempre suscita toda sorte de problemas, desde a sua vinculação à cláusula compromissória – quando ele não figura como signatário do contrato, mas participou ativamente da sua discussão e execução – até mesmo à sua participação no processo, quando sua presença é invocada por uma parte, seja como coobrigada, seja para responder por pleitos formulados pela parte denunciante.

Todavia, dentre todas as questões processuais que defluem da participação do terceiro, sob qualquer forma ou condição, talvez a mais impactante seja a

5 "A concise and incisive approach to the issue by Prof. Doug Jones in a 2008 presentation to a leading London-based solicitors firm identifies a number of convincing reasons suggesting that arbitration will be a fertile field for TPF activity. These include: the large sums often at stake in arbitrations; the relative speed of resolution of arbitrations; and relative certainty of the calendar for decision; the increased certainty (or at least, decreased uncertainty) of decisions due to the arbitrators' presumed experience, both generally and in the area of the dispute in particular; the existence of the New York Convention as providing a much more fluid and reliable system for international enforcement of arbitral awards as compared to the less attractive and less effective available means of international enforcement of judicial decisions; the possibility (uncertain as of this date in the jurisdictions under review) that to the extent that the restrictions or prohibitions on maintenance and champetry discussed above continue to have material bearing on the issue of TPF, that they may be nonetheless be considered to have little or no bearing on arbitral disputes due to the inapplicability of the public policy/protection of the national system of civil justice basis for the prohibitions in the court litigation context in the consensual private world of arbitration; and the fact that any disputes between the funder and the funded party would not typically be arbitrable and thus would not interfere with or delay the arbitration as they might a litigation with more 'global' jurisdiction over the parties and the process than in an arbitration." Clifford Hendel, *Third party funding*, *Spain Arbitration Review*, 2010, p. 78.

que repercute sobre a formação do Tribunal Arbitral e, mais especificamente, sobre a independência do árbitro, certamente um dos pilares mais importantes do devido processo legal arbitral.

Nos estreitos limites deste artigo, pretendemos abordar algumas reflexões sobre a verificação da independência do árbitro quando uma das partes é financiada por terceiro.

1 Definição

Segundo Philippe Pinsolle, "le financement de l'arbitrage par un tiers peut être défini comme la situation dans laquelle un demandeur à une procédure arbitrale obtient de la part d'un tiers les fonds nécessaires au financement de cette procédure. En contrepartie, le tiers qui finance obtient le plus souvent des droits sur tout ou partie du montant d'une éventuelle condamnation, une fois les sommes correspondantes recouvrées. La proportion revenant au tiers peut varier considérablement en pratique, allant de 10% à plus de 80%. Par ailleurs, la nature des dépenses financées peut également varier"[6].

Em excelente artigo, Bernardo Cremades alude à crescente utilização de investimento de terceiros em arbitragens ICSID, bem como pontua alguns benefícios e riscos daí decorrentes[7]. Dentre os benefícios apontados pelo autor estão a possibilidade de acesso à justiça àqueles que não dispõem de meios econômicos adequados para pleitear seus direitos ou se defenderem nas demandas contra eles requeridas, além de impactos positivos na composição entre as partes, bem como a possibilidade de uma avaliação isenta sobre as chances da demanda (já que um investidor não apostará em uma causa perdida). No seu entender, os riscos são representados pela introdução de um terceiro na relação cliente-advogado, com as consequências negativas decorrentes dos interesses de alguém que só litiga pela busca do dinheiro, além de encorajar o ajuizamento de demandas abusivas e temerárias, bem como criar dificuldades para a composição entre as partes (pois o interesse do terceiro pode não estar alinhado com o da parte[8]), inflar os valores reclamados no litígio e, por fim, romper a confidencialidade do litígio.

---

6 Le financement de l'arbitrage par les tiers. *Revue de l'Arbitrage*, 2011, p. 386.

7 Third party litigation funding: investing in arbitration. *Spain Arbitration Review*, 2012, p. 181/182.

8 É o que ocorreria na situação em que a parte desejasse se compor com o adversário, mesmo em bases financeiras pouco atraentes – v.g., para garantir um contrato de fornecimento ou a exclusividade em uma área territorial –, e o financiador resistisse a essa pretensão, sob o argumento de que a Taxa Interna de Retorno – denominada "TIR", consistente na taxa necessária para igualar o valor de um investimento (valor presente) com os seus respectivos retornos futuros, ou saldos de caixa – ficou abaixo da que foi por ele projetada.

Aliás – é a Philippe Pinsolle a quem devemos a notícia –, o TPF pode ocorrer até mesmo em situações em que o terceiro não tenha interesse financeiro na demanda, mas apenas atue em prol do resultado favorável à parte que ele financiou. É o caso de Organizações Não Governamentais, cuja finalidade social justifica o financiamento da demanda[9]. O autor cita dois exemplos, ambos em arbitragens ICSID: o primeiro envolveu a ONG pertencente a George Soros, *Open Society Initiative for Southern Africa*, que auxiliou um grupo de fazendeiros em uma disputa arbitral contra o Zimbábue; e o outro envolveu uma ONG americana, *The Campaign for Tobacco Free-Kids*, mantida pela Bloomberg Foundation, que financiou o Uruguai em uma disputa contra a Philip Morris, que se queixava da legislação antitabagista daquele país.

A prática internacional revela algumas formas de financiamento de arbitragens, a principiar pelo próprio advogado, que pode trabalhar apenas na base de honorários de êxito, sendo-lhe permitido, em algumas jurisdições – mas não no Brasil –, até mesmo custear as demais despesas do processo, por si, ou por meio de fundos de investimentos com os quais seu escritório trabalhe habitualmente. De fato, o meio mais corriqueiro de financiamento da arbitragem é a alocação de recursos por um terceiro, que assume todas as despesas do processo arbitral e provê o seu pagamento respectivo à medida das necessidades (v.g., honorários de árbitro, honorários de advogado, custas da instituição arbitral, despesas com a perícia, despesas com a audiência, etc.)[10], podendo incluir até mesmo os valores eventualmente devidos à outra parte em caso de derrota da parte financiada[11].

Há outras formas de participação nos custos da arbitragem, mas que não configuram propriamente um TPF. É o caso da cessão total dos direitos litigiosos[12], na qual o cessionário assume integral controle da demanda, mesmo não

---

9 *Le financement*..., cit., p. 395/396. O exemplo também é mencionado no artigo de Bernardo Cremades, cit., p. 167/168.

10 Não são frequentes as hipóteses em que o terceiro versa diretamente à parte a totalidade do investimento, a fim de evitar desvio do dinheiro, caso o financiado use a quantia recebida para propósitos diversos dos que foram pactuados com o investidor.

11 Os acordos de financiamento de arbitragens por terceiros são extremamente casuísticos, podendo-se limitar apenas às verbas do processo arbitral, ou até um limite preestabelecido, ou mesmo expressamente excluir sanções decorrentes de litigância de má-fé a que for condenada a parte financiada.

12 Bernardo Cremades indica que, em certos casos, é extremamente difícil distinguir quando se trata de cessão total de direitos litigiosos ou TPF. Nas palavras do autor, "when a party assigns a cause of action, such party loses control to the fullest extent over the disposition of the cause of action, including the power to settle (and for what amount), as well as the power to manage or direct the litigation strategy (i.e., selection and compensation of attorneys, evidence to be used, selection of witnesses, etc.). In other words, whereas in the assignment of lawsuits the litigant sells the lawsuit itself, in third party funding the litigant merely sells the possible 'fruits' of the lawsuit. Of course, it is sometimes difficult to draw a clear line between third party funding and assignment of claims". Cit., p. 163.

havendo substituição da parte no processo arbitral. Outra hipótese é o chamado *ATE Insurance* ("*aftertheevent*"), na qual a parte subscreve um seguro para cobrir eventuais custos do processo arbitral, em caso de derrota, mas, havendo êxito, o segurado paga à seguradora um prêmio já previamente acordado. Tampouco se confunde com TPF a outorga de um empréstimo para que a parte custeie as despesas da arbitragem, eis que, nesta hipótese, a instituição mutuante receberá o valor mutuado independentemente do resultado, diferentemente do caso em que a demanda é financiada por terceiro, cuja remuneração só ocorrerá se houver êxito no processo.

2 A Relevância da Titularidade dos Interesses em Jogo e a Irrelevância do Conceito de "Parte"

Como não existe justiça arbitral gratuita, toda arbitragem é custeada. Quando o próprio litigante suporta sua parte no processo arbitral, há uma única esfera de interesses relacionada ao êxito do litígio. O problema surge quando o resultado do processo arbitral passa a repercutir na esfera de interesses de outra pessoa, que, embora não seja parte formal no processo, tem interesse na solução do litígio, pois se beneficiará de uma parte do êxito do vencedor.

Na verdade, a vitória de uma parte sempre terá alguma forma de repercussão para terceiros[13], mas o que releva saber é se essa repercussão é direta ou indireta. Destarte, a circunstância de serem distintas a pessoa do litigante e do financiador do processo faz surgir duas esferas de interesses passíveis de serem diretamente afetados pela solução do litígio. Como consequência, os árbitros devem ser adequadamente informados a respeito dos interesses em jogo, a fim de que possam garantir, de forma segura, tanto no começo como durante o processo arbitral, a sua independência em relação a todos os interessados no resultado da demanda sob seu julgamento.

De fato, é cediço que o dever de revelação do árbitro não se limita a avaliar sua independência apenas perante aquele que figura no processo como "parte". A pesquisa deve ser mais ampla, a fim de incluir outras pessoas cuja ligação com os litigantes possa afetar, aos olhos do adversário, sua independência – como, por exemplo, a integração de uma parte a um grupo econômico –, ou mesmo relações do árbitro com terceiros interessados na solução do litígio de forma adversa a uma das partes (v.g., se o árbitro participa da direção de uma companhia concorrente a uma das partes). Nestas condições, é interessante notar que, na análise da independência do árbitro, a prática arbitral superou a

13 v.g., o credor de uma parte terá melhores condições de receber seu crédito em caso de vitória do seu devedor, notadamente em sendo líquida a condenação.

restrita verificação da mera identidade dos demandantes para ir além dela[14], mesmo em se tratando de relações com naturezas muito distintas (relação societária, no que diz respeito à identidade de grupo econômico da parte e do terceiro, e relação concorrencial, no que concerne à rivalidade comercial entre a parte e um terceiro).

Parece-nos que a solução deva ser a mesma em se tratando da análise da independência do árbitro quando presentes relações contratuais entre a parte e o terceiro financiador, que torna este último diretamente interessado no resultado do processo. Com efeito, o que justifica a falta de independência do árbitro quando se trata de parte e terceiro integrantes do mesmo grupo econômico é a convergência de interesses decorrentes da unicidade de controle. Tal convergência de interesses também se verifica na relação entre financiador e parte financiada, e de maneira ainda mais intensa, pois, como já dito, a remuneração do primeiro só existirá se houver êxito da segunda. Por isso, se é verdade, como afirma Anne Marie Whitesell, que os árbitros se inclinam a afirmar sua independência quando se trata de relações indiretas entre a parte e o terceiro, mas "ils auraient da vantage tendance à réfuser une désignation lorsque le lien est plus direct"[15], cremos que a participação do terceiro no sucesso da parte deve ser enquadrada nesta última hipótese.

Nestes casos, a verificação da independência do árbitro não se esgotou na restrita ciência da identidade do demandante, mas foi além, para apurar a verdadeira esfera de interesses que podem ter algum tipo de conexão com o litígio e, em última análise, serem diretamente afetados pela sentença arbitral.

O tema central deixa de ser a *identidade* da parte, mas a *titularidade dos interesses em jogo*. Dito em outras palavras, o vínculo estreito entre o financiador e a parte financiada tornam o primeiro titular de parte da *res in iudicium deducta* pertencente ao segundo, que é formalmente "parte" no processo arbitral, não

---

14 Foi assim, por exemplo, em um caso CCI, no qual a Corte recusou a confirmação de um árbitro em razão de ele ter sido diretor de uma companhia, terceira no processo arbitral, que teve, no passado, ligações comerciais com uma das partes, sob o argumento de que ele pode ter tido acesso a informações confidenciais relacionadas a negócios pretéritos entre a companhia e a parte na arbitragem. Em outro caso, o árbitro foi recusado por ter sido diretor de uma companhia distribuidora de produtos farmacêuticos, que teve seu contrato rescindido em razão da aquisição do co-contratante por uma das partes na arbitragem. Neste caso, mesmo o árbitro não tendo relação com nenhuma das partes na arbitragem, a Corte da CCI considerou a preocupação de que poderia haver "a potential bias or not to be (...) disinterested (...) because of the termination of his business relationship or his having access to privileged information related to the case or prior knowledge of issues concerning the arbitration through (...) acquaintances working for the party not having nominated him", Yves Derains e Eric Schwartz, cit., p. 134.

15 L'indépendance dans l'arbitrage de la CCI: pratique de la Cour de la CCI en matière de nomination, confirmation, récusation et remplacement des arbitres. *Bulletin de la CCI*, Supplément Spécial 2007, p. 9.

sendo raras as situações em que o sujeito na relação processual é distinto do titular da relação substancial litigiosa[16].

Mas será mesmo que o terceiro financiador, por ter direito a uma parcela do benefício advindo para a parte financiada, se tornaria titular (de parte) desse direito? Sob o ponto de vista técnico, parece-nos que a resposta é afirmativa, pois, na essência, o negócio jurídico realizado entre o financiador e o financiado consubstancia-se num contrato aleatório, cujo benefício de uma das partes encontra-se condicionado ao êxito pecuniário na arbitragem (CC, art. 458). Essa cessão, embora não comunicada ao adversário na demanda – sendo, portanto, ineficaz contra ele e contra terceiros (CC, arts. 288 e 290) –, tem validade entre as partes e é o quanto basta para se tornar exequível entre elas.

Tenha-se presente que o dever de revelação sobre a existência de financiamento por terceiro não se justifica apenas para que os árbitros possam avaliar sua independência em relação aos interessados, mas atende também ao legítimo direito do adversário saber contra quem ele está, de fato e de direito, litigando. Neste sentido, o vetusto brocardo *nul ne plaide par procureur*, que obriga aquele que age em nome e por conta de outrem a revelar a identidade do representado, pois a liberdade de defesa e a lealdade da luta judiciária exigem que o combate entre as partes seja feito às claras. Nessa linha de pensamento, Edouard Bertrand, escrevendo sob a ótica do direito inglês, afirma que "without going as far as saying that TPF is not consistent with the principle of 'consensualism', it is arguable that a party opposed to a funded party can be justified in considering that it is in fact confronted with not one but two parties, one of which is not legally a party to the arbitration agreement, and that it is entitled to know who that other party is. If, as is suggested by the English Arbitration Act, fairness is to be retained as a key principle in arbitration, then as a matter of fairness, it should be required from a funded party to disclose the TPF funder to its opponent, and by the same token to the arbitral tribunal and the arbitral institution if there is one"[17]. É bem verdade que há decisões francesas no sentido de que este princípio não é de ordem pública interna, nem internacional, mas tal fato não retira sua força e relevância[18].

---

16 É o caso da legitimação processual extraordinária, no qual a sentença de mérito afeta o substituído, e não o substituto. Daí a afirmação de Araújo Cintra, ao comentar o art. 472 do CPC, no sentido de que "a palavra 'partes' não está na lei em seu sentido de sujeitos do contraditório do processo, mas indica o sujeito da relação jurídica litigiosa". *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2000, n. 267.

17 The brave new world of arbitration: third party funding. *ASA Bulletin*, 2011, p. 609/610.

18 Segundo Fouchard, Gaillard e Goldman, "on the other hand, the Cour de cassation suggested in one case that the rule that 'no one shall plead by proxy', according to which the name of the principal must be disclosed by an agent conducting proceedings in the principal's name, could be a requirement of international public policy. The petitioner argued that the decision it was challenging should have set

Desta forma, a existência de um financiamento prestado por terceiro para a arbitragem, com o consequente direito de uma parcela do êxito, é fato relevante, a cuja revelação a parte financiada está obrigada. Em reforço a este entendimento, veja-se que os *Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration* da International Bar Association classificam na categoria "waivable red list" a situação em que "the arbitrator or a close family member of the arbitrator has a close relationship with a third party who may be liable to recourse on the part of the unsuccessful party in the dispute" (Part II, item 2.2.3)[19].

3 Existência de Norma Impondo o Dever de Revelação pela Parte

Ninguém diverge do fato de que o dever de revelação impõe-se ao *árbitro* em relação às partes (Lei de Arbitragem, art. 14, § 1º). Ocorre que um árbitro só pode revelar aquilo que ele sabe ou tem condições de saber mediante uma pesquisa razoável[20]. Ora, o financiamento de uma das partes por um terceiro não representa uma informação acessível, até porque esses contratos, em geral, contêm cláusula de confidencialidade. Consequentemente, sem a revelação da parte, não se pode exigir de um árbitro a ciência deste fato.

Cabe, então, indagar se há norma impondo *à parte* o ônus de revelar um acerto privado entre ela e o terceiro, pelo qual este custeia a demanda daquele em troca de uma parcela do êxito. Em uma primeira abordagem, a resposta a esta pergunta é negativa. No entanto, uma verificação mais apurada sob a ótica obrigacional e, também, sob o plano da finalidade do processo arbitral conduz a uma resposta distinta.

Com efeito, o art. 14 da Lei de Arbitragem atribui ao árbitro a obrigação de revelar qualquer relação que o vincule às partes, ou "com o litígio que lhes for submetido". Os credores dessa obrigação são as partes, que têm direito a

---

aside, on the basis of Article 1502 5º, an award contravening that principle. The Cour de cassation held that the award which found a party liable towards a third party, which was the beneficiary of a third party stipulation, was not contrary to the rule that 'no one shall plead by proxy'. It therefore upheld the Court of Appeals' finding that in those circumstances the arbitrators had not contravened a rule of public policy. This might have led to the conclusion that the rule could therefore be considered to be a matter of international public policy. However, in a subsequent decision where a party's claim was in any case unfounded on the facts, the Paris Court of Appeals held that 'as [the rule] is not a matter of domestic public policy, neither is it a matter of international public policy'". Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Fouchard, Gaillard e Goldman on International Commercial Arbitration* (Emmanuel Gaillard e John Savage, eds.). The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 958/959.

19 Os conflitos categorizados como "waivable red list" são considerados sérios, mas, uma vez revelados pelos árbitros, as partes podem, em claro privilégio à autonomia de sua vontade, decidir desconsiderar tais conflitos (Part I, General Standards, item 4).

20 Seja permitido citar artigo de nossa autoria: Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 861 e ss.

uma sentença de mérito prolatada sob o pálio dos mais elevados princípios legais e constitucionais, e pagam caro por isso. A qualidade de credores dessa obrigação, todavia, impõe-lhes, ao mesmo tempo, o dever ínsito de cooperar para que o devedor da obrigação (o árbitro) possa cumpri-la da forma mais perfeita e completa possível, e com o menor custo.

Sob esse prisma, é oportuna a observação feita por Jacques Levy-Morelle, que, ao comentar o processo de designação dos árbitros por cada parte, assevera, com muita razão, que os litigantes têm o dever de respeitar a independência do "seu" árbitro e, justamente, de não considerá-lo como "seu", o que lhe impõe o dever de colaborar para a preservação desta independência até o final do procedimento. Nas suas palavras, "la partie désignante doit avoir la probité de respecter rigoureusement cette indépendance tant dans le choix de l'arbitre que durant toute la procédure"[21].

Ajunte-se a isso que a natureza contratual da cláusula arbitral atrai a incidência do art. 422 do Código Civil, segundo o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Desta forma, o dever geral de boa-fé impõe a todos os participantes de um processo arbitral a adoção de um comportamento pautado pela atuação transparente, que permita a prolação de uma sentença executável e privada de vícios ou defeitos. Nestas condições, a ignorância sobre o verdadeiro beneficiário de uma parte do resultado econômico advindo do processo arbitral poria em risco a higidez da sentença, caso se descobrisse um laço pessoal ou profissional entre o árbitro (ou pessoa a ele ligada) e o terceiro investidor, que impediria aquele de participar do processo arbitral, deixando, assim, uma grande margem para nulidade com base no art. 32, II, da Lei nº 9.307/96.

Ora, a parte é agente ativo na relação processual não somente por formular pretensões aos árbitros, mas por adequar sua participação no processo de forma a obedecer a padrões de comportamento que permitam a preservação do resultado útil do esforço de tempo e dinheiro feito por todos ao longo da demanda, o que se traduz em uma sentença executável. Com razão Pierre Tercier quando afirma que "D'abord contestée, la tendance générale paraît en faveur d'une plus grande transparence dans les rapports entre les arbitres (potentiels ou en charge) et les parties. Quand on connaît l'importance des décisions, quand on connaît les frais qu'entraîne une procédure internationale (et son annulation et sa repétition totale et partielle), quand on mesure les conséquences d'une

21 L'éthique des parties. *L'éthique dans l'arbitrage* (Guy Keutgen, dir.). Bruxelles: Bruylant, 2012. p. 84.

récusation ou d'une annulation, il est préférable pour prévenir tous les risques d'en dire plus afin de ne pas courir finalement celui d'en pas dire assez"[22].

Neste sentido, a fonte dessa obrigação geral de as partes atuarem de boa-fé em prol de um resultado útil para o processo arbitral também está presente em alguns regulamentos internacionais. Veja-se, por exemplo, o art. 32.2. das regras da LCIA: "In all matters not expressly provided for in these Rules, the LCIA Court, the Arbitral Tribunal and the parties shall act in the spirit of these Rules and shall make every reasonable effort to ensure that an award is legally enforceable"[23]. Mais recentemente, o art. 22.1 do novo regulamento da CCI também impõe às partes o dever de atuarem de forma expedita e eficiente: "The arbitral tribunal and the parties shall make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner, having regard to the complexity and value of the dispute"[24].

O binômio rapidez-eficiência vincula, portanto, o Tribunal Arbitral e as partes, credores recíprocos de um processo arbitral que dure o menor tempo possível, ao menor custo possível e da forma mais eficaz – *rectius*, legal – possível. Para atingirem tal objetivo, devem contribuir com o desempenho adequado de seus papéis na condução legal e efetiva do procedimento (pelo tribunal) e na adoção de um comportamento legítimo (pelas partes) na busca da solução do litígio. Como lembra corretamente Jacques Levy-Morelle, "sur le plan éthique, la procédure doit être comprise comme étant la main courante des parties et leur garantie d'un procès loyal. Elle ne peut devenir une arme qu'en cas de violation d'un principe fondamental. Sont donc contraires à l'éthique (et au principe d'exécution de bonne foi des conventions), les comportements des parties visant à bloquer ou à retarder indûment le bon déroulement du processus d'arbitrage convenu"[25].

No âmbito do novo direito francês em matéria de arbitragem (Decreto 2011-48, de 13 de janeiro de 2011), consta um dispositivo sobre lealdade das partes e celeridade, expresso no art. 1464, alínea 3: "Les parties et les arbitres

---

22 L'éthique des Arbitres. *L'éthique dans l'arbitrage*, cit., p. 28.

23 "Since the Rules do not and cannot cater for every eventuality, the first part of Article 32.2 provides the parties, the tribunal, and the LCIA Court with the injunction to act in the spirit of the Rules when they come across a point that is not 'expressly provided for' (...)." (Peter Turner, Reza Mohtashami, *A guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 231)

24 "The provision aims above all to exclude unnecessarily aggressive, improper or disruptive tactics and what might be described as an overlawyered approach. Although it is not unusual for such a duty to be placed on arbitral tribunals under various rides and laws, Article 22(1) makes it clear that this duty is also to be assumed by the, parties." (Jason Fry, Simon Greenberg, Francesca Mazza, cit., p. 233)

25 Cit., p. 87.

agissent avec célérité et loyauté dans La conduite de la procédure"[26]. Consoante noticiam Matthieu de Boisséson e José Emilio Nunes Pinto, "un vif débat eu lieu au sein des groupes de travail constitués par le Comité Français d'Arbitrage sur ce genre de directive. En effet, certains, dont l'un des auteurs de cet article, étaient réticents à insérer dans le texte des directives davantage morales que juridiques et qui relèveraient plus d'un code de bonne conduite que de la nature d'un texte de loi"[27].

Desta forma, seja sob a ótica obrigacional, seja sob a perspectiva da atuação de boa-fé, somos da opinião que a parte tem a obrigação de informar ao árbitro sobre fatos que afetem o resultado do litígio, pois a ciência desses fatos envolvendo a pessoa do terceiro que investe no caso para se beneficiar do resultado da demanda pode afetar a independência do árbitro.

Dito sob a forma negativa, a parte não tem o direito de esconder do árbitro a participação efetiva e direta de um terceiro no resultado da demanda, na medida em que essa participação, dependendo das circunstâncias avaliadas pelo árbitro e pelas próprias partes – já que o padrão de independência se mede por aquilo que possa gerar dúvida justificável aos olhos da parte – pode comprometer a inteireza e legalidade do processo arbitral.

4 Momento da Revelação

Surge, então, a questão de se saber em que momento deve ser feita a revelação sobre a participação do terceiro como financiador de uma das partes. Obviamente, quanto mais cedo, melhor. Assim, na consulta prévia feita a um potencial árbitro para a causa, deve ser revelada a participação do terceiro como financiador, a fim de que este árbitro já possa fazer, desde logo, sua checagem de conflito[28]. Como, na maioria das vezes, essa informação é prestada verbalmente na consulta feita pelo advogado da parte, o árbitro zeloso da sua obrigação de revelação indicará na sua declaração de independência[29] que teve ciência do interesse do financiador no resultado da demanda e que tal fato não afeta sua independência.

---

26 Para uma leitura mais meticulosa sobre o tema, cf. Yves Derains e Ana Paula Montans: Os princípios da lealdade, celeridade e confidencialidade codificados pelo novo decreto francês de arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 32, out./dez. 2011, p. 30-47.

27 Synthèse sur le nouveau droit de l'arbitrage. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 32, out./dez. 2011, p. 12.

28 Obviamente, a parte financiada deverá revelar este fato aos demais árbitros, uma vez conhecidos.

29 Alternativamente, a declaração pode ser feita no formulário impresso fornecido pela instituição sob cujas regras se processará a arbitragem.

Inexistindo consulta prévia ao potencial árbitro, nada impede que a revelação seja feita com a apresentação do requerimento de arbitragem, informando, desde logo, a existência de um interesse de terceiro, que, embora não seja parte, terá benefícios decorrentes da sentença arbitral, em caso de vitória da parte financiada.

Todavia, nem sempre a participação do terceiro ocorre no início do processo arbitral, mas apenas após a instalação do Tribunal, ou em fase mais avançada da demanda. Neste caso, a revelação deve ser feita de forma expressa pela parte financiada, que, nesta ocasião, deve solicitar dos árbitros a ratificação de seu compromisso de independência para, agora, incluir a pessoa do terceiro investidor.

Em não havendo revelação espontânea pela parte financiada, resta saber de que forma o Tribunal Arbitral poderia ter ciência deste fato. A questão nos parece simples: basta exortar às partes que prestem a informação, seja incluindo-a no Termo de Arbitragem, seja em um momento posterior, através de ordem processual expedida *ex officio*, ou por provocação de uma das partes.

Em uma mesa redonda organizada pela renomada *Global Arbitration Review* sob a denominação "The dynamics of third-party funding", da qual fizeram parte experientes advogados internacionais e executivos ligados a empresas que financiam processos judiciais e arbitrais, o tema foi debatido, tendo sido assinalado por um dos participantes que essa prática já vem sendo adotada por árbitros ingleses, ainda que em um outro contexto, sempre para evitar impugnações futuras: "barrister-arbitrators in the UK have now started to ask parties who they are instructing as counsel before accepting a brief, to avoid a later challenge as a result of a party introducing counsel from their own chambers"[30].

Uma situação interessante ocorreria se o contrato entre o terceiro investidor e a parte financiada contiver uma cláusula de confidencialidade que impeça a revelação a quaisquer terceiros, inclusive ao Tribunal Arbitral, e o investidor não autorize a revelação. *Quid iuris*? A situação é complexa, na medida em que o Tribunal Arbitral, ao exigir a revelação, estaria constrangendo a parte financiada a inadimplir uma obrigação pactuada com terceiro. Por outro lado, a ausência de revelação colocaria todos os árbitros em xeque, e, consequentemente, o processo arbitral estaria sob constante risco, caso o terceiro tivesse qualquer vínculo com um dos árbitros, os quais, por óbvio, desconhecem tal fato, pois não lhes foi revelada a identidade do financiador.

30 *Global Arbitration Review*, vol. 7, Issue 1, 2011, p. 21.

Diante dos interesses em conflito, e devidamente ponderados os valores em jogo, parece-nos que a melhor solução seria a de exigir a informação da parte financiada, a qual poderia sempre se isentar de responsabilidade perante o terceiro financiador sob o legítimo argumento de que a revelação se deu em cumprimento a uma ordem emanada de uma autoridade legal, o que, como cediço, é sempre uma excludente em cláusulas de confidencialidade[31].

Outra possibilidade seria advertir o terceiro de que a falta de revelação sobre a identidade do investidor constituiria uma reserva ilegítima do direito de anular uma futura sentença desfavorável sob argumento de falta de independência do(s) árbitro(s), diante da aplicação do adágio *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*[32]. De fato, não se poderia coonestar com o comportamento torpe de quem recusa a revelação para manter íntegro um direito de impugnação futura.

Uma vez revelada a existência de um terceiro financiando uma das partes, a análise da independência do árbitro, em princípio, não difere em nada da que é feita em relação às partes formais do processo. Na verdade, essa afirmação merece ser temperada, pois é possível contemplar uma exceção: a que diz respeito às frequentes indicações recebidas pelo árbitro.

Com efeito, a doutrina admite que as repetidas indicações provenientes do mesmo cliente, ou do mesmo advogado, podem afetar a independência do

---

31 Nesse sentido, ver especificamente sobre confidencialidade em arbitragem a seção destinada ao escopo da obrigação de confidencialidade que, por óbvio, não se mantém em situações como existência de obrigação de revelação prevista em lei. Cf. Ileana M. Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, capítulo 3.

32 A jurisprudência francesa só admite a ação anulatória de laudo arbitral se o fundamento da nulidade tiver sido apresentado previamente ao Tribunal Arbitral. É o que noticiam Fouchard, Gaillard e Goldman: "In order to be admissible before the French courts, a ground for setting the award aside must have been raised whenever possible before the arbitral tribunal itself. Thus, for example, a party which fails to challenge the jurisdiction of the arbitral tribunal before the arbitrators themselves will be deemed to have ratified their jurisdiction, thereby precluding any subsequent challenge on that issue before the French courts. The same applies where no objection is made to the composition of the arbitral tribunal, the appointment of an arbitrator or the expiration of the deadline within which the arbitral tribunal must make its award. Likewise, if a party considers that its opponent has breached the rules of due process by submitting a particular pleading or document, it must immediately protest to the arbitral tribunal, so that the tribunal will have an opportunity to remedy the breach. For example, the tribunal may allow the protesting party time to respond, or strike the disputed document from the record. If no objection is made, the party which considers itself to be the victim of a violation of due process will not be entitled to rely on that breach at a later stage as a ground on which to have the award set aside. In addition, where the parties have initially agreed that the arbitrators are to make separate awards on jurisdiction and on the merits and the arbitral tribunal subsequently declares that it intends to proceed otherwise, a party which fails to protest immediately to the arbitral tribunal will not be entitled to base an action to set aside or challenging enforcement of an award on the arbitrators' failure to comply with the parties' initial agreement" (Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, cit., p. 927/928).

árbitro, devendo, portanto, serem reveladas[33]. Todavia, deve haver revelação se o árbitro é indicado para questões em que há a presença do mesmo investidor, mas envolvendo clientes e advogados diversos? A resposta dependerá de uma informação que nem sempre é possível de ser obtida: até que ponto o investidor interferiu na indicação do árbitro[34]? Parece-nos que a indicação repetida de um árbitro por parte de um mesmo investidor, cuja atuação seja mais ativa, possa representar um conflito, ao passo que a mera participação passiva de um investidor em outras arbitragens em que o árbitro foi indicado não geraria o conflito. Como se disse, a questão é de difícil solução, na medida em que a informação mais relevante – qual a efetiva participação do investidor na indicação do árbitro – nem sempre estará disponível.

5 Amplitude da Revelação

A revelação não precisa ir tão longe a ponto de se informar sobre os detalhes do acordo de financiamento – v.g., qual o percentual de participação no êxito, quais os direitos reconhecidos ao terceiro na condução do processo arbitral, qual o limite do financiamento concedido à parte – entre o terceiro financiador e a parte, tampouco sobre a extensão de seu envolvimento[35], sendo suficiente apenas a identidade daqueles que se beneficiarão diretamente do laudo arbitral em caso de êxito da parte financiada.

A revelação da identidade do financiador ganha um especial contorno em se tratando de um fundo de investimento, muitos dos quais organizados exclusivamente para financiar processos judiciais e arbitrais. Neste caso, a revelação deve incluir o nome do administrador do fundo, do gestor e dos respectivos cotistas? A resposta é afirmativa.

---

33 Seja permitido citar artigo de nossa autoria, cit., p. 875/879.

34 Na já citada mesa redonda organizada pela *Global Arbitration Review*, os participantes debateram em que medida os investidores participam, efetivamente, da formação do Tribunal Arbitral. Segundo o advogado Robert Volterra, "funders seldom get an opportunity to do this in practice as the tribunal is normally constituted before a funding agreement is in place and thus is 'set in stone'". Na opinião dos investidores presentes no evento, nem sempre o cenário se passa dessa forma. Segundo Selvyn Seidel, do Fulbrook Management, "a funder may refuse to fund a case if he lacks confidence in those involved". No mesmo sentido afirmou Walter Remmerswall: "The appointment of an arbitrator is a decision taken by client and counsel, and when we have thoughts about it we will share them. At the end of the day, you try to act as a team". Cit., p. 17.

35 Há situações em que o investidor apenas aporta a quantia necessária e aguarda o resultado, enquanto em outras ele participa muito ativamente do caso, discutindo teses, interferindo na estratégia jurídica, indicando advogados, aprovando minutas e faturas de honorários.

Embora o administrador do fundo, pelas suas restritas atribuições legais[36], não tenha qualquer poder ou ingerência sobre os destinos dos recursos aplicados no fundo[37], nem sobre a alocação de recursos[38], ele é o representante dos cotistas perante terceiros, e, além disso, os benefícios advindos da sentença favorável ao fundo podem repercutir na sua remuneração, representada por um percentual do patrimônio líquido do fundo.

O mesmo se passa em relação ao gestor, o qual é diretamente interessado no resultado da demanda. Isso porque sua função é alocar os recursos da forma mais rentável possível – financiar uma arbitragem em troca de um benefício do êxito representa, na essência, uma decisão sobre a compra de um ativo para o fundo[39] –, e sua remuneração está necessariamente atrelada à *performance* do fundo, a qual é diretamente impactada pelo resultado da demanda.

Da mesma forma se passa em relação aos cotistas, que são os verdadeiros titulares do patrimônio que compõe o fundo. Após a revelação, pode ocorrer de o árbitro verificar ser ele próprio cotista desse fundo[40], hipótese em que o conflito se torna evidente, pouco importando a relevância de sua participação, não se aplicando, no caso, a situação prevista no item 4.5.2. dos *Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration* da International Bar Association, que classifica na lista verde –desnecessidade de revelação – a circunstância de "the arbitrator holds na insignificant amount of shares in one of the parties or na affiliate of one of the parties, which is publicly listed".

---

36 Dispõe o art. 56 da Instrução CVM nº 409/04: "Art. 56. A administração do fundo compreende o conjunto de serviços relacionados direta ou indiretamente ao funcionamento e à manutenção do fundo, que podem ser prestados pelo próprio administrador ou por terceiros por ele contratados, por escrito, em nome do fundo".

37 De fato, como sustenta Luis Henrique Bertolino Braido, "ao focar na instituição gestora do fundo, o modelo omite a figura da instituição administradora que, no Brasil, tem apenas uma função administrativa sem interferir nas decisões de investimento" (Remuneração e incentivos em fundos de investimento. In: *Gestão de investimentos e fundos*. Rio de Janeiro: Financial Consultoria, 2006. p. 113).

38 A função do administrador pode, em certas situações extremas, envolver até mesmo a venda ou compra de ativos, na hipótese da carteira do fundo estar desenquadrada – i.e., fora dos limites legais e operacionais previstos no regulamento do fundo para a composição da carteira – e o gestor, intimado pelo administrador para reenquadrá-la, permanecer inerte.

39 Dispõe o § 2º do art. 56 da Instrução CVM nº 409/04: "§ 2º Gestão da carteira do fundo é a gestão profissional, conforme estabelecido no seu regulamento, dos títulos e valores mobiliários dela integrantes, desempenhada por pessoa natural ou jurídica credenciada como administradora de carteira de valores mobiliários pela CVM, tendo o gestor poderes para negociar, em nome do fundo de investimento, os referidos títulos e valores mobiliários".

40 A situação é bizarra, pois alguém que se proponha a desempenhar a elevada função de árbitro não pode participar de um fundo de investimento que tenha por finalidade aplicar recursos em financiamento de demandas judiciais ou arbitrais.

Conclusão

No caso de um TPF, a presença do terceiro é peculiar, pois ele não participa do processo; continua, por isso, um terceiro. Mas, curiosamente, mesmo essa "não participação" afeta o processo arbitral, na medida em que os árbitros devem ter ciência de que os benefícios econômicos diretos advindos da sentença arbitral não se restringirão à parte vitoriosa, mas aproveitarão também alguém que não participou ostensivamente do caso.

O fato é que, mesmo não integrando de maneira formal e expressa a relação processual, o terceiro se faz presente com o provimento dos recursos necessários a que uma das partes arque com os custos do seu pleito, em contrapartida do benefício financeiro advindo da vitória da parte financiada. Não é, portanto, alguém completamente estranho à lide. Assim, em nosso juízo, a junção desses dois fatores – pagamento das despesas processuais e interesse direto no resultado da demanda – o transforma em uma "quase-parte"[41], devendo, pois, sua esfera de interesses ser contemplada pelo árbitro quando da verificação de sua independência[42].

Neste particular, a atipicidade da participação do terceiro investidor na arbitragem demanda da parte, que dele se beneficia, uma transparência absoluta em relação a todas as personagens atuantes no processo arbitral. Consequentemente, quem opta por introduzir o terceiro na relação litigiosa tem o ônus de fazê-lo às claras. Na oportuna reflexão de Jacques Levy-Morelle, "le litige exacerbe les intérêts et peut aveugler la morale. Un litige important se clôturant par une décision défavorable n'est pas sans conséquence pour l'acctionnaire, pour les dirigeants, pour le personnel et pour les créanciers. La probité dans la dificulté est une qualité d'autant plus appreciable qu'elle peut être lourde à porter"[43].

Se é verdade que a arbitragem é uma justiça privada e que não existe serviço público de justiça arbitral, isso não significa que ela seja apenas para partes abastadas, sendo desejável admitir-se o financiamento por terceiros, como uma ferramenta útil à socialização do acesso à justiça a demandantes

---

41 A expressão decorre de uma comparação – forçada, admite-se – com a figura do "quase-contrato", que, segundo José Roberto de Castro Neves, surgia em "hipóteses nas quais não havia o contrato, mas a situação deveria ser tratada como se assim fosse (...). Isso ocorria se houvesse um fato que originava obrigações, tal como se fosse um contrato, embora não houvesse uma convergência de vontades. *Quasi*, em latim, significa 'como se'. Os *quasicontractus* eram situações que se assemelhavam aos contratos, embora não o fossem". *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 29.

42 Tenha-se presente que essa participação do financiador não o obriga a integrar o processo arbitral, mas deve ser levada em consideração para efeitos de avaliação da independência dos árbitros.

43 *Cit.*, p. 88.

desprovidos de caixa para litigar. Esse produto, contudo, pela sua novidade, impõe reflexões, notadamente no contexto da avaliação da independência dos árbitros em relação ao terceiro financiador.

Por fim, não nos parece necessária a adoção de leis ou diretivas de *soft law*[44] para regular as questões de independência dos árbitros na presença de um TPF[45]. Este, certamente, é um tema cuja solução deve ser casuística, deixada à prudente discrição dos envolvidos no caso em questão. Não há risco nessa abordagem, pois o alto nível da comunidade arbitral brasileira certamente construirá os limites naturais para conter os eventuais abusos decorrentes dessa nova forma de financiamento.

44 "Conflict-of-interest principles will remain useful only if implemented with sensitivity to new trouble spots. Traditional ethical models serve as starting points for evaluating the fitness of those to whom business managers, investors, and nations entrust their treasure and their welfare. Any model, however, must be flexible enough to address novel professional temptations." William W. Park, Rectitude in international arbitration, *Arbitration International*, 2001, p. 474.

45 No âmbito da *soft law* ou *self-regulation*, é preciso fazer referência ao *Code of Conduct for Litigation Funders*, uma iniciativa do Civil Justice Council Working Group, que implicou a criação da *Association of Litigation Funders of Englandand Wales* e do Código, ambos criados em novembro de 2011, que, a propósito, não faz referência alguma à escolha do árbitro ou a questões ligadas à sua independência.

Patologias do Procedimento Arbitral Atual*

Maristela Basso

Professora de Direito Internacional da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Revisão Imprescindível da Finalidade da Arbitragem e seu Papel Institucional. III – Comportamento das Partes, dos Advogados e dos Árbitros: Necessidade de Observância dos Princípios Elementares do Processo Arbitral; 1 Postura das Partes na Arbitragem; a) Efetividade e Neutralização do Conflito; b) Manifestação das Partes e Oportunidades Conferidas pela Arbitragem; c) Confidencialidade e Proteção dos Segredos Envolvidos na Disputa Comercial; d) Observância do Princípio da Cordialidade e da Preservação das Boas Relações; e) Observância do Princípio da Não Surpresa; 2 Atuação dos Advogados; 3 Comportamento dos Árbitros e das Partes no Processo Arbitral e Celeridade do Procedimento; a) Poderes e Deveres dos Árbitros; b) Corporações ou *Close Shops*. IV – Práticas Frequentes de Obstrução Procedimental, Desvios Processuais e Procrastinação da Arbitragem.

I – Introdução

Por mais que já tenhamos nos debruçado sobre importantes aspectos da arbitragem (natureza, finalidade, partes, procedimento, controvérsias a respeito de seu reconhecimento nos ordenamentos internos), ainda persiste como valiosa a análise, com base na prática arbitral interna e internacional, de algumas de suas particularidades, tais como o excesso de flexibilidade e de informalidade indispensáveis ao processo arbitral, sem as quais o instituto da arbitragem não lograria as funções pretendidas.

Da essência da arbitragem, como instituto privado de escopo pacificador de conflitos em âmbitos nacional e internacional e enquanto processo adjudi-

* Este estudo tem por base o artigo "Mito e Realidade do Procedimento Arbitral", escrito em 2003 e publicado na *Revista DeCITA, 02.2004, Derecho del Comercio Internacional,* Buenos Aires: Zavalia, organizada por Adriana Dreyzin de Klor e Diego P. F. Arroyo, p. 51-67. A intenção aqui é refletir, 12 anos depois de escrito, sobre o artigo "Mitos" e debater alternativas aos problemas encontrados hoje. Este artigo publicado agora implica, portanto, uma derivação atualizada daquele.

catório, são inerentes os atributos da "celeridade" e da "desformalização"[1], fundamentais para determinar o espaço de negociações em que seja possível satisfazer as partes envolvidas no conflito, bem como reduzir o tempo de espera pela decisão adequada, oportuna e equitativa.

A duração de um processo arbitral é consideravelmente menor do que um processo judicial. Em atenção ao princípio da autonomia da vontade, as partes podem regular integralmente o procedimento e, assim sendo, regular também o tempo do processo e o prazo para a prolação da sentença. Caso não estipulem ou não esteja previsto no regulamento da instituição escolhida, estabelece a lei que o prazo para a sentença será de seis meses contados da data de instituição da arbitragem, ou seja, do momento em que os árbitros aceitam o encargo (Lei de Arbitragem, art. 23).

Um dos critérios orientadores das partes na escolha da solução arbitral repousa exatamente na celeridade proporcionada pela desformalização do processo, ou seja, pelo abandono de formas rígidas, que seriam destinadas a salvaguardar o devido processo legal, mas muitas vezes funcionam como fatores de emperramento do processo. De fato, o binômio segurança e celeridade é de difícil equacionamento, sendo certo que, em sede de arbitragem, é sempre mais fácil conciliar os dois valores. Estando o processo arbitral sob o controle dos compromitentes, podem eles estabelecer como, quando e onde querem ver realizados os atos processuais. Ademais, o procedimento arbitral é um processo absolutamente desburocratizado, no qual são dispensados os formalismos próprios do processo judicial, tais como autuações, vistas, carimbos, prazos e recursos desnecessários[2].

A rapidez (celeridade) talvez seja a mais festejada das qualidades da arbitragem, que, a princípio, reúne as condições para superar a ampla possibilidade de recursos, resultando em morosidade da maquina judiciária estatal, a começar pelo fato de que os árbitros não se encontram sobrecarregados com uma enormidade de processos, como ocorre com os juízes togados. Some-se a isso o fato de os litigantes fixarem o prazo para que a sentença arbitral seja proferida, que, segundo a Lei de Arbitragem, foi convencionado em, no máximo, seis meses. Outro fator que contribui para acelerar a decisão arbitral é a possibilidade de a escolha do árbitro recair sobre um técnico especialista na

---

1 Optamos neste texto em não empregar a palavra em língua portuguesa "informalidade"; preferimos a expressão "desformalização". Isto porque "informalidade" significa "sem cerimônia", "descontraído" e não é isto exatamente que se busca na arbitragem. Assim, a expressão "desformalização" nos parece mais adequada na medida em que significa "não criar regras", "evitar procedimentos padronizados", "evitar a prática de atos de acordo com regras padronizadas", "evitar solenidades".

2 NETO, Francisco Maia. *Arbitragem*: a solução extrajudicial de conflitos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 11.

matéria a ser decidida, o que não ocorre no Poder Judiciário, no qual o juiz é obrigado a nomear peritos para elaborarem laudos técnicos sobre o assunto específico em discussão. Além disso, a ausência de recursos na arbitragem já torna o processo mais célere do que o judicial. A sentença arbitral, via de regra, apenas poderá ser impugnada caso seja configurada uma das hipóteses relacionadas no art. 32 da LA.

Ora, nesse cenário surge a arbitragem acenando com a possibilidade de resolver as questões que dizem respeito a direitos patrimoniais disponíveis (tudo que possa ser objeto de transação), por especialistas nas matérias em discussão, com celeridade e sigilo. A lei tem contado com o apoio do Judiciário, que tem referendado seus ditames e outorgado a segurança jurídica necessária à sua utilização. A arbitragem enfatiza a celeridade, a liberdade das partes escolherem seus julgadores e as regras pelas quais estes decidirão. A lei permite até a escolha de uma lei estrangeira para decidir a questão, desde que não ofenda a ordem pública e os bons costumes[3].

A arbitragem, não é demasiado lembrar, não tem o caráter formal e contencioso que permeia tradicionalmente a jurisdição estatal. A arbitragem é, em sua essência e originalidade, mecanismo misto de composição de conflitos, baseado tanto em negociação como adjudicação, no qual as partes investem de poder aos árbitros para que cheguem à solução satisfatória dotada de reconhecimento e identidade jurisdicional. Contudo, a prática tem revelado que, com base no caráter menos formal e ritualístico, as partes têm abusado da informalidade e não têm escapado da observância do "princípio da não surpresa".

Essa mentalidade encontra suas raízes na orientação clássica do direito internacional público, do qual extraímos as maiores contribuições para o funcionamento da arbitragem, sua dinâmica e efeitos práticos. Como se sabe, é na experiência das arbitragens internacionais de direito internacional público que se torna inafastável a ideia de que o percurso trilhado até a decisão proferida pelos árbitros deve ser o mais amigável e racionalizador possível, sem apego demasiado às estruturas típicas do processo em sede judicial estatal[4]. Contudo, a desnecessidade de desapego não implica negação ou recusa aos princípios do direito processual civil, que pode servir nas arbitragens como importante

---

3 *Vide* artigo de Selma Lemes. *Arbitragem*: celeridade e justiça na solução de conflitos empresariais. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri18.pdfhttp://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri18.pdf>. Acesso em: 21 out. 2013.

4 Sobre a utilidade e funcionalidade do instituto da arbitragem relacionado à solução de controvérsias em sede nacional e internacional, como no caso dos meios diplomáticos e adjudicatórios (judiciais e negociais), bem como as referências sobre os ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*), é interessante o trabalho de M.N. Shaw, *International law*, 3rd. ed., Cambridge University Press, 1999.

instrumento norteador do "processo", de garantia de estabilidade do objeto da lide, de respeito e observância do *due process*.

Mesmo conhecidos os princípios e fundamentos do instituto da arbitragem, ainda encontramos na prática inúmeros problemas relacionados ao procedimento arbitral tanto no que diz respeito ao comportamento das partes e dos árbitros quanto aos desvios procedimentais (ou processuais) que afetam a arbitragem comprometendo seus principais atributos.

Esses problemas resultam, a meu ver, das dificuldades de harmonização entre os atributos da arbitragem (celeridade e desformalização) e a crença arraigada no excesso de petições, pedidos repetidos, provas desnecessárias e recursos descabidos. Sob a perspectiva dos árbitros, tem sido frequente também o retorno ao contraditório, mesmo já extinta a jurisdição do tribunal arbitral com a prolação da sentença, abrindo vistas à parte contrária para que se manifeste sobre os pedidos de esclarecimentos da outra.

É a respeito desses problemas e dificuldades que me ocupo aqui.

II – Revisão Imprescindível da Finalidade da Arbitragem e seu Papel Institucional

Sob a ótica internacional, a experiência da arbitragem comercial revelou-se muita mais rica e promissora nos últimos anos, especialmente com a institucionalização de procedimentos que valorizam a observância de estatutos e regras de *compliance* das câmaras de comércio e demais entidades voltadas à solução alternativa de conflitos, tais como a mediação e a conciliação. Os exemplos de maior destaque são, sem dúvida, a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris – CCI/*ICC* e o círculo de especialistas que se agregou ao seu redor. O sistema de arbitragem da CCI fundamenta-se nos princípios da universalidade e flexibilidade e visa facilitar o gerenciamento de todos os processos que se constituam sobre sua égide.

É óbvia a importância dos resultados preventivos da arbitragem (*prevent results*), sob o entendimento de que sua principal função é a busca de solução consensual, isto é, a efetiva capacidade do instituto de alcançar solução voluntária. Nesse contexto, o papel dos árbitros é justamente o de estimular a negociação entre as partes, trazendo resposta razoável para os conflitos apresentados. Desta forma, onde quer que existam instituições voltadas para a realização da arbitragem, é sempre imprescindível verificar se elas têm o objetivo primordial de resolução dos conflitos por meio do consenso e da negociação com base em procedimentos céleres e eficientes. Se assim não fosse, a utilidade que se reconhece ao instituto estaria comprometida.

Na mesma estrada da CCI, em nível nacional, deve ser referida a Câmara de Arbitragem e Mediação da CCBC, cujo novo Regulamento entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2012. Este, sem dúvida, está em linha com os regulamentos das instituições arbitrais internacionais mais importantes. Ademais, seu "Código de Ética" serve como farol seguro aos árbitros – tanto aos iniciantes quanto aos mais experientes.

No contexto atual do sistema de solução de controvérsias, o papel da arbitragem deve ser sempre o de estabelecer associação entre os benefícios da solução amigável e a institucionalização de seu procedimento – quer seja adjudicatório ou diplomático. Não há dúvida de que a satisfação das expectativas das partes e o cumprimento da decisão arbitral dependem da observância dos atributos do instituto e de seu papel como outro método de solução de controvérsias diferente daquele judiciário[5].

Tanto é que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América já teve oportunidade de se manifestar sobre os contornos e finalidades da arbitragem, como no caso *Gardner-Denver Co.*[6], no qual foram ressaltados atributos específicos da informalidade do procedimento, o papel do árbitro e a necessidade das partes por resposta rápida e especializada sobre determinado problema. Não é segredo que o pretendido na arbitragem é justamente um conjunto de situações propícias às partes, tanto pela necessidade de se chegar, com rapidez e maior especialização, à solução para determinado conflito como também contar com a presença de árbitros dotados de conhecimento específico em determinados campos, como acontece com relação às matérias de contratos, organização industrial, mercados de capitais, comércio internacional, propriedade intelectual, tecnologia, informática, meio ambiente e tantas outras áreas específicas. No tratamento da arbitragem, a mera técnica jurídica, na visão estrita do "saber prudencial", pode, em muitos casos, não ser suficiente.

---

5 Costuma-se referir à arbitragem como "método alternativo de solução de controvérsias". Contudo, dever-se-ia evitar esta expressão "alternativo". Na língua portuguesa, esta não é uma expressão adequada ao que se pretende dizer. A arbitragem implica método de solução de controvérsias que convive como o "judicial" pacificamente e serve àquelas situações cujas análise e solução encontrariam mais adequado, célere e especializado encaminhamento na arbitragem do que no Poder Judiciário. A este respeito, importantes pesquisas empíricas foram realizadas por B. Uhle, "The arbitrator as mediator: some recent empirical insights", *Journal of International Arbitration*, 2003, p. 81-90. Neste estudo, o autor levou em conta o trabalho de 53 entidades voltadas à arbitragem, em 14 países diferentes, e chegou a constatação de que até o ano de 2002 havia 2.500 árbitros atuantes em arbitragens comerciais. Além disso, dos 89% dos casos levantados, a arbitragem estaria fundamentalmente assentada na solução consensual, rápida e eficaz dos conflitos.

6 Cf. *Alexander v. Gardner-Denver Co.,* 415 U.S. 36 (1974), parágrafos 56-57. Outro caso interessante, *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.,* 500 U.S. 20 (1991), retomou a discussão sobre o alcance das arbitragens no direito norte-americano, especialmente com relação às matérias (direitos disponíveis/indisponíveis) que as partes abordam em suas negociações.

Uma vez que a arbitragem atinge e concorre diretamente com um dos poderes do Estado – o de aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto, submetido ao Poder Judiciário –, compreende-se que os debates a respeito de sua natureza jurídica venham impregnados de inconfessáveis matizes de cunho ideológico, as quais, à evidência, obnubilam a arena científica no bojo da qual deveria ser conduzida a análise. Num país como o Brasil, onde ainda vigora uma mentalidade estatólatra, desconfiada de tudo o que venha do setor privado, é claro que o ataque à arbitragem sempre se fez sentir, embora a internacionalização da economia e a mera observação da práxis internacional tenham contribuído para amenizar a defesa intransigente do atraso judicial. Daí por que parece-nos incontestável a posição de José Carlos Magalhães de que, "se a arbitragem é contratual em seu fundamento [o compromisso], é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios". Em outras palavras, entendemos, como esse autor, que a arbitragem tem natureza jurídica mista, *sui generis*, contratual em seu fundamento e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo do direito[7].

III – Comportamento das Partes, dos Advogados e dos Árbitros: Necessidade de Observância dos Princípios Elementares do Processo Arbitral

O ponto de partida para a delimitação do conjunto de princípios elementares da disciplina jurídica do processo arbitral está justamente em dois momentos distintos. O primeiro é aquele em que se determina a competência decisória do árbitro, se define sua esfera de atuação e se especifica a natureza do juízo arbitral. O segundo diz respeito à preservação dos princípios do devido processo legal e daqueles específicos atribuídos à arbitragem em seu caráter procedimental. O procedimento arbitral não sobrevive afastado e na negação do direito processual civil.

No que diz respeito ao primeiro momento, é nele que se define a denominação que o árbitro recebe – juiz de fato ou de direito – como também se põe em relevo a preservação das relações éticas envolvidas no procedimento arbitral (parâmetros de conduta do árbitro). A este aspecto soma-se a preocupação com o paradigma da neutralidade, isto é, a efetiva combinação entre valores de independência, imparcialidade, afastamento objetivo e discrição, que devem

7 Como afirmado por CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13-16.

nortear a atuação dos árbitros e tribunais arbitrais[8]. Para tanto, o Código de Ética do Centro de Arbitragem e Mediação da CCBC é excelente conselheiro.

Segundo o Regulamento da "CAM/CCBC", o esgotamento da fase de instrução se dá justamente no momento em que o tribunal, tendo presente que as partes apresentaram todas as suas alegações e todas as provas foram produzidas, abre prazo de até 30 dias para apresentação de alegações finais pelas partes (art. 7.7 do Regulamento). A partir do encerramento dessa fase, as partes não deveriam mais apresentar petições, alegações ou provas, a não ser quando autorizadas ou solicitadas pelo tribunal. O poder concentrado nesta faculdade do árbitro se reflete na valorização da celeridade do procedimento, deixando pouco espaço para que as partes se manifestem depois de encerrada a fase de apresentação das alegações e produção de provas. Caberá ao árbitro, em sua discricionariedade, decidir se admite ou não pedidos adicionais ou manifestações que não foram apresentadas na fase de instrução, mas em uma faixa transitória entre aquela e a fase de decisão. Com isso, o árbitro controla e pode estimar com razoável facilidade o tempo de decisão definitiva. Para as partes, esse critério é de ampla segurança[9].

No que diz respeito ao segundo momento, muito mais amplo, busca-se associar dois valores: a preservação de princípios elementares do processo (civil) e a possibilidade de as partes, árbitros ou tribunais arbitrais adotarem um determinado procedimento, sempre em consonância com o quadro hipotético que a legislação reservou. Daí por que se dá tanta ênfase aos princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade dos árbitros e de seu livre-convencimento – da mesma forma que se faz no processo judicial.

Em grande medida, essa tendência reflete a adequação entre o princípio da autonomia das partes de especificarem as regras que vão solucionar a questão surgida entre elas e o objetivo de preservação dos princípios gerais e

---

8 A esse respeito, são importantes as considerações de C. A. Carmona, "A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei", *Revista do Processo*, Brasil, n. 72, 1993, p. 63 e ss., para quem fica evidente o comportamento do árbitro no procedimento – uma advertência feita já na fase preparatória do anteprojeto de lei que deu origem à vigente legislação de arbitragem no Brasil, bem como à associação à matéria de responsabilidade criminal dos árbitros. Assim, o autor se posiciona: "Importa frisar que o árbitro deverá proceder sempre com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição no exercício de sua atividade, que substancialmente não se difere daquela desempenhada pelo juiz estatal, razão pela qual a comissão fez inserir no anteprojeto o disposto no art. 17, equiparando árbitros e funcionários públicos, para efeitos da legislação penal.
Vale a pena citar o art. 17 da Lei brasileira nº 9.307/96: 'Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal'."

9 A redação do art. 22.1 do Regulamento da CCI também é clara a esse respeito: "O Tribunal Arbitral declarará encerrada a instrução quando considerar que as partes tiveram ampla oportunidade de expor as suas alegações. Após essa data, não poderá ser apresentada qualquer petição, alegação ou prova, salvo quando solicitada ou autorizada pelo Tribunal Arbitral".

elementares do processo, que devem ser atendidos tanto na esfera do processo civil como no da arbitragem.

L. Shore enfatiza que "a natureza da arbitragem comercial internacional é fundada na flexibilidade do conflito, para cuja solução o árbitro pode buscar normas de vários sistemas normativos, associar evidências e promover o adequado funcionamento do processo arbitral, superando as dificuldades resultantes das falhas de informações básicas entre as partes". Segundo o autor citado, "a arbitragem não pode servir simplesmente como palco para aqueles que não querem aparecer em um litígio judicial, já que a finalidade da arbitragem é dar maior celeridade às decisões e permitir que árbitros especializados possam fazer uma análise detida das causas levadas ao seu cuidado"[10].

Essa é a lógica do instituto da arbitragem. Este não concorre nem menospreza o Poder Judiciário, na medida em que complementa a atuação deste na solução de controvérsias que encontram na arbitragem encaminhamento mais adequado, célere e especializado.

Falhas de informação e inobservância dos princípios que norteiam a cooperação entre as partes levam ao distanciamento entre elas e os árbitros. Por essa razão, o debate leal, objetivo e constante entre as partes e a atmosfera de cooperação são fatores imprescindíveis para a formação do convencimento do árbitro ou tribunal arbitral. Daí por que não devem as partes abusar da informalidade e da cordialidade com os árbitros para apresentar pedidos descabidos, extemporâneos, impertinentes – tumultuando o procedimento, alongando-o demasiada e artificialmente em nome do *due process*. O mesmo raciocínio serve para os árbitros que, muitas vezes, em demasiada homenagem à liberdade das partes e receosos da saúde futura do laudo em sede de execução, fazem concessões desnecessárias, admitem provas repetitivas e prolongam e oneram sobremaneira o procedimento.

Sob essa ótica, o foco e a objetividade na troca de informações relevantes são fatores vitais para o bom resultado da arbitragem.

1 Postura das Partes na Arbitragem

Não muito diferentemente do que ocorre com relação ao processo civil tradicional, o comportamento das partes e dos advogados na arbitragem deve preservar o correto desenvolvimento do procedimento adotado, não podendo se afastar dos princípios da celeridade e da desformalização que o caracterizam, mas observada sempre a "justa medida" para que fique preservada a regulari-

10 "What lawyers need to know about international arbitration", *Journal of International Arbitration*, v. 20, n. I, 2003, p. 67-74, citações p. 67.

dade e a qualidade do procedimento[11]. Não se justificaria, portanto, a utilização de atos revestidos de intuito protelatório pelas partes, ainda que estas tenham, em última análise, ampla liberdade para determinar o procedimento arbitral.

Os limites que separam a liberdade das partes e a prática de atos protelatórios não são, na maioria das vezes, claros. Daí por que a conduta das partes deve se pautar sempre no bom senso jurídico, no respeito aos princípios éticos, evitando-se práticas e condutas que não se toleraria se praticada contra nós. Da mesma forma, evitando a prática de atos que também não seriam admitidos (ou tolerados) no processo judicial.

Não obstante o amplo conhecimento que se tem hoje sobre os atributos da arbitragem, ainda se vê, durante o procedimento arbitral, a postura "contenciosa" das partes. Certamente, esta não é a regra, mas ainda se veem práticas que negam os valores da celeridade, racionalização decisória e livre-convencimento dos árbitros. Ainda se vê, mesmo após anos de vigência da Lei nº 9.307/96 e de prática arbitral no Brasil, excesso de beligerância entre os patronos das partes – o uso de palavras ofensivas e sarcásticas nas petições, defesas, réplicas e alegações finais. Tal constatação causa perplexidade na medida em que por anos discorremos sobre as razões de conveniência e oportunidade dos mecanismos de solução de conflitos além daqueles judiciais, lutamos contra a cultura da sentença imposta, o abuso da formalidade e o desvirtuamento dos fins do processo tradicional. É incoerente o procedimento arbitral que convivesse com um comportamento litigioso/beligerante das partes e seus patronos, porque este fere a essência da arbitragem e sua lógica fundacional.

O direito brasileiro tem revelado preocupação com o descompasso entre o ritmo lento da resposta judiciária e o crescimento geométrico do número de demandas, e para tanto vem disponibilizando os chamados "elementos aceleratórios do processo", a maioria deles voltada para o combate do tempo-inimigo a que se referia Carnelutti. De fato, a excessiva duração do processo é um mal em si mesmo. Hoje o processo brasileiro está permeado de meios aceleratórios, ainda em *numerus apertus* – embora faltem dados objetivos para se aferir o seu efetivo peso na abreviação das demandas –, o que é devido a múltiplos fatores, tais como os tempos mortos que ainda grassam em nossa práxis cartorial; a cultura de esgotamento de recursos e demais incidentes processuais; a tendência a levar as causas até os tribunais superiores, etc.[12].

---

11 Conforme se lê no Enunciado nº 2 (Diligência e Competência) do Código de Ética do CAM/CCBC.

12 Segundo MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009. p. 73-75.

É, portanto, um contrassenso ou uma inexplicável retomada dos defeitos ontológicos dos mecanismos tradicionais de resolução adjudicatória de conflitos, ademais de caracterizar uma tendência que deveria ser evitada a todo custo pelos profissionais envolvidos com arbitragens.

Se recorrermos aos fundamentos do direito processual civil, é possível verificar que são raros os deveres das partes, mas mesmo assim eles existem dentro do sistema processual, especialmente por conta da própria natureza contenciosa que se instaura em determinado conflito levado à apreciação do Poder Judiciário. Em última análise, o legislador processual se preocupa com a sujeição das partes ao interesse público envolvido na atuação jurisdicional, com a coerência dos instrumentos processuais e o correto exercício da jurisdição[13].

Na arbitragem também é possível fazer referência à analogia sobre a postura das partes e seus deveres, considerando, contudo, os limites inerentes à própria natureza e finalidade do instituto. Se observarmos com mais cuidado, uma vez instaurado o processo arbitral, as partes passam a ser titulares de deveres "mistos", isto é, aqueles decorrentes tanto da esfera privada relativa ao caráter de negociação de que a arbitragem se reveste como do conteúdo processual ligado aos princípios do contraditório: igualdade das partes, boa-fé, diligência e respeito à imparcialidade dos árbitros e de seu livre-convencimento.

Por conta de sua natureza contratual, a arbitragem institui deveres de lealdade inerentes ao comportamento das partes, como também aconteceria em várias situações jurídicas, tais como a atuação dos administradores das sociedades comerciais, ou, ainda, na celebração de qualquer negócio jurídico (o dever de lealdade e boa-fé objetiva). No processo civil, vale lembrar, as partes dispõem de armas que se entrechocam até chegarem a um resultado que apresente uma solução para o conflito existente. O uso abusivo dessas armas, entretanto, é reprimido pela sistemática processual, seja por critérios de valorização da ética envolvida no processo, seja por cuidado com relação à estabilidade da relação processual. Chama atenção C. A. Dinamarco para o que se costuma intitular "disciplina moralizadora do comportamento das partes"[14], conforme as fórmulas gerais adotadas nos códigos de processo civil em relação à lealdade e boa-fé, assim como o dever de veracidade das alegações e ao princípio da não surpresa.

No que diz respeito à arbitragem, essa mesma relação comportamental ganha destaque, tanto pela condição humana das partes quanto pelo caráter de jurisdicionalidade a que o instituto foi submetido. Não é demasiado ressaltar

---

13 Conforme C. R. Dinamarco, na visão da doutrina, isso se corporifica em um verdadeiro duelo, contemporizado e balizado pelos princípios do devido processo, contraditório e ampla defesa. (*Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 209-210)

14 *Instituições de direito...*, p. 259 e ss.

que a ideia fundamental da arbitragem não é a de deixar às partes a prerrogativa de atuarem como se estivessem diante do processo contencioso estatal, e sim de elas reunirem esforços para uma solução outra do conflito por meio de um árbitro ou tribunal arbitral. Esse é o ponto de equilíbrio da arbitragem e deve ser alcançado pelos sujeitos da relação jurídica compreendida na arbitragem.

Com base na experiência dos tribunais arbitrais constituídos sob as câmaras de comércio nos mais diferentes países, existem verdadeiros códigos de conduta internos – *compliance rules* –, nos quais os deveres de cooperação e lealdade são ressaltados. É importante ter presente que a arbitragem, ainda que não se constitua em um mecanismo estatal judicial de resolução de conflitos, é um misto de negociação e jurisdicionalidade e revela um quadro de comportamento ideal, tantas vezes enfatizado pela doutrina da arbitragem internacional junto à Corte Internacional de Arbitragem (CCI). Assim, as partes devem cooperar na troca de documentos e também se sujeitar às regras procedimentais da câmara, já que determinaram a realização da arbitragem sob a égide de uma determinada instituição.

O princípio da ampla defesa muitas vezes não é bem entendido e administrado pelas partes. Às vezes se confunde "ampla" com "demasiada ou abusiva defesa". Sabe-se que deve ser dada ampla oportunidade às partes de apresentarem suas considerações durante o curso do procedimento arbitral, regra fundamentada, em sua essência, no art. 7.8. do Regulamento do CAM/CCBC[15]. Isto significa que os pedidos dirigidos pelas partes ao tribunal (ou árbitro individual) devem ser trazidos ao conhecimento pleno da outra parte, com tempo suficiente para que esta se manifeste, independentemente dos argumentos de fato e de direito apresentados. Esse mesmo período de tempo suficiente para as manifestações das partes se aplica a todas as questões instrutórias na arbitragem, como, por exemplo, a tradução de documentos produzidos no estrangeiro ou, quando o caso exigir, manifestações sobre a apresentação de exames técnicos[16].

---

15 "Art. 7. Procedimento. (...)
7.8. O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e convenientes para o correto desenvolvimento do procedimento, observados os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade de tratamento das partes."

16 Sobre os princípios fundamentais do procedimento arbitral, é fundamental o estudo feito por J. Trappe, "The arbitration proceedings: fundamental principles and rights of the parties", *Journal of International Arbitration*, v. 15, n. 3, 1998, p. 93-102.
"Arbitragem. Constitucionalidade. Contrato de agência, segundo o direito francês. Validade. Inteligência do art. 2º da Lei nº 9.307/96. Incidência do princípio da autonomia da vontade. Inépcia da inicial. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Inicial que preenche os requisitos legais. Alegação de existência de contrato verbal de representação comercial. Cabimento. Recurso parcialmente provido." (AI. 1.111.659-0, TJSP, j. 24.09.02, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Souza José)

No caso da arbitragem, sua legitimidade jurídica encontra respaldo no princípio de contratar e na solução alternativa de conflitos, por meio da autonomia da vontade, que oferece às partes total liberdade em escolher a norma de solucionar o conflito. A resistência a essa alternativa decorre de nossa cultura e tradição, que vê no Judiciário o caminho natural na solução de conflitos, embora a tendência seja o incremento das formas alternativas de justiça, como a possibilidade da atuação de juízes leigos, conciliadores e árbitros, previstos na Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais e no caso dos juizados de conciliação[17].

O prazo dentro do qual a fase de instrução deve se desenvolver até dar início a fase decisória a cargo dos árbitros é fixado pelas partes ou segue as regras procedimentais da câmara arbitral escolhida. Contudo, o bom senso e o princípio da não surpresa devem nortear a fase de instrução e os atos protelatórios não devem se transformar em ferramenta capaz de desconfigurar a essência da arbitragem.

Por essas razões, vale a pena referir, ainda que em largos traços, alguns princípios que devem ser observados pelas partes, além daqueles já referidos.

a) Efetividade e Neutralização do Conflito

Assim como quaisquer mecanismos de solução de conflitos, a maior ou menor efetividade da arbitragem está justamente no poder de neutralização do conflito e na produção de resultados favoráveis às partes, razão pela qual é fundamental que se observe a efetividade do ciclo de solução de conflito. Arbitragens cuja fase de instrução se torna muito longa, frente às petições apresentadas pelas partes, produção demasiada de provas testemunhais, etc., podem ter sua efetividade e credibilidade comprometidas. Muitas vezes as partes acostumadas com o contencioso estatal tradicional não conseguem abrir mão dos cacoetes do Judiciário ou criam outros e fazem da arbitragem uma teia infindável de petições repetidas, extensas, repletas de citação, documentos desnecessários, dificultando o encerramento da fase instrutória e complicando ao máximo a decisão do árbitro ou árbitros.

b) Manifestação das Partes e Oportunidades Conferidas pela Arbitragem

No processo arbitral, segue-se à risca a regra de se dar plena oportunidade às partes para que se manifestem sobre os fatos existentes no conflito e para que possam contar com pessoas suficientemente aptas à sua resolução adequada.

---

17 Conforme MAIA NETO, Francisco. *Arbitragem*: a solução extrajudicial de conflitos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 9-10. O autor traz os fundamentos da arbitragem como sendo suas vantagens, lista rapidez, economia, sigilo, redução das formalidades, amplitude do poder de julgar, maior autonomia das partes, devido processo legal, autonomia da vontade, garantia processual, contraditório, igualdade das partes, livre-convencimento, imparcialidade do julgador e obrigatoriedade da sentença, p. 9-15, ob cit.

Contudo, essa regra não pode ser vista pelas partes como um campo aberto para toda e qualquer manifestação que possa retardar o encerramento das fases instrutória e decisória. Em outras palavras, essa regra é contida pelo bom senso e pelas razões de oportunidade e conveniência.

c) Confidencialidade e Proteção dos Segredos Envolvidos na Disputa Comercial

As partes devem ter presente a associação entre a autonomia privada e a proteção dos segredos envolvidos em disputas comerciais. A confidencialidade na arbitragem tem por finalidade evitar o uso indiscriminado e ilegítimo de informações técnicas, *knowhow*, segredos e tecnologias possivelmente ligados ao conflito que é decidido na arbitragem comercial. O dever de confidencialidade envolvido é tão importante quanto a liberdade das partes de estabelecer o procedimento a ser seguido na arbitragem. Para setores relacionados à propriedade intelectual, a confidencialidade é muito importante, tanto é assim que a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI *(WIPO)* especifica em seu regulamento de arbitragem os graus de responsabilidade pela confidencialidade envolvida na arbitragem.

d) Observância do Princípio da Cordialidade e da Preservação das Boas Relações

Vale lembrar, ainda, que a arbitragem sustenta-se no "princípio da cordialidade" e na "preservação das boas relações". Ressalta-se a importância de um ambiente amistoso, psicologicamente favorável às fases de instrução e de decisão, e uma atmosfera que realmente satisfaça as partes e terceiros interessados.

Como é sabido, a arbitragem não é apenas um instrumento de resolução do conflito, mas também de restauração das relações de cordialidade entre as partes, com base no comportamento padrão do "bom comerciante".

Neste sentido, são oportunas as palavras de A. I. Okekeifere quando afirma:

> "It must afford the parties the opportunity of having their dispute determined by persons sufficiently knowledgeable to appreciate all the facts and issues in a question. Such an appreciation anables those persons to achieve not just a technical justice, but a quality and enduring resolution of the parties dispute including a restoration of their cordiality for a continuing business relationship."[18]

18 Commercial arbitration as the most effective dispute resolution method: still a fact or now a myth?. *Journal of International Arbitration,* v. 15, n. 4, 1998, p. 81-105, citação p. 95.

e) Observância do Princípio da Não Surpresa

No direito processual civil interno, esse princípio aparece nos arts. 264 e 303 do CPC.

> "Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
>
> Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
>
> Com a citação, não mais poderá o autor alterar o pedido ou a causa de pedir (art. 264) sem o consentimento do réu. É o que se denomina de estabilização do processo (princípio da estabilidade da instância). Com efeito, a alteração do pedido, ou da causa de pedir, uma vez feita a citação, traria ao processo o elemento 'surpresa'. Por isso, só será possível se com ela o réu (que é potencial prejudicado com a mudança) concordar[19].
>
> Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:
>
> I – relativas a direito superveniente;
>
> II – competir ao juiz conhecer delas de ofício;
>
> III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.
>
> Como regra, toda matéria de defesa deve ser apresentada de uma só vez, em caráter alternativo ou subsidiário, de modo que, não acolhida uma, possa ser apreciada outra. Trata-se do chamado princípio da eventualidade, que todavia, não exclui que, depois da contestação, possa o réu apresentar novas alegações nas hipóteses aqui previstas, que consubstanciam exceção ao princípio da eventualidade."[20]

Segundo Arruda Alvim, "a fundamentação jurídica, uma vez feita a citação, não pode ser alterada, em virtude do art. 264 do CPC. Em rigor, até o saneamento é possível tal alteração com o consentimento do réu, após o saneamento do processo, nem mesmo com o consentimento do réu. É o que se denomina de princípio da estabilidade do libelo, sendo que tal princípio estende-se apenas aos fatos jurídicos, não se aplicando aos assim ditos fatos simples, que, aliás, são indiferentes para o julgamento da ação"[21].

---

19 ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 391-392.

20 *Idem supra*., p. 480.

21 ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p. 197.

2 Atuação dos Advogados

É sempre importante ter presente que advogados que atuam na arbitragem não deixam de ser advogados e, por esta razão, estão sujeitos aos deveres processuais inerentes à atuação no processo como também àqueles de seu estatuto da advocacia, devendo observar todas as regras relativas ao direito de demandar.

Nos procedimentos arbitrais, os advogados são chamados a agir rapidamente. Enquanto é evidente que os árbitros se dedicam ao julgamento do caso na arbitragem, envidando seus esforços para tanto, os advogados, ao representarem as partes, devem cooperar e também se dedicar à arbitragem, especialmente em face de diligências solicitadas pelo tribunal, produção de provas, etc. M. A. Calvo sustenta que "lawyers are frequently asked to act quickly and under pressure. It is a general fact of society. If the arbitrators must be available, the lawyers of the parties must also be available and co-operate as required in the arbitration process"[22].

As mesmas condutas que dão causa à litigância de má-fé nas ações que tramitam no Judiciário se aplicam ao procedimento arbitral. Desta forma, considera-se litigante de má-fé aquele que, por exemplo: (i) apresentar aos árbitros pretensão ou defesa que viola a lei aplicável à solução do conflito, ou às leis envolvidas na arbitragem[23], ou que fundamentar sua pretensão em fato incontroverso; (ii) alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos e dados relevantes conhecidos quando da abertura do procedimento arbitral ou que se tornaram conhecidos no seu curso; (iii) opor resistência injustificada ao andamento do procedimento arbitral; (iv) agir de modo temerário[24], afoitamente, de forma açodada e anormal, tendo consciência do injusto, de que não tem razão, de que persegue uma vitória que sabe ser indevida[25]; (v) provocar incidentes manifestamente infundados, agindo de forma procrastinatória, provocando incidentes destituídos de fundamentação razoável[26].

---

22 The challenge of the ICC arbitrators: theory and practice. *Journal of International Arbitration*, v. 15, n. 4, 1998, p. 63-72, citação p. 71.

23 Sugerimos de M. Basso: "As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 9, jul./set. 2000, p. 307-314.

24 A mera imprudência ou simples imperícia não caracteriza a lide temerária, mas, sim, a imprudência grave, a imperícia fruto de erro inescusável, que não permitem dúvida do árbitro em considerar ter havido má-fé (MORTARA, L. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. 4. ed. Milano: Francesco Villardi, 1932. v. IV, especialmente n. 79, p. 143).

25 São importantes as lições de CHIOVENDA, G. *La condanna nelle spese giudiziali*. 1. ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1901. n. 319. p. 321; CARNELUTTI, F. *Sistema di diritto processual e civile*. Padova/Milano: CEDAM, 1936. v. 1. n. 175. p. 454.

26 O termo "incidente" deve ser entendido em sentido amplo, significando, inclusive, interposição de recursos.

O *improbus litigator*, em síntese, é aquele que se utiliza de procedimentos escusos e não recomendáveis com o objetivo de vencer ou, que sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolongar o andamento da arbitragem procrastinando o procedimento.

O dever de probidade sinaliza para os advogados que devem expor os fatos durante o procedimento arbitral conforme a verdade. Certamente, o procedimento arbitral é um jogo fundado no contraditório, no qual o autor apresenta sua pretensão e o réu dela se defende. As alegações das partes devem se pautar na observância da verdade. A verdade a que nos referimos é de índole subjetiva, sendo suficiente para a observância do princípio que a parte acredite naquilo que afirma. Não se exige, portanto, a alegação da verdade absoluta, mas, sim, da veracidade dos fatos. Não se poderia exigir do advogado, em processo contraditório, que faça afirmações que poderiam beneficiar a parte contrária e atuae em detrimento de quem declara. O princípio da verdade tem como objeto os fatos, e não o direito, porque este os árbitros conhecem.

Também implica dever de probidade proceder com lealdade e boa-fé. Não é correto provocar incidentes inúteis ou infundados, utilizar-se de expedientes procrastinatórios, desleais, desonestos, com o objetivo de ganhar a demanda a qualquer custo. Certamente, a boa-fé se presume, mas trata-se de presunção relativa (*juris tantum*).

Da mesma forma, os advogados não podem se servir de alegações e provas inúteis. Estas devem ser pertinentes à demonstração dos fatos constitutivos de seu direito (se autor), ou dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor (se réu).

A interposição desmedida de recursos, como os embargos de declaração (pedidos de esclarecimentos ao árbitro ou tribunal), pode caracterizar, a nosso ver, violação do dever de probidade.

Por fim, também viola o dever de probidade aquele que atua de forma desleal, age com malícia praticando atos inúteis e desnecessários.

Há que se referir ainda que os estatutos da advocacia[27], conferidos pelas legislações dos países, disciplinam também os casos de responsabilidade civil do advogado e as infrações e sanções disciplinares, o que se pode concluir que, além de dar causa à litigância de má-fé, advogar contra literal disposição da lei aplicável, violar sigilo profissional sem justa causa, abandonar a causa, divulgar à imprensa alegações relativas a causas pendentes ou já julgadas, etc., pode ensejar sanções disciplinares.

---

27 No Brasil, o Estatuto da Advocacia está disciplinado na Lei nº 8.906/94.

Na prática arbitral, consta-se que os árbitros evitam, quando não deveriam, a aplicação de penalidades por litigância de má-fé, especialmente no Brasil. A explicação talvez esteja no fato de que advogados e árbitros podem se conhecer ou manter relações profissionais, de coleguismo ou amizade em outros casos, ou em suas vidas privadas. Daí por que a imparcialidade e o distanciamento entre advogados, parte e árbitros são fundamentais. De acordo com o Código de Ética do CAM/CCBC, Enunciado 1 (Independência e Imparcialidade), deve o árbitro "ser e manter-se imparcial, sem privilegiar uma das partes em detrimento da outra ou mostrar predisposição para determinados aspectos correspondentes à matéria objeto do litígio". Deve, ademais, "adotar a conduta e decidir de acordo com sua livre convicção racional e fundamentada. Agir com justiça".

A aplicação de penalidades nas hipóteses de litigância de má-fé pode ter função pedagógica, além de punitiva, e deve ser considerada.

3 Comportamento dos Árbitros e das Partes no Processo Arbitral e Celeridade do Procedimento

A celeridade é sempre invocada como sendo um dos atributos mais importantes da arbitragem e um de seus atrativos mais enfatizados. A ausência de hierarquia entre árbitros, o engajamento e conhecimento técnico-especializado destes em relação ao caso, a "cultura dos métodos outros de solução de disputas" são fatores que contribuem para a concretização da celeridade do processo arbitral. A morosidade na solução de alguns casos, todavia, tem se tornado frequente nas arbitragens, especialmente considerados os casos envolvendo valores pecuniários elevados, interesses financeiros, questões de propriedade intelectual que consumem maior tempo dos árbitros e das partes. Entretanto, existem casos de comportamentos claramente oportunistas das partes, contra os quais os árbitros teriam remédios eficazes, especialmente, como dito acima, aqueles conferidos pela legislação dos países. Embora não tenham poderes para ordenar diligências, os árbitros podem rejeitar pedidos das partes se estas revelarem posturas protelatórias. Neste sentido sustenta A. I. Okekeifere:

> "Although arbitrators, unlike courts, have no coercive powers with which to secure the attendance of the parties and their prompt action at the different stages of the proceedings, some laws and rules now empower arbitrators to make an award or to strike out or dismiss a claim if the respondent or the claimant adopts a lethargic approach.
>
> (...)
>
> Multiples legal rules have also been introduced, presumably for the attainment of more justice in arbitral proceedings and awards. These factors have introduced delay – monumental delay – but a device for the eradication or

> containment of the delay has hardly been found. The result is that, as the years pass, the problem of delay becomes more serious. Even parties and their lawyers cause delay now (sometimes deliberately) in arbitration."[28]

No que concerne ao adequado funcionamento do procedimento arbitral, destacam-se duas funções importantes dos árbitros. Uma delas é a de esclarecimentos e debates (com a finalidade de instrução), e a outra é a de elaboração de relatórios às partes, quando necessário (com a finalidade de informação). Como a arbitragem nem sempre prevê ou estabelece os mecanismos de que o processo tradicional dispõe (e.g., o clássico momento da produção de provas), o árbitro normalmente é muito exigido – pessoal e tecnicamente, com ampla liberdade para se pautar em tantos estudos, pareceres e laudos técnicos quanto forem necessários para a formação de seu convencimento a respeito do problema em questão[29].

Com efeito, é importante notar que a atuação do árbitro é justamente reflexo de suas técnicas e experiência com negociações, variando de acordo com o papel que ele assume em cada caso que julga, com a intensidade de seu envolvimento com o conflito e o valor que ele atribui para as relações de comunicação entre as partes. O árbitro deve dar início às negociações e discutir os meios pelos quais o conflito será consensualmente resolvido. Para essa atribuição, é necessário efetivamente abandonar o ranço contencioso trazido da prática processual e que não pode ser transferido para a arbitragem, justamente naquelas inúmeras situações em que o árbitro é chamado para acompanhar negociações, sugerir fórmulas decisórias pacíficas, criar um ambiente de mediação e propor um conjunto de soluções para o conflito examinado[30].

a) Poderes e Deveres dos Árbitros

Os árbitros são independentes em todas as fases do processo arbitral (desde a instituição da arbitragem até o momento da divulgação do laudo arbitral) e devem atuar com imparcialidade[31].

Destacam-se também a disponibilidade e a habilidade do árbitro e do tribunal para atuarem corretamente na arbitragem, observando as finalidades

---

28 "Commercial arbitration as the most...", p. 85.

29 São valiosos os comentários de ROHLIK, J. (Arbitrators should write opinions for parties and for courts. *Saint Louis University School of Law Journal*, n. 43, 2000, p. 933 e ss.). O autor percorre casos relacionados a direitos disponíveis e indisponíveis, além de apontar mecanismos de que o árbitro pode se valer para alcançar decisões com razoabilidade no procedimento arbitral. São ressaltados instrumentos típicos do processo civil norte-americano que ficariam muito limitados na arbitragem, como as *rules of evidence* e procedimentos de averiguação.

30 Novamente aqui são oportunas as lições de B. Uhle, "The arbitrator as mediator...", p. 84-87.

31 "In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a resoanable opportunity to present its case" (art. 15, n. 2, do Regulamento do CCI/*ICC*).

do instituto, quais sejam a garantia de imparcialidade e a plena oportunidade para as partes se manifestarem com tempo razoável para a apresentação de suas considerações. M. A. Calvo destaca a importância das regras de direito internacional, especialmente as previsões sobre o direito do indivíduo de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, tal como decorre da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[32].

Pedidos de impugnação de árbitros devem ser fundamentos justamente na violação de uma dessas garantias apontadas acima. As partes podem impugnar a investidura do árbitro ou afastá-lo do procedimento arbitral em curso, se sua conduta caracterizar inobservância dos critérios de habilidade, parcialidade e disponibilidade.

A independência do árbitro compreende todos os aspectos possíveis em relação à observância de suas funções, seja no campo profissional, financeiro e, sobretudo, moral. O respeito ao devido processo, a atuação diligente e confiante, bem como sua plena disponibilidade, reforçam os deveres de imparcialidade.

A orientação do CAM/CCBC, como se vê não apenas de seu Código de Ética como também das declarações e questionários que devem ser assinados pelos árbitros antes de instaurado o juízo arbitral, é no sentido de que deve o árbitro "somente aceitar o encargo se puder dedicar à arbitragem o tempo e a atenção necessários para satisfazer as expectativas razoáveis das partes, incluindo-se aí o tempo destinado ao estudo sobre o tema e das contribuições mais recentes a ele trazidas pela doutrina e jurisprudência" (Enunciado 2 do Código de Ética).

b) Corporações ou *Close Shops*

Em artigo interessante e bastante perturbador, D. Hacking faz críticas em relação ao sistema internacional de arbitragem comercial e chama atenção para o fato de que há interesse para o público identificar as questões sobre o padrão de ocorrência e funcionamento das arbitragens em todo o mundo. O autor acredita que exista mais do que uma elite de árbitros internacionais que gozam de habilidade, integridade e experiência: são os círculos fechados – espécie de "lojas fechadas" (*close shops*), compostas por uma maioria de árbitros provenientes de alguns poucos países, como Suíça, alguns países da União Europeia, Estados Unidos da América e Canadá, e que por essa razão presidem a maioria

32 "The challenge of the ICC arbitrators...", p. 63-65.

das arbitragens internacionais. Sob essa perspectiva, o autor se refere a uma corporação de árbitros, suas vantagens e demais aspectos que a caracterizam[33].

É importante que se esclareça que Hacking não questiona a habilidade, a reputação ou a técnica do grupo de especialistas árbitros, mas, sim, critica a forma como estão estruturados hoje os ambientes institucionais para as arbitragens.

O mesmo ocorre nas arbitragens domésticas.

As *close shops* não são formadas, em princípio, para causar exclusão. A exclusão é muitas vezes decorrente do modo como operam as arbitragens e as câmaras que as realizam. Não há dúvida de que a exclusividade tende a agir contra a chegada de novos membros, novos árbitros, novas ideias e inspirações, podendo, portanto, gerar o efeito perverso da exclusividade.

É o efeito perverso da arbitragem que nos preocupa e tem pesado sobre as instituições e câmaras arbitrais.

Para as potenciais partes num conflito, que irão se valer da arbitragem, isso pode representar uma restrição à escolha dos árbitros. Da mesma forma, as *close shops* também são prejudiciais à formação de novos árbitros, dificultam o ganho de experiência e podem estar por trás da falta de oportunidades.

A indicação dos mesmos árbitros acarreta sobrecarga de trabalho para uns, excesso de arbitragens para outros e tem efeitos sobre a qualidade dos laudos e a celeridade do julgamento.

Por essas razões vale a pena referir as palavras de Hacking:

> "Not only is it the best interests of all parties and potential parties, whom international arbitration serve, not to have barriers which limit choice but also, in the new environmental of international and domestic arbitration, it is positively for the good of the further development of arbitration to have new arbitrators arriving on the scene, who with new methods are there to help the arbitration process to be more expeditious and less costly."[34]

Critérios de escolha que tenham por premissa o mérito, a *expertise*, o sólido conhecimento, a honradez profissional e pessoal são aqueles que, em qualquer hipótese, afastam o oportunismo das escolhas e indicações, contribuem para a democratização das câmaras arbitrais, nacionais e internacionais e protegem os árbitros (um dos outros) quando a decisão do conflito cabe a um tribunal arbitral.

---

33 Ethics, elitism, eligibility: a response: what happens if the icelandic arbitrator falls trough the ice?. *Journal of International Arbitration*, v. 15, n. 4, 1998, p. 73-79, referência de texto páginas 73-74.

34 Ethics, elitism, eligibility..., p. 75.

IV – Práticas Frequentes de Obstrução Procedimental, Desvios Processuais e Procrastinação da Arbitragem

Parece não haver dúvida de que dois fatores são determinantes quando se estudam os desvios processuais que afetam as arbitragens hoje: (i) o anacronismo das legislações nacionais em relação aos procedimentos arbitrais e (ii) a complexidade do comércio internacional.

Arbitragens iniciadas para fugir de ações judiciais já em curso e procedimentos extremamente longos têm se tornado uma ferramenta de ilegalidades que pode desconfigurar a essência do instituto.

A maior ou menor efetividade da arbitragem, assim como qualquer mecanismo de solução de controvérsias, está justamente no poder de neutralização do conflito, na produção de resultados favoráveis às partes. Por essas razões, A. Goulene e J. B. Racine afirmam que "a arbitragem internacional não é mais o procedimento simples e informal que permitia às partes uma solução rápida e pouco onerosa dos litígios comerciais (...). A liberdade conferida às partes para estabelecer o procedimento arbitral tornou-se também causa da inefetividade da arbitragem"[35].

Várias são as causas e inúmeros os efeitos dos desvios da arbitragem, dentre eles podemos referir a excessiva institucionalização da arbitragem, o apego exagerado à judiciarização e à jurisdicionalização. Outro fator que devemos levar em consideração é a influência dos escritórios de advocacia, que passaram a ver na arbitragem um novo campo de trabalho (promissor à primeira vista). Surgiu daí uma espécie de "mentalidade da arbitragem", muitas vezes fortemente apegada à advocacia contenciosa dos resultados – pouco indicada em se tratando de métodos outros de solução de controvérsias. Isto porque o recurso à arbitragem, consubstanciado na cláusula arbitral, nem sempre é o método mais adequado e apropriado para as controvérsias e litígios que possam surgir durante a vida daquele contrato. Nas opções de que gozam as partes está a arbitragem, mas não é a única e pode não ser a mais adequada para aquela relação jurídica em questão.

Na prática, vê-se um paradoxo instaurado.

De um lado, as partes gozam da plena liberdade para participar vivamente da arbitragem e de escolher o procedimento, podendo regulamentá-lo para mais ou para menos. Disto decorre desvios procedimentais e excessos que podem ser percebidos em maior ou menor intensidade. Condutas beligerantes e a cres-

35 As flutuações processuais da arbitragem. *Arbitragem*: a nova lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr, 1997. p.117-130, citação p. 119.

cente complexidade e duração do procedimento arbitral têm comprometido a flexibilidade e a aceitação do instituto arbitral.

É sempre oportuno ter presente que à ampla liberdade das partes não há contrapartida nos ordenamentos jurídicos nacionais no que diz respeito à execução dos laudos arbitrais estrangeiros. Assim, é imprescindível que se verifique, no país de destino de possível execução do laudo, quais as condições de ordem pública local[36].

Os desvios da arbitragem institucional são outro fator a ser considerado. P. Fouchard e A. Kassis, em estudos lapidares, demonstram que uma arbitragem comercial pode ser bem organizada por um centro especializado quando este dê racionalidade ao processo de solução de controvérsia. Contudo, chamam atenção que esse mesmo institucionalismo da arbitragem pode determinar o encarecimento e prolongamento do processo arbitral. Torna ainda mais requintado o processo arbitral a re-regulamentação da arbitragem pelos centros de arbitragem, criando, segundo os autores citados, um outro processo dentro do processo arbitral[37]. Daí por que o novo Regulamento do CAM/CCBC procurou ser o mais simples, claro e objetivo possível.

A simplicidade, leveza e agilidade, forças motrizes da celeridade presentes do Regulamento do CAM/CCBC, acabam cedendo o passo para a rigidez que decorre, inevitavelmente, da burocratização institucional que compromete a flexibilidade do procedimento arbitral e seu escopo racionalizador[38]. A presença constante, atenta e competente das Secretarias do CAM/CCBC tem sido um diferencial fundamental e efetivo de acesso à justiça para quem a ele recorre.

As práticas de obstrução processual e a utilização desmedida dos procedimentos probatórios são fatores que tornam a arbitragem lenta e pesada. Muitas vezes, é difícil para os árbitros proferir a decisão final, não porque não se sintam preparados, e sim frente às dificuldades que as partes têm de dar por encerrada a fase probatória. A atmosfera de solução amigável acaba sendo substituída por práticas de obstrução procedimental, atos procrastinatórios e oitivas de testemunhas desnecessárias e perícias repetitivas. Uma vez instaurada a atmosfera do conflito/lide, é difícil para o árbitro (ou árbitros) prolatar a sen-

---

36 Um dos estudos mais aprofundados que conheço sobre os problemas relacionados à compreensão de ordem pública é a tese do Professor Didier Boden (*L'Ordre Public*: limite et condition de La tolérance – Recherches sur Le pluralisme juridique. Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 1992, 2 volumes).

37 FOUCHARD, P. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965, n. 270. KASSIS, A. *Réflexions sur le reglèment d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*: lês déviations de l'arbitrage institutionnel. Paris: LGDJ, 1988, p. 97 e ss.

38 Neste sentido, são importantes os comentários de FOUCHARD, P. Les institutions d'arbitrage. *Revue d'Arbitrage*, 1990, p. 483 e ss.

tença, e quando o faz já prevê que uma das partes não hesitará em recusar-se à execução voluntária e aos inúmeros e indevidos recursos de apelação travestidos e disfarçados de pedidos de esclarecimentos.

O clima do conflito pode retardar demasiadamente a execução do laudo arbitral, levando-o às esferas jurisdicionais, gerando um "conflito sobre conflito". Sobre esta possibilidade, W. W. Park comenta um caso de arbitragem realizado em Nova York, no qual uma empresa canadense obteve a nulidade da sentença arbitral por vício de forma (ausência de aplicação das regras estabelecidas pelas partes). A parte contrária, uma empresa britânica, foi condenada a pagar vultuosa indenização à parte vencedora, que não ficou satisfeita com a decisão dos árbitros. A questão residual seria saber se a nulidade declarada pelo juiz local (norte-americano) produz efeitos extraterritoriais, a saber se deve ser reconhecida no Reino Unido ou no Canadá ou se os juízes destes países estariam vinculados ao laudo arbitral proferido. De fato, o respeito incondicional por todas as sentenças anulatórias estrangeiras que não estivessem relacionadas à má-fé e à violação dos requisitos de forma da arbitragem acabaria por desprestigiar a arbitragem nos países. Mas, por outro lado, se as partes lesadas em uma arbitragem conduzida e inquinada de vícios de forma tivessem que litigar novamente em cada país relacionado à causa – o que significa novo ajuizamento de pedido e produção de provas sobre os defeitos da decisão arbitral –, então haveria mais demora para a solução viável do conflito. Nesses casos em que há um "conflito sobre conflito", os efeitos extraterritoriais da nulidade do laudo arbitral inquinado de vício implicariam economia de tempo. Contudo, o que caracteriza vício de forma em um ordenamento jurídico pode não ser em outro, a questão retorna, portanto, às bases do direito internacional privado[39].

Como se vê, dependo da mentalidade da sociedade e, em especial, daqueles que conduzem o procedimento, a arbitragem pode funcionar bem ou não. F. Carnelutti já falava sobre a insuficiência de qualidade e quantidade da arbitragem (*insufficienza di quantitá e insufficienza di qualitá)* e sobre a relação de dependência incondicional existente entre a mentalidade da sociedade e o êxito de funcionamento da arbitragem[40].

Sob esta ótica, as câmaras arbitrais têm papel fundamental na medida em que são os olhos da sociedade sobre as arbitragens que ocorrem dentro delas e sobre seus auspícios.

---

39 PARK, W.W. Duty and discretion in international arbitration. *American Journal of International Law*, n. 93, 1999, p. 805 e ss. Sobre este tema, *vide*, também BASSO. M. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

40 CARNELUTTI, F. Per una riforma dell'arbitrato. *Rivista di Diritto Commerciale – Parte Prima*, v. XXI, 1923, p. 56-61.

A hipótese de revisão judicial especificamente é tida como possibilidade de controle das decisões arbitrais apenas nos limites que as legislações nacionais autorizam, sendo resguardado o interesse público sempre e em qualquer nível.

Certamente, um dos maiores problemas enfrentados pela arbitragem comercial internacional é justamente a questão da crescente utilização de recursos à esfera judicial estatal. Tanto é que a Uncitral tem desempenhado papel importante na tentativa de deter práticas indiscriminadas, quanto a revisões judiciais desnecessárias, por meio de recomendações diretas aos países e por meio da aplicação da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional.

Uma parte da jurisprudência norte-americana tem insistido para que as partes fiquem atentas aos prejuízos potencialmente causados pela intervenção judicial sobre as decisões arbitrais, em muitos casos desnecessária. Na visão do direito norte-americano, a liberdade de contratar e a autonomia privada seriam suficientes para determinar os contornos da arbitragem e se as partes desejam ou não que a questão seja suscetível de recurso. Se os tribunais adotassem uma postura de revisão indiscriminada das sentenças arbitrais, então, seria muito provável que o papel de valorização da integridade do processo arbitral caísse por terra[41]. Mas esta não é a tendência no Brasil, onde os tribunais têm prestigiado as decisões arbitrais.

Da mesma forma, as Cortes britânicas têm revelado a intenção de limitar o papel da ingerência judicial sobre as decisões arbitrais, o que se vê da postura que assumem com relação à confirmação ou revisão das sentenças arbitrais. Vê-se que as Cortes estão mais preocupadas com a correta aplicação da disciplina da arbitragem e sua institucionalização do que justamente com o sentimento de anulação de sentenças arbitrais[42].

Como se vê, o instrumento da revisão judicial, quando mal empregado, é inimigo do desenvolvimento da arbitragem e compromete sua viabilidade como método de solução de controvérsias.

Estas são algumas poucas reflexões a respeito do que temos discutido no âmbito do Núcleo Guido Soares do CAM/CCBC em uma modesta tentativa de contribuir com os debates sobre a atualidade da arbitragem e sua adequação aos interesses e anseios da sociedade, especialmente neste momento em que se discute no Congresso Nacional a revisão da Lei nº 9.307/96.

---

41 A este respeito é importante o estudo de RAGHAVAN, V. Heightened judicial review of arbitration awards. *Journal of International Arbitration*, v. 15, n. 3, 1998, p. 103-134.

42 *Vide*: RAGHAVAN, V. Heightened judicial review..., p. 105.

O Caso Jirau

Mauricio Gomm Santos

Advogado no Brasil, Nova York, Portugal e Consultor em Direito Estrangeiro na Florida; Sócio de Gomm & Smith P.A.

Fernanda Giorgio Beirão

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Estagiária no Lee Taube Gabardo – Sociedade de Advogados.

SUMÁRIO: 1 Fatos do Caso; 1.1 Introdução; 1.2 A *Anti-Arbitration Injunction* Concedida pelo Judiciário no Brasil; 1.3 A *Anti-Anti-Suit Injunction* Concedida pela Justiça Inglesa. 2 Comentários; 2.1 A Relativização do Tribunal Brasileiro ao Princípio da *Competence-Competence*; 2.2 A Determinação do Judiciário Inglês de que a Lei Inglesa É Aplicável à Convenção de Arbitragem; 2.3 Os Efeitos de uma *Anti-Suit Injunction*; 2.4 Das Divergências entre os Princípios Aplicados nos Dois Julgamentos. 3 Conclusão.

1 Fatos do Caso

1.1 Introdução

Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Enesa Engenharia S.A. (conjuntamente "construtoras" ou "seguradas") de um lado e, de outro, Sul América Companhia Nacional de Seguros e Outras (conjuntamente "seguradoras") executaram contrato de seguro de riscos de engenharia[1] visando à cobertura das obras da usina de Jirau[2]. Em dezembro de 2011, em decorrência de incidentes ocorridos em março de 2011, as construtoras iniciaram ação judicial no Brasil contra as seguradoras perante o foro da Comarca de São Paulo/SP ("juízo singular de São Paulo")[3].

---

1 Foram contratadas duas apólices no valor de R$ 7,3 bilhões. Ver: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT86266-16357,00.html>.

2 Parte do Complexo do Rio Madeira, a 120 km de Porto Velho, capital do Estado de Rondônia no noroeste brasileiro.

3 Energia Sustentável do Brasil S/A e Outros v. Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A e Outros. Processo 583.00.2011.223943-3. 9ª Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo.

Por seu turno, as seguradoras, em novembro de 2011, deram início a arbitragem em Londres contra as construtoras perante a ARIAS – The Insurance and Reinsurance Arbitration Society, buscando em essência (i) declaração de não responsabilidade e (ii) ocorrência de alteração material em uma das cláusulas das respectivas apólices[4].

Diante da notícia do início do procedimento arbitral junto à ARIAS, as construtoras buscaram perante as Cortes brasileiras tutela cautelar[5] para determinar a suspensão do procedimento arbitral até que a disputa fosse resolvida pelo Judiciário local, sob a ótica de que a cláusula 7 das apólices[6] determinava a competência do Judiciário brasileiro para dirimir disputas relacionadas à relação securitária entre ambas.

1.2 A *Anti-Arbitration Injunction* Concedida pelo Judiciário no Brasil

Em dezembro de 2011, o juízo singular de São Paulo denegou a concessão da tutela pleiteada pelas construtoras sob o entendimento de que as apólices de seguro preveem, de forma expressa, que litígios sobre a quantidade a ser paga a título de indenização deverão ser submetidos a procedimento arbitral[7]. Ainda durante o citado mês, tal entendimento foi revertido, em sede de agravo de instrumento perante o TJSP, por decisão singular concessiva de liminar para

---

4 Decisão do High Court of Justice – Queen's Bench Division – Commercial Court. Case No 2011 FOLIO NO. 1519. 19.01.2012. Mr. Justice Cook.

5 Id. 3.

6 "Cláusula 7: Lei e Foro – Fica estabelecido que esta Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil. Qualquer disputa nos termos desta Apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil." (TJSP. Agravo de Instrumento 0304979-49.2011.8.26.0000. Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Enesa Engenharia S.A. v. Sul América Companhia Nacional de Seguros, Mapfre Seguros S.A., Allianz Seguros S.A. e Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A., Zurich Brasil Seguros S.A. 19.04.2012. Rel. Des. Paulo Alcides Amaral Salles, fl. 118 dos autos)

7 Id. 3, no qual a decisão de primeira instância determinou que:
"(...) Isto porque a preservação integral dos efeitos jurídicos das letras contratuais (com força de lei entre as partes contratantes, segundo os ditames do *pacta sunt servanda*) somente deve ceder passo a investidas modificadoras em situações extremamente excepcionais, de todo inesperadas, quando situações fáticas externas vierem influenciar sobremaneira o efetivo equilíbrio econômico da própria avença. O que não é o caso dos presentes autos, no bojo do qual, ainda em fase processual postulatória do feito e com base nos elementos de convicção que acompanham a petição inicial das autoras, depreende-se que as apólices de seguro estabelecidas entre as partes litigantes vêm de prever, de forma expressa, que, não havendo acordo entre ambas acerca do montante a ser pago a título de indenização securitária, tal pendência será encaminhada para um processo de arbitragem."

que as seguradoras se abstivessem da instituição do procedimento arbitral em Londres[8].

Em 19 de abril de 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) confirmou a decisão singular proferida no agravo de instrumento, ratificando o entendimento para que as seguradoras não instituíssem a arbitragem em Londres debaixo das regras da ARIAS enquanto o pleito das construtoras não fosse resolvido perante as Cortes brasileiras[9]. O TJSP, à luz de uma detalhada análise da cláusula de resolução de conflitos, entendeu que as partes não teriam escolhido a arbitragem para enfrentar as disputas decorrentes dos contratos de seguro. Ainda que assim o tivessem, pronunciou o Judiciário paulista que o prosseguimento do procedimento arbitral acarretaria violação ao art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem brasileira (LAB)[10].

De acordo com o TJSP, não teria havido anuência expressa das construtoras à cláusula contratual de resolução de conflitos, à luz do que determina o referido dispositivo da LAB. Ademais, na visão do TJSP, prosseguir com a arbitragem em Londres afrontaria o art. 44 da Circular Susep nº 256/04, cujo conteúdo se assemelha ao comando legal antes mencionado[11].

---

8 "Tendo em vista a complexidade da causa e considerando que há expressa menção no contrato (item 7, fl. 118) de que 'a apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil' e que 'qualquer disputa nos termos desta apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil', e, ainda, diante da aparente ausência de concordância expressa das agravantes com a instituição de solução arbitral em Londres, exigida no art. 4º, § 2º, da Lei Federal nº 9.307/96, para se evitar prejuízo às agravantes, concedo a liminar requerida, determinando-se 'às agravadas que se abstenham da instituição da pretendida arbitragem em Londres enquanto se discute o direito das seguradas de recusar-se a esse modo de solução de controvérsias' (fl. 15). Comunique-se, com urgência. Intimem-se as agravadas, por oficial de justiça, para, querendo, responderem ao recurso. Cumpra-se, com urgência." (TJSP. Agravo de Instrumento 0304979-49.2011.8.26.0000. Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Enesa Engenharia S.A. v. Sul América Companhia Nacional de Seguros, Mapfre Seguros S.A., Allianz Seguros S.A. e Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A., Zurich Brasil Seguros S.A. Despacho de 15.12.2011. Rel. Des. Paulo Alcides Amaral Salles)

9 Acórdão citado na nota anterior que foi objeto da Reclamação 9.030 da Sul América e outros, que foi rejeitada por unanimidade pela Corte Especial do STJ em 20.03.2013.

10 Lei nº 9.307/96, art. 4º, § 2: "Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula".

11 Circular Susep nº 256/04, art. 44: "A Cláusula Compromissória de Arbitragem, quando inserida no contrato de seguro, deverá obedecer às seguintes disposições: I – estar redigida em negrito e conter a assinatura do segurado, na própria cláusula ou em documento específico, concordando expressamente com a sua aplicação; II – conter as seguintes informações: a) que é facultativamente aderida pelo segurado; b) que ao concordar com a aplicação desta

Para a Corte de Apelações de São Paulo, a apólice é qualificada como contrato típico de adesão, e dessa forma a cláusula arbitral unilateralmente instituída, sem a observação dos requisitos supracitados, não teria poder vinculante. A solução pelo Judiciário seria, pois, a regra e não uma via alternativa, dada a garantia fundamental de acesso à justiça[12], nos termos da cláusula de eleição de foro presente no contrato[13].

1.3 A *Anti-Anti-Suit Injunction* Concedida pela Justiça Inglesa

No dia 13 de dezembro de 2011[14], a Corte de primeira instância de Londres concedeu liminar[15] com o objetivo de impedir as construtoras de prosseguir ação judicial no Brasil em face da presença da convenção de arbitragem no contrato de seguros[16]. Trata-se de uma *three-step measure*: (i) liminar concedida em ação judicial com vistas a impedir que uma das partes promova (ii) a ação judicial com objetivo de (iii) sustar a instituição ou prosseguimento da arbitragem. Tal instrumento passou a ser alcunhado de *anti-anti-suit injunction*.

Ademais, diante da decisão do TJSP, as seguradoras aforaram em Londres ação, perante a High Court of Justice, buscando a continuação da cautelar *anti-suit injunction*. Em 19 de janeiro de 2012[17], a High Court of Justice londrina determinou a continuação da *injunction*, contra a qual as construtoras apelaram.

---

cláusula, o segurado estará se comprometendo a resolver todos os seus litígios com a sociedade seguradora por meio de Juízo Arbitral, cujas sentenças têm o mesmo efeito que as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário; c) que é regida pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996".

12 CF, art. 5º, XXXV.

13 Id. 9, p. 6: "Tratando-se de instituto de natureza contratual, para que possa valer entre os interessados, a arbitragem deve ser um objetivo comum na solução dos conflitos; suas regras, por isso, devem ser observadas para que ao final do processo a decisão tomada seja acatada pelas partes.
Não se olvide que a solução pelo Poder Judiciário é a via ordinária, a regra, e não o caminho alternativo, este sim previsto na Lei nº 9.307/96, até porque a garantia fundamental de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) é dotada de máxima força normativa".

14 Dois dias antes de ter sido proferido despacho de segundo grau da justiça brasileira concedendo o pleito cautelar e quatro meses antes do TJSP ter confirmado referida decisão.

15 Decisão do High Court of Justice – Queen's Bench Division – Commercial Court. Case No 2011 FOLIO NO. 1519. 19.01.2012. Mr. Justice Cook, para. 54, Stadlen J, 13.12.2011. Ver: <http://www.conjur.com.br/2011-dez-30/construtoras-jirau-aceitam-arbitragem-definir-seguro-obra>.

16 Id. *supra*.

17 Decisão do High Court of Justice – Queen's Bench Division – Commercial Court. Case No 2011 FOLIO NO. 1519. 19.01.2012. Mr. Justice Cook.

Em 16 de maio de 2012, a Court of Appeal confirmou a decisão de primeiro grau após definir a lei de regência ao Acordo de Arbitragem. Segundo o entendimento da Corte de Apelações, a lei aplicável à convenção de arbitragem é a inglesa. Ao assim decidir, deu primazia à escolha de Londres como sede da arbitragem no lugar da escolha da lei de regência brasileira sobre o mérito do contrato[18].

Para determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem, a Court of Appeal baseou-se em três critérios. Em primeiro lugar, dá-se guarida à escolha expressa das partes. Inexistente tal previsão, o julgador londrino extrai do contrato a escolha implícita das partes. Por fim, a lei aplicável ao Acordo de Arbitragem provém da lei com conexão mais próxima à disputa.

No entendimento da justiça inglesa, ao escolher Londres como sede da arbitragem, as partes teriam implicitamente escolhido a English Arbitration Act 1996 para a análise da validade da convenção de arbitragem e jurisdição dos árbitros.

A menção à lei brasileira ao fundo do contrato não seria evidência de escolha implícita da LAB para reger a convenção arbitral. Sob a ótica do *decisum* inglês, a LAB representaria um risco sério à intenção clara das partes em arbitrar eventuais disputas decorrentes do contrato de seguro, haja vista os requisitos legais[19] para cláusulas arbitrais em contratos de adesão no Brasil. Para o juiz inglês, as partes não poderiam ter intencionalmente escolhido um sistema legal para surtir adverso efeito.

Ademais, a Corte inglesa também serviu-se do terceiro critério, i.e, da lei aplicável com conexão mais próxima e real à clausula compromissória. Neste diapasão, a lei *closest connected* seria a lei da sede da arbitragem, pois confere suporte judicial necessário para garantir a efetividade do procedimento arbitral, ao contrário da lei que disciplina as apólices, pois esta não se coaduna com o objetivo da resolução de disputas pretendido pelas partes.

A Court of Appeal rejeitou, ainda, o argumento das construtoras segundo o qual, por ser a lei brasileira aplicável ao procedimento de mediação previsto

---

18 Decisão do Court of Appeal (Civil Division) Case No A3/2012/0249. [2012] EWCA Civ 638. 16.05.2012. Lord Justice Moore-Bick e Lady Justice Hallett.

19 Id. 10 e 11.

na cláusula 11[20], e considerando tratar-se de uma *multi-teared clause*[21], seria a lei brasileira, também por este motivo, aplicável à cláusula 12 que contempla a convenção de arbitragem[22]. De acordo com a Corte inglesa, ainda que a cláusula de mediação fosse governada pela lei brasileira, assim como a lei aplicável ao contrato, a cláusula compromissória – incluindo quaisquer provisões da cláusula de mediação que a ela se apliquem e que sejam parte do acordo arbitral – fica sujeita à lei da sede jurídica da arbitragem. A Court of Appeal confirmou esse

---

20 Id. 18, para. 3.2: "Condition 11, entitled 'Mediation', states
'If any dispute or difference of whatsoever nature arises out of or in connection with this Policy including any question regarding its existence, validity or termination, hereafter termed as Dispute, the parties undertake that, prior to a reference to arbitration, they will seek to have the Dispute resolved amicably by mediation.
All rights of the parties in respect of the Dispute are and shall remain fully reserved and the entire mediation including all documents produced or to which reference is made, discussion and oral presentation shall be strictly confidential to the parties and shall be conducted on the same basis as without prejudice negotiations, privileged, inadmissible, not subject to disclosure in any other proceedings whatsoever and shall not constitute any waiver of privilege whether between the parties or between either of them and a third party.
The mediation may be terminated should any party so wish by written notice to the appointed mediator and to the other party to that effect. Notice to terminate may be served at any time after the first meeting or discussion has taken place in mediation.
If the Dispute has not been resolved to the satisfaction of either party within 90 days of service of the notice initiating mediation, or if either party fails or refuses to participate in the mediation, of if either party serves written notice terminating the mediation under this clause, then either party may refer to the Dispute to arbitration. Unless the parties otherwise agree, the fees and expenses of the mediator and all other costs of mediation shall be borne equally by the parties and each party shall bear their own respective costs incurred in the mediation regardless of the outcome of the mediation".

21 Seria, de acordo com as construtoras, procedimento de resolução de disputas em que seria necessário cumprir as condições da Cláusula 11, que previa mediação, para que então, caso o procedimento restasse infrutífero, fosse instaurado procedimento arbitral de acordo com a Cláusula 12. Ver, também, nota de rodapé 18, para. 18: "The fundamental difference between the parties in relation to Condition 11 is that the Insureds submit that Condition 11 contains not only an enforceable obligation to mediate, but a condition precedent to arbitration under Condition 12. They say that the two conditions form part of a multi-tiered dispute resolution procedure and it is necessary to comply with Condition 11 before proceeding to arbitrate under Condition 12. In these circumstances, if the provisions of Condition 11 are not satisfied, there is no right to refer to arbitration and the arbitrators have no jurisdiction to determine the matters referred".

22 Id. 9, fl. 120 dos autos: "Cláusula 12: Arbitragem – No caso do Segurado e a Seguradora não entrarem em acordo sobre o montante a ser pago sob esta Apólice através de mediação conforme acima estabelecida, tal Disputa será encaminhada para um processo de arbitragem sob as Regras de Arbitragem de ARIAS. (...) A sede da arbitragem ficará em Londres, Inglaterra".

entendimento[23]. Ainda que nem todas as partes da cláusula de mediação sejam lidas como inteiramente partes da cláusula de arbitragem, a Corte inglesa não viu problema em separar as provisões da Cláusula 11 relacionadas à convenção de arbitragem[24].

De qualquer forma, a High Court of Justice decidiu inexistir, no caso concreto, comprometimento claro à mediação, tampouco comprometimento claro e específico determinando os termos do procedimento de mediação. Portanto, as partes não estariam vinculadas à provisão da Cláusula 11 de buscar a resolução da disputa amigavelmente através da mediação. A cláusula não teria estipulado os critérios para reger o procedimento nem teria previsto processo de seleção de mediador[25].

Dessa forma, seja pelo critério da escolha implícita das partes ou da lei com maior conexão ao contrato, a *proper law of the agreement to arbitrate* não estaria a conduzir a LAB; consequentemente, as previsões legais nesta contidas, i.e, o art. 4º, § 2º, não teria aplicação ao caso. Em suma, a High Court of Justice concedeu a pleiteada continuação da *injunction* às seguradoras, e a Court of Appeal confirmou tal decisão. No lado brasileiro, o TJSP, como visto, também concedeu a sua *anti-suit injunction*[26], pois não aceitou a vedação, em face das construtoras, imposta pela justiça inglesa. Dessa forma, concedeu a tutela antecipatória para que as seguradoras se abstivessem do prosseguimento

---

23 Id. 18, para. 28: "I agree that it would be unusual (though not, I think, impossible) for different parts of a composite clause to be governed by different proper laws, but I do not think that is a necessary consequence of holding that English law is the proper law of the arbitration agreement. Condition 11 is concerned with mediation and the fourth paragraph simply explains what is to happen if the mediation process fails. It tells one that in those circumstances either party may refer the dispute to arbitration, but it does not contain the substantive agreement to arbitrate, which is to be found in condition 12. That would remain the case even if condition 11 were apt to give rise to an effective precondition to arbitration. There is no reason, therefore, why the whole of condition 11 should not be governed by the law of Brazil, even though condition 12 is governed by the law of England".

24 Id. 17, para. 15: "Whilst the agreement to mediate, such as it is, might be governed by the law of Brazil, in accordance with the agreed proper law of the contract, the agreement to arbitrate including any provisions of Condition 11 which are part of that agreement, is subject to the law of the seat of arbitration. If, of course, the mediation condition as a whole is to be read as part of the agreement to arbitrate, then no problem arises at all, but, if that is not the case, I see no problem in separating out the agreement to arbitrate, in so far as there are provisions in Condition 11 relating to it, from the agreement to mediate".

25 Id. 17, para. 27.

26 Id. 8.

do procedimento arbitral em Londres, sob pena de multa em caso de descumprimento da decisão[27].

Até a presente data, não há decisão do Superior Tribunal de Justiça a esta questão. As informações de andamento do mesmo fornecidas pelo TJSP demonstram que os autos foram recebidos do STJ pelo Processamento de Recursos do dia 15.05.2013[28]. Quanto às cortes inglesas, não houve decisão posterior à da Court of Appeal.

2 Comentários

2.1 A Relativização do Tribunal Brasileiro ao Princípio da *Competence-Competence*

O princípio da *competence-competence* é consagrado no art. 8º da LAB[29]. Tal princípio, como universalmente aceito, produz o efeito de limitar os poderes do juiz togado de decidir sobre a invalidade da convenção de arbitragem, conferindo antes ao tribunal arbitral a competência para decidir acerca de sua própria competência, quando questões de objeção à jurisdição arbitral são levantadas. O TJSP considerou que

> "os vícios nas disposições contratuais, como acima apontados, geram dúvida mais que razoável, o suficiente a obstar os efeitos da denominada 'eficácia negativa da cláusula compromissória', justificando, em caráter excepcional, a relativização do princípio competência-competência, previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, pelo qual ao árbitro tocará decidir acerca de sua competência."[30]

---

27 Id. 9, p. 10: "Como há notícia de descumprimento da decisão (*vide* matéria publicada no jornal *O Estado de São Paulo* – Caderno Negócios – fl. B13), fixo multa diária de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), para a hipótese de descumprimento (CPC, art. 461, *caput* e parágrafos). Por cautela, determino a intimação das agravadas, por oficial de justiça, nos termos da Súmula nº 410 do STJ".

28 Id. 9, ver o endereço eletrônico do andamento do processo: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0304979-49.2011&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0304979-49.2011.8.26.0000&dePesquisa=&pbEnviar=Pesquisar>.

29 Lei nº 9.307/96, art. 8º, parágrafo único: "Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória".

30 Id. 9, p. 7.

O relator utilizou ensinamento de Emmanuel Gaillard, citado por Carlos Alberto Carmona[31], ao tratar de casos em que se admite a relativização do princípio da *competence-competence*. Carmona considera o Judiciário apto a analisar a validade e a eficácia da cláusula compromissória em casos em que o vício é reconhecido *prima facie*:

> "(...) poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral."[32]

Há outros casos de relativização de tal princípio na jurisprudência brasileira, assim como no presente caso. Em caso de contrato de financiamento imobiliário, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou inválida a cláusula arbitral por não ter sido ela destacada no contrato e por ser a inafastabilidade da jurisdição matéria de ordem pública. O mesmo entendimento foi confirmado pelo mesmo tribunal, em caso de compra e venda de imóvel em que os requisitos do art. 4º da LAB não foram cumpridos, já que a cláusula compromissória não continha a assinatura, visto especial ou documento anexo externando a clara aceitação da parte à via arbitral[33]. No presente caso, a falta de consentimento das construtoras foi considerada como vício reconhecido *prima facie*, justificando a relativização preconizada pelo TJSP.

De acordo com George Bermann[34], as Cortes nacionais têm papel importante em controlar o *gateway* da arbitragem. Os sistemas normativos que permitem a arbitragem, em ao menos algumas disputas, não escapam da possibilidade de terem suas Cortes engajadas no processo de resolução de questões de consentimento à cláusula compromissória, justamente nos limiares de instauração do procedimento. O citado professor da Universidade de Columbia considera tais questões como aquelas passíveis de serem resolvidas tanto pelas Cortes estatais quanto pelo tribunal arbitral, se a ele impostas. Pelo Judiciário, devem ser resolvidas anteriormente à instauração da arbitragem. O autor afirma que,

---

31 GAILLARD, Emmanuel. In: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

32 CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 177.

33 TJRJ, 2ª CC, AI 2001.002.09325, Rel. Des. Fernando Marques de Campos Cabral, 13.03.02; e TJRJ, 6ª CC, AI 2003.002.04580, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, 13.04.04. Ver, também, TJRJ, 6ª CC, AI 2006.002.14140, Rel. Des. Gilberto Pereira Rego, 09.05.07.

34 BERMANN, George A. The "gateway" problem in international commercial arbitration. *The Yale Journal of International Law*, v. 37, issue 1, 2012.

em tal estágio preliminar, cada Corte deve encontrar o equilíbro de promover a arbitragem como alternativa aos procedimentos judiciais e, ao mesmo tempo, garantir que sua decisão em prol da jurisdição do tribunal arbitral esteja apoiada por uma convenção de arbitragem válida e passível de execução[35].

Ambas as Cortes, brasileira e inglesa, levaram em consideração essas preocupações em suas decisões. O que difere uma da outra, utilizando o mesmo termo empregado por Bermann[36], são as questões encontradas nesse estágio preliminar que delimitam o *gateway* para a arbitragem.

O TJSP primeiramente entendeu que a lei aplicável ao Acordo de Arbitragem entre construtoras e seguradoras é a LAB[37] e, em ato contínuo, constatou que o contrato entre tais partes se insere na categoria dos contratos de adesão, reclamando para sua validade e eficácia a submissão aos requisitos formais e legais previstos no art. 4º, § 2º, impostos pelo citado regime legal, os quais não se faziam presentes[38].

O TJSP não levou em consideração a natureza e a característica das construtoras, revelando antes preocupação com a garantia do acesso ao Poder Judiciário, direito fundamental presente na Constituição Federal brasileira, sendo questão de soberania nacional[39]. O tema é controvertido, pois coloca em pé de igualdade – quiçá na classificação de hipossuficientes – todas as pessoas que contratam com seguradora, independentemente de seu poder econômico, *bargaining power* e/ou eventual assistência jurídica na fase de negociação ou execução do contrato. Para o prof. Arnoldo Wald, a questão de ausência de hipossuficiência das construtoras não estaria a justificar uma presunção de que estas teriam aceito a cláusula arbitral:

---

35 Id. *supra*.

36 Id. *supra*.

37 Id. 9.

38 O entendimento do STJ é o de que o efeito vinculante da convenção de arbitragem é tido como regra geral. Portanto, a cláusula compromissória derroga a jurisdição estatal. A regra específica é a exceção do art. 4º, § 2º, da LAB, aplicada a contratos de adesão. Ver: STJ. REsp 1.169.841/RJ. CZ6 Empreendimentos Comerciais Ltda. e Outros v. Davidson Roberto de Faria Meira Junior. 14.11.2012. Relª Minª Nancy Andrighi.

39 Id. 9, p. 8-9: "Arrematando, à objeção das agravadas, no sentido de prevalência da cláusula relacionada ao juízo arbitral, diria que a pretensão, frente à autonomia e à prevalência do direito nacional, cuja aplicação com toda razão reclamam as agravantes, não pode ser aceita como regra inflexível; prevalente sobre a vontade das partes e ao próprio contrato, que reflete em seu conteúdo um conjunto de vontade e de interesses direcionados a um único objetivo, que é a construção da hidrelétrica. Questão de soberania, de independência, que em momento algum pode ser mitigada em nome de interesses outros sob pena de comprometermos a *soberania nacional*".

> "Mesmo quando se admite a presunção de aceitação ou o fato de ser comum nos negócios internacionais, não se aplica a tese em relação ao contrato de adesão que tem regime especial (art. 4º, § 2º)."[40]

Acrescente-se que casos de contratos de adesão com cláusulas compromissórias – em que a relação não é tida como consumerista – são recorrentes na jurisprudência brasileira. Em sede de contrato de franquia, o TJSP entendeu que não se tratava de relação de consumo e que, portanto, não estaria figurada ineficácia da cláusula de arbitragem nele contida. Outrossim, em caso de contrato de locação de *shopping center*, no qual o processo tinha sido extinto em primeira instância sem análise do mérito, tendo em vista a convenção arbitral, a apelante trouxe os requisitos do art. 4º, § 2º, da LAB como argumento para afastar a cláusula arbitral, por ser de adesão o referido contrato. O TJSP determinou que "não prospera a alegação da apelante a respeito da inexistência dos requisitos do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.207/96, uma vez que tal dispositivo visa à proteção de relações e consumo, o que não é o caso"[41].

Atualmente, os estudos visando à alteração da LAB, ora em curso perante uma Comissão instituída no âmbito do Senado Federal, capitaneada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, preveem a distinção entre contratos de adesão em consumeristas e não consumeristas[42].

O TJSP entendeu que seria inaceitável restringir brasileiros à busca da tutela de seus direitos, já que a cláusula de eleição de foro do contrato não teria reservado a jurisdição dos tribunais estatais brasileiros somente para atos em que o tribunal arbitral não tivesse competência. Trata-se, segundo o TJSP, não somente de princípio previsto na Constituição brasileira como também de respeito ao inequívoco consentimento; este, a pedra angular da arbitragem, sem o qual restam comprometidas a validade e a eficácia da cláusula, do processo arbitral dela instaurado e, consequentemente, da sentença arbitral[43].

---

40 WALD, Arnoldo. Cláusula compromissória inválida por ser unilateral e não ter sido aceita pela outra parte. Prevalência da decisão do Poder Judiciário competente. Comentários ao AgIn 0304979-49.2011.8.26.0000 do TJSP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34, São Paulo: RT, 2012.

41 Neste sentido: TJSP, Apelação Cível 9072852-59.2006.8.26.0000, Klug Telemarketing Ltda. e outros v. BWU Comércio e Entretenimento Ltda., 24.11.2011, Rel. Des. Fernandes Lobo; e TJSP, Apelação com Revisão 9207357-16.2008.8.26.0000, Fábio Sanches Genari v. Pró Shopping Administr e Consult de Shopping Centers Ltda, 28.11.2011, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira. Ver, também: TJPR AI 797695-8; TJPR AC 581909-6; e TJSC AI 2009.014303-9.

42 Ver: Projeto de Lei nº 2.937, de 2011, art. 4º, § 3º: "Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente, com a sua instituição".

43 Id. 9.

Na análise da Sentença Estrangeira Contestada (SEC) 6.335, O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi instado a se manifestar sobre a validade da cláusula compromissória em contrato de adesão, em sede de homologação. O STJ rejeitou o argumento da parte que pretendia impedir o *exequatur* nos seguintes termos:

> "A propositura de ação, no Brasil, discutindo a validade de cláusula arbitral porque inserida, sem destaque, em contrato de adesão, não impede a homologação de sentença arbitral estrangeira que, em procedimento instaurado de acordo com essa cláusula, reputou-a válida."[44]

Cabe insistir que, para o tribunal brasileiro ter se arrimado na aplicação da LAB, partiu da premissa de que a lei aplicável ao Acordo de Arbitragem é a brasileira. O TJSP aludiu ao fato de serem empresas brasileiras, dirigidas por brasileiros, e com obras realizadas no território brasileiro. No entanto, apesar da lei brasileira reger a parte de fundo do contrato, a lei aplicável à convenção de arbitragem não restou expressamente indicada, como, aliás, acontece na maioria dos contratos. A justiça inglesa, diante desta ausência, não hesitou em trazer a lume os critérios de conexão para extrair a lei aplicável ao Acordo Arbitral.

2.2 A Determinação do Judiciário Inglês de que a Lei Inglesa É Aplicável à Convenção de Arbitragem

A Corte inglesa chegou a conclusão distinta da do Judiciário brasileiro, identificando na lei inglesa a *proper law of the arbitration agreement*. Dessa forma, a convenção de arbitragem foi considerada válida e eficaz, já que o English Arbitration Act 1996 (EAA) não impõe os mesmos requisitos de consentimento do direito brasileiro em casos de contratos de adesão.

A High Court of Justice iniciou sua linha de raciocínio na expressa escolha da sede da arbitragem, *in casu*, Londres. Sendo a arbitragem em Londres, aplica-se o EAA, que, em seu art. 2, estabelece que a escolha da sede está a trazer uma conexão mais próxima e real entre a cláusula compromissória e a lei aplicável ao procedimento arbitral[45]. Com este pressuposto, a escolha da lei aplicável ao mérito do contrato não teria o condão de identificar a lei de regência do Acordo de Arbitragem[46]. Portanto, ainda que a cláusula não se refira

---

44 STJ, Sentença Estrangeira Contestada 6.335 – EX (2011/0072243-3), Louis Dreyfus Commodities Brazil S.A. v. Leandro Volter Laurindo de Castilho, Rel. Min. Felix Fischer, 12.04.2012.

45 English Arbitration Act 1996 "(2) Scope of application of provisions (1) The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland (...)".

46 A High Court of Justice citou os precedentes: Cv D [2007] 2 LLR 367 e [2008] 1LLR 239 e Shashoua v Sharma [2009] 2lLR 376.

expressamente ao EAA, a escolha da sede da arbitragem seria, de acordo com a Corte inglesa, determinante para a lei aplicável à cláusula compromissória. A Court of Appeal chancelou este entendimento apontando a relação próxima da cláusula arbitral com a sede da arbitragem, que não teria conexão jurídica com o sistema normativo que governa o mérito das apólices, o qual tem o propósito não relacionado à resolução da disputa[47].

A Court of Appeal enfrentou ainda o aparente exotismo fruto da escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem ser distinta da lei expressa prevista para disciplinar o mérito do contrato. A cláusula 11, que remetia as partes a um processo de mediação, teria como lei de regência o direito brasileiro, justamente porque este se aplica ao mérito. Ainda assim, a Corte considerou que a lei inglesa se aplicaria à cláusula compromissória e às partes da cláusula 11. E foi mais além ao determinar que, ainda que todas as questões da cláusula de mediação fossem governadas pelo direito brasileiro, nada impediria que a cláusula compromissória tivesse diferente lei aplicável[48].

A Court of Appeal levou em consideração a consequência de uma escolha implícita do direito brasileiro como fator importante a ser considerado, já que haveria risco de que essa escolha prejudicasse a validade da convenção arbitral. Por fim, a Corte inglesa concluiu que as partes não poderiam ter tido a intenção de escolher um sistema normativo que produzisse um efeito adverso à vontade cristalina de ver eventuais conflitos serem dirimidos por arbitragem[49].

Controlar os atritos provenientes da discussão sobre a validade e eficácia da cláusula compromissória vis à vis da legitimidade do resultado é – ou deve ser – a preocupação primeira de todos que se envolvem no exercício da

---

47 Id. 18, para. 32.

48 Id. 18, para. 28. "I agree that it would be unusual (though not, I think, impossible) for different parts of a composite clause to be governed by different proper laws, but I do not think that is a necessary consequence of holding that English law is the proper law of the arbitration agreement. Condition 11 is concerned with mediation and the fourth paragraph simply explains what is to happen if the mediation process fails. It tells one that in those circumstances either party may refer the dispute to arbitration, but it does not contain the substantive agreement to arbitrate, which is to be found in condition 12. That would remain the case even if condition 11 were apt to give rise to an effective precondition to arbitration. There is no reason, therefore, why the whole of condition 11 should not be governed by the law of Brazil, even though condition 12 is governed by the law of England".

49 Id. 18, para. 31: "(…) Taking into account the various factors to which I have referred, I do not think that in this case the parties' express choice of Brazilian law to govern the substantive contract is sufficient evidence of an implied choice of Brazilian law to govern the arbitration agreement, because (if the insured are correct) there is at least a serious risk that a choice of Brazilian law would significantly undermine that agreement. Having regard to the terms of conditions 11 and 12, I do not think that the parties can have intended to choose a system of law that either would, or might well, have that effect".

arbitragem internacional. Não é por acaso que a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York) apresenta no seu art. II – que trata do Acordo de Arbitrar – maior debate jurisprudencial do que o próprio art. V, que se refere às hipóteses de defesa ao reconhecimento da sentença arbitral. Bermann atribui um meio menos efetivo de resolução de disputas a procedimentos arbitrais em que as partes tenham recurso a Cortes para decidir se a arbitragem deve continuar. Além das custas e atrasos daí decorrentes, tal caminho pode ameaçar os objetivos associados à arbitragem[50]. Não foi diferente a conclusão da Corte inglesa ao determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem.

A questão quanto ao equilíbrio entre interesses de eficácia e legitimidade na arbitragem foi considerada pelas decisões das Cortes brasileira e inglesa. A High Court of Justice destacou que os tribunais ingleses, diante de *exclusive jurisdiction clause* e cláusula arbitral, como regra se voltam à forte política legal em favor da arbitragem e assumem que as partes, como comerciantes racionais, provavelmente intencionaram que qualquer disputa provinda da relação entre elas fosse decidida pelo mesmo tribunal.

Ao favorecer a arbitragem, as Cortes inglesas podem estar passando um recado de que existe risco da arbitragem ser imposta mesmo em casos em que não exista legitimidade em sua imposição, principalmente na hipótese em que há uma cláusula de eleição de foro que expressamente aponta para a competência de jurisdição estatal para a resolução de litígios. De outra sorte, a possível indicação da intenção de aplicação do direito brasileiro poderia estar situada na cláusula de mediação do contrato, levado em consideração pelo TJSP, mas desconsiderada pelas Cortes inglesas.

Apesar de a cláusula de eleição de foro conduzir a uma acentuada indicação de que as partes teriam intencionado levar a disputa aos tribunais brasileiros, a Corte inglesa interpretou tal cláusula como intenção das partes em socorrer-se dos tribunais judiciais brasileiros com o fim de declarar a natureza arbitrável da disputa, da validade e exiquibilidade da sentença arbitral ou confirmar a jurisdição dos tribunais brasileiros sob o mérito no caso das partes concordarem em desistir da arbitragem. Wald traz a lume interessante enfoque baseado na teoria do *depéçage*, que permite a aplicação de distintas leis para as cláusulas de um mesmo contrato. No entanto, sua aplicação não é de fácil recepção[51].

---

50 Id. 34.

51 Id. 40. "Como não se aplica a cláusula compromissória por falta de aceitação da mesma, a questão poderia ser considerada prejudicada, mas merece ser analisada. Seria uma forma exacerbada de *depéçage*, teoria francesa em que se admite que as várias cláusulas do mesmo contrato possam estar sujeitas a várias leis, o que, no caso, não tem qualquer fundamento jurídico e não se aplica no direito brasileiro". p. 422-423.

O caso Jirau traz várias lições para evitar a indesejada "internacional batalha entre Judiciários" e eternização da discussão sobre a validade e eficácia da cláusula de resolução de conflitos, que a nenhuma das partes interessa na hora da celebração do contrato. Embora já tenha se tornado um clichê, é sempre bom lembrar que, diante da "desafiadora" intenção das partes de contemplar a convivência no mesmo contrato de cláusulas arbitral e judicial, haja inequívoca redação delimitando o escopo de aplicação de cada qual.

2.3 Os Efeitos de uma *Anti-Suit Injunction*

O TJSP determinou multa diária de R$ 400.000,00 para o descumprimento da decisão e continuidade do procedimento arbitral em Londres. A decisão de 13 de dezembro de 2011, na interim *anti-suit injunction* da High Court of Justice, determinou que os procedimentos não poderiam ser resolvidos nos tribunais brasileiros, determinando, se desobedecido tal comando, pena de prisão[52].

O quadro atual do caso Jirau, com uma *anti-suit injunction* de um lado e uma *anti-anti-suit injunction* de outro, traz incertezas legais aos *players* do comércio internacional e usuários da arbitragem, sem contar aspectos sensíveis de Juditial Comity. Ambas as situações trazem ainda iguais incertezas para o transcurso dos processos – seja judicial ou arbitral – e, sobretudo, servem como fértil alimento a questionamentos futuros na fase de execução do julgado.

A concessão de uma medida de *anti-suit* é uma das formas pelas quais o Estado controla o cumprimento de sua ordem pública pela arbitragem. Os requisitos em direito internacional para que as *anti-suit injunctions* sejam concedidas são conhecidos: identidade das partes em ambas as ações, se a resolução do caso a que se busca a medida depender da ação a ser impedida; e, por último, se a outra ação ameaça a jurisdição ou a ordem pública do fórum onde a medida *anti-suit* foi buscada[53]. Alguns autores podem considerar as intervenções pelo Judiciário, mesmo aquelas medidas *anti-anti-suit*, como uma ameaça ao procedimento arbitral, que não deveria sofrer interferências estatais[54]. De qualquer forma, são instrumentos que podem frustrar os procedimentos arbitrais em trâmite, pois absorvem recursos e tempo e podem levar

52 Id. 9, p. 9-10: "Como há notícia de descumprimento da decisão (*vide* matéria publicada no jornal *O Estado de São Paulo*), fixo multa diária de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), para a hipótese de descumprimento (CPC, art. 461, *caput* e parágrafos) (...)", e Id. 15.

53 Neste sentido, Laif X Sprl v. Axtel S.A. 390 F.3d 194, 199 (2d Cir. 2004) e China Trade and Development Corp. v. M.V. Choong Yong 837 F.2d 33 (2d Cir. 1987).

54 BAUM, Axel H. Anti-suit injunctions issued by national courts to permit arbitration proceedings. In: GAILLARD, Emmanuel (Dir.). Anti-suit injunctions in international arbitration. *IAI Series on International Arbitration*, n. 2, Juris Publishing, Huntington (NY), 2005.

a uma discussão repetida da mesma questão, além de poder afetar a execução de sentença proferida pelo tribunal arbitral[55].

Para Julian Lew, medidas antiarbitragem são menos desejáveis, pois se mostram incompatíveis com os princípios da arbitragem internacional[56]. A política pró-arbitragem refletida na Convenção de Nova Iorque e na Lei Modelo da Uncitral é mencionada pelo citado professor da Queen Mary & Westfield College, segundo o qual uma medida antiarbitragem deve ser revisada com a mesma rigidez que uma *anti-suit injunction* concedida pelas Cortes estatais[57].

Emmanuel Gaillard acredita que a possibilidade de um juiz togado impor sua decisão aos árbitros antes destes terem tido a oportunidade de exercitar sua competência levanta a questão do verdadeiro significado e escopo dos princípios fundamentais de *competence-competence* e autonomia do procedimento arbitral[58].

2.4 Das Divergências entre os Princípios Aplicados nos Dois Julgamentos

Para os tribunais brasileiros, o princípio da *competence-competence* aplica-se quando há uma competência *prima facie* do órgão que decidirá a disputa. Se, por exemplo, o contrato fizer menção a uma determinada câmara arbitral e a demanda for apresentada perante outra instituição congênere, como já aconteceu no Brasil, uma duplicidade de processos arbitrais acaba fluindo paralelamente. Neste caso, a justiça brasileira se considera competente para dirimir o conflito de competência[59]. Situação semelhante ocorreu no caso de conflito entre um juiz togado e um tribunal arbitral. Neste caso também tem-se

---

55 LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*, 2003, para. 15-28.

56 LEW, Julian D. M. Anti-suit injunctions issued by national courts to prevent arbitration proceedings. In: GAILLARD, Emmanuel (Dir.). Anti-suit injunctions in international arbitration. *IAI Series on International Arbitration*, n. 2, Juris Publishing, Huntington (NY), 2005.

57 Id. *supra*.

58 GAILLARD, Emmanuel. Introduction. In: GAILLARD, Emmanuel (Dir.). Anti-suit injunctions in international arbitration. *IAI Series on International Arbitration*, n. 2, Juris Publishing, Huntington (NY), 2005.

59 STJ, CC 113.206-SP, Fazendas Reunidas Curuá Ltda. e outros v. Pecuária Unit. Santa Clara Ltda., 07.04.2011, Relª Minª Nancy Andrighi, Voto Vencedor Min. João Otávio de Noronha. Nesse caso, a suscitante do conflito de competência traz o argumento de que as câmaras arbitrais exercem atividade jurisdicional, e a Corte confirmou esta posição. Foi requerido deferimento de medida liminar a fim de paralisar o procedimento instaurado perante a CACI/SP, preservando a competência da CMA para decidir o litígio. O STJ entendeu que a decisão sobre o conflito de competência entre as câmaras arbitrais CIESP-FIESP e CACI-SP é de alçada do juízo de primeira instância.

atribuído competência ao STJ para dirimir o conflito de competência, evitando que o processo judicial seja objeto dos recursos normais sucessivos, v.g., apelação e recurso especial. Trata-se de cenário semelhante àquele em que há conflito entre dois órgãos judiciais, i.e., justiças federal e estadual.

A grande distinção entre as decisões brasileira e inglesa se deu na forma como cada Corte estatal analisou a lei de regência e, consequentemente, a validade da convenção de arbitragem. O TJSP parece ter relativizado a autonomia da cláusula compromissória, considerando a questão de consentimento como exceção aos princípios fundamentais, constituindo ameaça à soberania nacional, e, portanto, suscetível de ser considerada contrária à ordem pública.

Seguindo a jurisprudência do STF e do STJ, o tribunal paulista revelou-se refratário à ideia de que a aplicação da arbitragem seja coativa ou carente da adesão das partes à convenção de arbitragem. No caso em comento, a apólice em que constava o acordo de arbitragem foi posterior ao contrato e não teve a aceitação das construtoras. Trata-se de situação distinta daquela em que se discute se o contrato de seguro deve ser considerado como contrato de consumo. Deve-se acrescentar que a distinção entre a lei aplicável à convenção de arbitragem e ao mérito do litígio sequer havia sido ainda enfrentada pela jurisprudência brasileira. Aliás, o tema é igualmente estranho à doutrina local. Ademais, nos Estados Unidos, onde a jurisprudência até pouco tempo entendia que a aplicação da lei americana deveria recair sobre o direito internacional privado americano e não sobre o direito substantivo, tem sido afastada em recentes decisões não mais se presumindo essa distinção[60].

Embora tal argumento não conste nos autos e, portanto, à guisa de especulação, a justiça brasileira pode ter sido influenciada pelo fato de a Câmara de arbitragem escolhida ter sido criada sob a égide dos seguradores em Londres, haja vista que, em acordo posterior, as partes afastaram-na para submeter a questão à London Court of International Arbitration (LCIA).

Destarte, não se pode afirmar que o TJSP deixou de confirmar os princípios da arbitragem internacional, como a Corte inglesa o fez. O TJSP usou apenas lentes distintas.

Finalmente, e tendo em vista a ampla publicidade conferida ao caso, a imprensa noticia a ocorrência de um acordo parcial[61] entre as partes pelo qual

---

60 New York State Court of Appeals, Caso n. 191, 18.12.2012. A respeito, consulte-se o artigo de KUCK, Lea Haber. The New York Courts are open for business to foreign litigants. *Corporate Disputes*, p. 43, apr./jun. 2013.

61 Consórcio de Jirau retira processo contra seguradoras. Publicado em *Valor Econômico*. 04.10.2013. Disponível em: <http://www.valor.com.br/financas/3293478/consorcio-de-jirau-retira-processo-contra-seguradoras>.

uma fração substancial do crédito reclamado pelas construtoras foi-lhes paga, deixando o saldo à decisão arbitral no âmbito da LCIA.

3 Conclusão

As Cortes estatais, com a globalização e o consequente incremento de contratos internacionais, cada vez mais são chamadas para intervir positiva ou negativamente no início do procedimento contratualmente escolhido de resolução de conflitos. A crescente adoção do texto integral da Lei Modelo da Uncitral é um passo relevante para diminuir o risco de duplicidade de decisões emanadas de Judiciários distintos que se veem chamados à análise das idiossincrasias das *lex arbitri* com conexão à convenção de arbitragem. As *anti-suit injunction*, englobando ações judiciais em prol (*anti-suit*) ou contra (*anti-arbitration*) à arbitragem, continuarão a desempenhar um papel instigante para o desenvolvimento e desafios do direito arbitral internacional. O dever das partes de se debruçarem com cautela na redação da cláusula compromissória, especialmente quando escolhem a sede de arbitragem, na qual não se aplica o direito que intencionam regular a convenção de arbitragem e o mérito do litígio, pode transformar a anedótica "cláusula meia-noite" em "cláusula pesadelo". O tempo e a energia destinados à redação da cláusula de resolução de conflitos revestem-se da primeira lição para que a arbitragem – se esta for a vontade inequívoca das partes – seja adequadamente instituída[62], processada e julgada de modo ordenado e coerente dentro do tempo e custos que as partes razoavelmente almejam. O caso Jirau, neste particular, serve como um eloquente alerta.

62 É, aliás, a conclusão da maioria dos autores brasileiros como estrangeiros que examinaram a material. Consulte-se: JHANGIANI, Sapna; VINOVRSKI, Nicola. Appeals of issues of foreign law under the English Arbitration Act 1996 – a matter of fact. *Dispute Resolution International*, v. 7, n. 1, p. 30, may 2013; MASON, Paul E. Dueling tribunals at the Jirau Dam. *Arbitration Newsletter*, p. 70, sep. 2013; PEARSON, Sabrina. Sulamérica v. Enesa: the hidden provaliation approach adopted by the English Courts with respect to the proper law of the arbitration agreement. *Arbitration International*, v. 29, n. 1, p. 126, 2013.

Arbitragem Societária no Mercado Aberto

Nikolai Sosa Rebelo

Mestrando em Direito na University of California Berkeley;
Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS.

SUMÁRIO: Introdução. Os Debates sobre Arbitrabilidade no Direito Societário. As Questões no Mercado Aberto. As Ações Societárias e a Ordem Pública no Mercado Aberto dos Estados Unidos – o Acesso às *Class Actions*. A Arbitragem em Conflitos com o Estado Acionista. Conclusão.

Introdução

O tema da arbitragem no âmbito do direito societário é matéria bastante atual no Brasil. Além disso, a recente alteração aprovada na Lei de Arbitragem traz novas regras sobre o tema, demonstrando a importância de seguir estudando a questão.

O recorte temático aqui proposto traz também a complexidade da regulamentação do mercado acionário aberto. Além dos debates já estabelecidos no âmbito do direito societário das sociedades empresárias de capital fechado, temos de nos ater aos importantes aspectos regulatórios do mercado aberto, que, além das questões puramente privadas, tem no seu objetivo a proteção dos investidores, sejam eles pequenos, médios, grandes, amadores ou profissionais. O mercado de ações, consagrado no Brasil pela BM&F Bovespa, tem a pretensão de proporcionar a captação de poupança popular para financiar grandes empreendimentos empresariais; em troca, o pagamento se dá pelos dividendos e pela valorização das ações no mercado aberto.

Segundo estudo de direito comparado, diversas são as precondições para existência de um mercado de capitais eficiente, sendo uma delas a existência de Poder Judiciário honesto, suficientemente sofisticado para julgar as complexas questões postas e capaz de agir e intervir rapidamente, principalmente para evitar dilapidação de ativos[1].

1 BLACK, Bernard S. The legal and institutional preconditions for strong securities markets. *Ucla Law Review*, Los Angeles, n. 781, 2001, p. 790. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=182169>.

Desta forma, diante desta importante premissa, constatada empiricamente, a arbitragem no mercado aberto pode ter importante vantagem em relação à solução de controvérsias no Judiciário, primeiramente, em razão da grande especialidade da matéria. Em segundo lugar, a celeridade também é algo fundamental em se tratando de direito societário, uma vez que a paralisia societária é grande causadora de prejuízos para as sociedades empresárias que atuam no ambiente de negócios cada vez mais dinâmico, sendo inviável conviver com a insegurança gerada por anos da tramitação judicial. Ainda, levando-se em consideração que temos companhias estatais e investidores privados estrangeiros convivendo nesse mercado, exige-se modelos institucionais que permitam contornar conflitos de interesses entre o Estado regulador *versus* Estado acionista[2]. Portanto, temos também a arbitragem como um modelo alternativo de solução de conflitos que terá maior confiança das partes, uma vez que sabidamente o Poder Público leva vantagem nos julgamentos judiciais, muitas vezes em razão de repercussões políticas dos casos envolvendo o Estado acionista e grandes investidores estrangeiros. Como constantemente exalta o arbitralista internacional Gary Born, o fator neutralidade é fundamental em arbitragens internacionais[3]. É certo que o juiz estatal também deve ser neutro, mas, aos olhos do investidor, deve também parecer ser neutro. Muitas vezes, não parece. "A mulher de César não basta ser honesta; tem de parecer honesta".

Os Debates sobre Arbitrabilidade no Direito Societário

Desde logo, impõe-se mencionar que, a partir da "mini" reforma da Lei nº 6.404/76 pela Lei nº 10.303/01, existe previsão legal expressa da possibilidade de arbitragem em conflitos de acionistas com base em cláusula inserida no estatuto social (art. 109, § 3º). Porém, a modificação deste artigo deixou alguns questionamentos, conforme se passa a analisar.

Segundo a Lei nº 9.307/96, são arbitráveis os litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis, desde que seja a arbitragem convencionada por partes capazes. São, portanto, dois conceitos acerca da arbitrabilidade que merecem análise: o objetivo (matérias) e o subjetivo (sujeitos).

Sobre a arbitrabilidade objetiva, o direito é disponível "quando ele pode ser ou não exercido livremente por seu titular sem que haja norma cogente im-

2 PARGENDLER, Mariana. *Evolução do direito societário*: lições do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

3 BORN, Gary B. *International arbitration*: law and practice. Netherlands: Kuwer Law International, 2012. p. 9-10.

pondo o cumprimento do preceito (...)" (Carmona, citando Alcides de Mendonça Lima[4]), e patrimonial é o direito economicamente mensurável.

No âmbito do direito societário, o debate acerca da arbitrabilidade objetiva ganhar novos contornos. Estariam os direitos decorrentes da condição de sócios enquadrados no referido conceito? Outra questão essencial: seriam os direitos disponíveis, havendo caráter cogente das normas societárias (especialmente as regras da Lei nº 6.404/76)? Por fim, acrescenta-se mais uma pergunta aos tradicionais questionamentos: seriam disponíveis as questões ligadas ao mercado acionário aberto?

Não parece haver dúvidas de que direitos decorrentes da condição de sócio envolvem patrimonialidade. O rol dos direitos essenciais do acionista do art. 109 da Lei das S/A escancara a patrimonialidade dos direitos envolvidos na relação societária. São os direitos de participar nos lucros, participar no acervo social em caso de liquidação, fiscalizar a gestão, ter preferência na aquisição de novos valores mobiliários da companhia e direito de se retirar nos casos previstos em lei. Mesmo o direito de retirada tem conotação patrimonial, pois ele deve ser avaliado financeiramente em procedimento de reembolso (Lei das S/A, art. 45). Além disso, a própria propriedade acionária também é passível de alienação, portanto, disponível e patrimonial.

A doutrina estrangeira costumeiramente chama o acionista de "proprietário" das companhias, embora juridicamente a relação do sócio com a pessoa jurídica não seja tecnicamente uma relação de propriedade. Poder-se-ia classificar a relação societária como propriedade em segundo grau, embora não tenha a lei criado tal definição.

Já quanto ao direito de voto, qual seria a patrimonialidade e a disponibilidade e como é aferida? Novamente, não há dúvida de que o voto do acionista é uma forma de se manifestar sobre situações envolvendo o seu patrimônio, representado por um valor mobiliário que lhe dá a condição de acionista. Ainda, o direito é negociável no sentido de que é possível firmar acordo de acionistas para concordar sobre o voto, desde que sejam respeitados o interesse social e todas as normas de conflito de interesses que limitam o seu exercício abusivo. O acionista vota pensando na patrimonialidade, nos futuros dividendos e na consecução do objeto e do interesse social, movido sempre por objetivos de lucro, conforme determina o art. 2º da Lei nº 6.404/76. Como veremos adiante, mesmo empresas públicas, quando constituídas nas formas societárias, devem ser movidas pelo objetivo de lucro, embora em determinadas situações pos-

4 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

sam limitar a sua lucratividade para consecução de interesse público primário. Por fim, cita-se trecho da opinião de Pedro A. Batista Martins, justificando a arbitrabilidade do direito de voto com base na diferença entre o direito político público e o direito político privado (do microssistema da S/A)[5]:

> "O voto cívico funda-se nos interesses da pátria, eminentemente político-ideológico, enquanto o voto acionário é marcado por viés eminentemente econômico-financeiro, haja vista a vocação *intuitus pecuniae* de todas as S/A."

Quanto ao outro aspecto da arbitrabilidade objetiva, o direito de voto não pode ser considerado indisponível, pois sequer é tido por interesse essencial do acionista, podendo ser excluído pelo estatuto social, por meio de emissão das ações preferenciais.

De outra banda, novo debate decorreu da confusão entre os conceitos de norma de ordem pública e a sua relação com a disponibilidade do direito. Não há limitação do conceito da arbitrabilidade em razão da simples existência de norma cogente ou de ordem pública, sendo que nem todas as situações previstas em textos legais desta natureza são relativas a direitos indisponíveis[6]. "A indisponibilidade – alerta Pedro A. Batista Martins – afeta a livre-circulação – disposição – do direito em si, enquanto a ordem pública cerca o direito com regras preventivas"[7]. O efeito da norma de ordem pública é obrigar que o árbitro a observe no seu julgamento, mas não afasta a arbitrabilidade objetiva. Com base nestas mesmas observações, é possível responder o questionamento da arbitragem societária no mercado aberto, pois mesmo os direitos determinados nas leis societárias que regulam este mercado seguem sendo disponíveis, sendo previstos em normas de observância obrigatória.

Já quanto à arbitrabilidade subjetiva, a controvérsia parece ser um tanto maior. A razão é o embate entre a liberdade de cada acionista definir se deseja ou não se submeter a uma cláusula arbitral estatutária *versus* o princípio geral majoritário do direito societário das deliberações sociais.

O debate merece toda a atenção doutrinária, pois se trata de avaliar um direito fundamental previsto na Constituição Federal, qual seja o de levar lesão

---

5 MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 10, v. 39, out./dez. 2013, São Paulo, RT, p. 62.

6 STEIN, Raquel. *Arbitrabilidade no direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 108.

7 MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2372>. Acesso em: 18 jun. 2015.

ou ameaça de lesão a direito para apreciação do Judiciário (CF, art 5º, inciso XXXV). Assim, em princípio, somente expressa manifestação de vontade da própria parte poderia renunciar este direito em favor da arbitragem. Lição doutrinária de Ricardo Ranzolin afirma que "remanesce na esfera do direito subjetivo dos cidadãos a condição de formular renúncia ao exercício da pretensão de direito processual – desde que seja uma renúncia específica e delimitada (a lides delimitadas)"[8]. Este é o fundamento pelo qual a Lei nº 9.307/96 foi declarada constitucional em sua integralidade. Logo, parte dos doutrinadores entende ser inviável vincular acionista que não votou a favor de inclusão de cláusula compromissória estatutária, entre eles Modesto Carvalhosa[9] e Nelson Eizirik[10]. Além disso, esta corrente acrescenta que a cláusula arbitral é independente e, desta forma, parassocial, sendo excluída da regra geral sobre os quóruns de deliberação societária.

O contra-argumento, porém, é igualmente forte. Trata-se do princípio basilar do direito societário da prevalência da maioria, o "princípio majoritário". Assim, outros autores defendem a vinculação de todos os acionistas, pois esta é a regra aplicável a todas as deliberações das sociedades empresárias. Embora a cláusula arbitral subsista à nulidade do contrato, o que se chamou de autonomia da cláusula compromissória, isto não a difere da regra geral da sobrevivência do contrato por anulação de cláusula, ainda mais nos contratos plurilaterais, como o contrato de sociedade[11].

Carlos Alberto Carmona adota posição que poderia ser chamada de "mista". Este autor reconhece a necessidade de que as regras internas de uma sociedade empresária sejam *unas*, sendo impossível considerar a duplicidade de regimes de solução de conflitos (uns na arbitragem e outros no Judiciário). De outro lado, reconhece também a necessidade de manifestação de vontade expressa de todo o acionista para ser alcançado pelos efeitos do compromisso arbitral. Destarte, a conclusão chegada é que, compatibilizando as normas, deve ser reconhecido que o *quorum* para inclusão de cláusula arbitral estatutária é o da unanimidade[12].

---

8 RANZOLIN, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 102.

9 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997 e 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 310.

10 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. I – arts. 1º a 120. p. 109.

11 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 287-288.

12 CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 111.

Por fim, parece que a recente alteração da Lei de Arbitragem almejou findar tal discussão, por meio de criação de mais um caso de direito de retirada do acionista que for dissidente na deliberação societária que inclui a cláusula compromissória no estatuto social (Lei nº 13.129/2015, art. 3º, que acrescenta o art. 136-A à Lei nº 6.404/76). Esta mudança contraria, em certa medida, a posição contrária à cláusula compromissória, pois a proteção por meio de direito de retirada se dá aos que efetivamente participaram da deliberação.

De outra forma, a doutrina parece ser unânime sobre a vinculação dos acionistas que adquirem ações de companhia que já têm previsão de arbitragem nos seus estatutos, aos acionistas que constituem a sociedade com cláusula arbitral e aos acionistas que deliberadamente não comparecem à assembleia geral ou se abstêm de votar na deliberação de incluir a cláusula compromissória.

As Questões no Mercado Aberto

Companhias buscam o mercado de ações para captar recursos financeiros de custo menor do que crédito bancário e outras formas tradicionais de financiamento empresarial. A combinação entre capital próprio e capitais de terceiro é algo amplamente analisado nas análises financeiras das sociedades empresárias, sendo que o mercado de ações possibilita obter os recursos por meio de aumento do capital social, ou seja, capital próprio. Há de se esclarecer, no entanto, que estes dois conceitos não são propriamente jurídicos, mas, sim, oriundos dos estudos de finanças e da contabilidade. Para o direito, o capital próprio da pessoa jurídica não se confunde com o capital do sócio, portanto, antes de ser integralizado em ações, não é ainda capital "próprio" da sociedade. O custo desse recurso financeiro é menor, pois não exige pagamentos em prazos prefixados, nem juros e tampouco sofrem a pressão da execução forçada. O acionista recebe por meio de dividendos ou por juros sobre capital próprio, mas somente em caso de apuração de lucros, enquanto o crédito obtido com instituições bancárias exige pagamentos imediatos.

Assim, a relação societária no mercado aberto é tratada de maneira especial pelo direito brasileiro, sendo acompanhada de perto por órgão regulador estatal, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, criada pela Lei nº 6.385/76. A companhia, para abrir o seu capital e ter suas ações negociadas na Bolsa de Valores (ou qualquer outro mercado de balcão organizado que exista no Brasil), deve obter autorização estatal, seguindo rigoroso procedimento previsto pelas normas da CVM. A existência desta exigência é outro requisito fundamental para o bom desenvolvimento do mercado acionário[13].

13 BLACK, Bernard S. Op. cit., p. 790.

Diante da realidade societária que se estabelece no mercado aberto, a separação entre propriedade e controle das companhias constatada há mais de um século pela famosa obra de Berle e Means[14] gera a complexa relação entre controladores e minoritários, administradores e acionistas; administradores com a companhia; e a companhia com o mercado. Desde a doutrina do *law and economics*, a empresa é classificada como um feixe de contratos entre diversas partes, portanto, centenas de relações jurídicas sob o mesmo manto da personalidade jurídica. Na disciplina de direitos e finanças, as relações internas da sociedade geram a chamada relação de agência, na qual muitas regras de gerenciamento de conflito de interesses são estabelecidas na legislação societária[15].

São exatamente estas questões relacionadas aos deveres fiduciários, seja dos acionistas controladores em relação aos minoritários ou dos administradores em relação aos acionistas e até mesmo para coibir abusos de minoria, que podem ser solucionadas de forma mais eficiente pelo instituto da arbitragem. Já citamos o caráter vantajoso da especialidade dos árbitros, mas impõe-se reforçar, mais uma vez, esta ideia. Raras são as comarcas brasileiras com conhecimento técnico nesta área do direito. Talvez os foros do Estado de São Paulo sejam mais acostumados às questões judiciais de ordem empresarial, mas a eficiência da solução de litígios societários esbarra na morosidade inaceitável para o mundo corporativo.

Dada a relevância do mercado aberto, novos contornos são dados à arbitrabilidade do direito societário. Primeiro, parece óbvio que questões ligadas ao exercício de poder de polícia da CVM. A autarquia pode punir, em processo administrativo, os administradores e os acionistas de companhias por descumprimento de normas, sendo estes casos completamente excluídos da arbitragem[16].

De outro lado, questões puramente societárias são arbitráveis e merecem atenção, dadas as especificidades da relação das sociedades e seus acionistas no mercado aberto.

Assim, importante mencionar que os deveres fiduciários dos administradores e os dos controladores são mais rígidos nas sociedades anônimas abertas. Quanto aos administradores, espera-se que atuem com diligência (LSA, art.

---

14 BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1986.

15 JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the firm*: managerial behavior, agency costs and ownership structure. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043>. Acesso em: 17 jun. 2013.

16 EIZIRIK, Nelson. Arbitrabilidade objetiva nas sociedades anônimas e instituições financeiras. In: *Direito societário*: desafios atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 36.

153), com lealdade (LSA, art. 155), prestando amplas informações (LSA, art. 157), além de agir com os padrões de boa-fé (LSA, art. 159, § 6º).

A diligência é o dever de cuidado profissional, buscando obter informações necessárias para a decisão negocial, bem como fiscalizando tais informações e os demais envolvidos com a companhia. Não há dúvidas de que o nível de profissionalização e de cuidado a ser exigido do administrador de companhia aberta é superior ao nível de pequena sociedade limitada ou até mesmo da sociedade anônima fechada, pois o padrão de cuidado é variável de acordo com as circunstâncias, o tamanho da empresa, os recursos disponíveis e outros tantos fatores que alteram substancialmente a forma de atuar do administrador[17-18].

O dever de lealdade à sociedade (e, em alguns casos, de forma indireta, aos acionistas[19]) também é reforçado pelo fato de a companhia ter suas ações negociadas publicamente, aplicando-se normas de *insider trading* no caso de negociação pelo uso de informação privilegiada. Especialmente sobre este aspecto, ressalta-se que *insider trading* é tipificado penalmente, portanto, há um aspecto não arbitrável, que é a punição penal. De outro lado, outro efeito da constatação desta prática é o dever de indenizar os investidores, o que poderia ser perfeitamente objeto de arbitragem. Ocorre, porém, que neste ponto não se está exatamente em litígio decorrente da relação societária regulada pelo estatuto social. Aqui, a arbitragem deve estar ou em contrato de alienação de ações ou ser instituída por meio de compromisso arbitral após a ocorrência do litígio, ou, ainda, se a alienação das referidas ações seja decorrente de obrigação firmada em acordo de acionistas com cláusula compromissória.

Já o dever de informação, seguindo a linha dos demais, é reforçado pela necessidade de revelação pública dos chamados fatos relevantes, bem como outras tantas informações sobre investimentos do administrador em ações e valores mobiliários no mercado – o que também pode dar ensejo a litígios societários.

O exercício do controle também representa o que se denominou um "poder-dever"[20]. Assim, muitas normas estão esparsas na Lei das Sociedades

---

17 HORSEYTHE, Henry Ridgely. Duty of care component of the delaware business judgment rule. *Delaware Journal of Corporate Law*. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em: 30 jul. 2012, p. 7.

18 RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 205.

19 O dever de lealdade em relação aos acionistas é despertado principalmente em operações societárias de *M&A*, quando os administradores passam a negociar os valores das ações envolvidas na negociação.

20 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 88.

Anônimas para regular a relação entre os controladores com os demais acionistas, sendo que o art. 117 traz um rol de situações consideradas abusivas.

Todas estas normas de deveres fiduciários são cogentes. Vale dizer, não podem ser afastadas por convenção das partes envolvidas, nem por norma do estatuto social. O efeito disto sobre a arbitragem, conforme já indicado anteriormente, não é a não arbitrabilidade, mas o dever de os árbitros aplicarem a legislação brasileira quando se tratar de companhias listadas no Brasil e quando se tratar de conflitos societários oriundos desta relação aqui no país. Isso porque a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro define que "as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituirem" (art. 11 do Decreto-Lei nº 4.657/1942). Além disso, empresas estrangeiras sujeitam-se também às disposições do direito brasileiro no que diz respeito às normas de listagem e às relações com os acionistas do mercado aberto nacional, bem como a obrigações que forem constituídas no Brasil. Aplica-se a norma de conflito de leis do art. 9º do referido Decreto-Lei, que prescreve: "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem". A questão da lei aplicável foi analisada pela CVM em caso de alienação de controle de grupo estrangeiro, com empresas constituídas no Brasil. Cita-se o trecho abaixo da ata de julgamento:

> "A respeito da legislação aplicável, o Diretor-Relator apresentou voto no sentido de que se aplica o conceito de controle da lei brasileira (pois é no Brasil que a Tim Participações tem sede), tendo sido acompanhado pelo Diretor Marcos Pinto e pelo Diretor Otavio Yazbek. O Diretor Eli Loria entendeu igualmente pela aplicação da lei brasileira, mas por fundamento diverso (a obrigação de realizar OPA, por ser definida pela lei brasileira, faz incidir esta lei, nos termos do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil). A Presidente Maria Helena Santana manifestou-se no sentido de ser aplicável a lei italiana, por envolver análise do controle de sociedade com sede naquele país, nos termos do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil."[21]

Outra questão especial relativa às companhias abertas diz respeito à alteração da Lei nº 6.404/76 com a inclusão do art. 136-A, prevendo o direito de recesso do acionista dissidente na deliberação relativa à inclusão da previsão de arbitragem nos estatutos e também aquela que contém a exceção de liquidez e dispersão (§ 2º, II) na forma do art. 137 da LSA. Destarte, a forma de se retirar na companhia aberta será por meio da venda no mercado de ações. Aqui, de outro lado, merece destaque analisar o conceito de liquidez e dispersão. No âmbito da doutrina americana, Angie Woo entende que a razoabilidade desta

21 Recurso contra decisão da SRE – OPA de TIM Participações S/A – Proc. RJ 2009/1956.

norma de exceção depende da análise do caso, avaliando se o controlador está realizando transferências desproporcionais de riqueza e, também, sobre a eficiência do mercado acionário onde está listada a companhia, sob pena de tolher as proteções aos investidores[22]. Nesse aspecto, ressalte-se ainda a recente preocupação da CVM de editar normas sobre este conceito para proteger os acionistas em operações societárias de fusão, incorporação, cisão e incorporação de ações, ao estabelecer, por meio da Instrução 565, que "a condição de liquidez prevista no art. 137, II, *a*, da Lei nº 6.404, de 1976, estará atendida quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integrar o Índice Bovespa – Ibovespa na data do aviso de fato relevante que anunciar a operação". É claro que a CVM não exclui outros possíveis mercados abertos para que seja considerado atendido o requisito de liquidez e dispersão, mas se o valor mobiliário em questão não for negociado na BM&F Bovespa ou estiver fora do Ibovespa o cuidado será ampliado para constatar se a regra excepcional deve ser aplicada. Este pode ser um critério objetivo também no direito de retirada no caso da inclusão de cláusula compromissória, a fim de resguardar direitos dos investidores do mercado aberto.

A alteração da lei societária ainda prevê outra exceção ao direito de retirada no caso de inclusão da arbitragem como meio de solução de conflitos nos estatutos sociais, qual seja o caso de inclusão da cláusula para fins de entrada em segmentos especiais da Bolsa de Valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% das ações de cada espécie ou classe. Embora seja razoável imaginar que neste caso o acionista minoritário terá possivelmente a via do mercado para desinvestir na companhia, há de se lembrar que muitas companhias abriram o seu capital diretamente nesses novos segmentos (em especial no Novo Mercado), o que, portanto, causa subitamente uma mudança de regime regulatório da sociedade da qual o minoritário é integrante. Assim, subitamente, o minoritário perderia o direito de recesso, por conta desta previsão sem poder avaliar qual o mecanismo de retirada seria mais benéfico.

Isto nos remete a outro assunto, qual seja a arbitragem nos segmentos de governança corporativa da BM&F Bovespa. Trata-se de situação de autorregulação, ou seja, o próprio mercado estabeleceu mecanismos para melhorar o sistema de governança corporativa, visando à maior eficiência e proteção para os investidores. Um dos aspectos dos níveis mais elevados de governança corporativa (Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Nível 2 e Novo Mercado)

---

22 WOO, Angie. Appraisal rights in mergers of publicly-held delaware corporations: something old, something new, something borrowed, and something B.L.U.E. *68 S. Cal. L. Rev.*, 719, 1994-1995. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em: 7 ago. 2012, p. 742.

foi estabelecer que, para ser listado nestes mercados, deve haver inclusão da cláusula arbitral estatutária, elegendo a Câmara do Mercado.

Desde a análise principiológica, a imposição da arbitragem levanta duas questões. Primeiro, seria válido criar espécie de arbitragem obrigatória? A resposta é que, em verdade, não se trata de arbitragem impositiva, pois as companhias e seus acionistas podem livremente deliberar listar as suas ações nos demais segmentos, onde não há tal requisito. São válidos, portanto, os regulamentos da BM&F Bovespa. O segundo aspecto é a imposição de determinada câmara, independentemente da qualidade da instituição arbitral. A juridicidade dessa norma pode ser duvidosa, isso porque, embora se esteja no âmbito da autorregulação, não se pode negar a próxima relação com interesses públicos de proteção do mercado acionário. Isto é facilmente provado por meio da exigência de que as normas internas da Bolsa de Valores sejam submetidas à avaliação e supervisão da CVM (Lei nº 6.385/76, art. 18), na condição de agência reguladora. Assim, poder-se-ia questionar se pelo menos a escolha da instituição arbitral eleita no estatuto não devesse ficar a critério dos acionistas. De qualquer maneira, também parece ser a melhor resposta a mesma oferecida à questão anterior, ou seja, em verdade, não há nenhuma imposição, basta optar por outros segmentos disponíveis na Bolsa de Valores. Além disso, sendo a Bolsa de Valores uma sociedade anônima privada, deve prevalecer a autonomia privada, ou seja, a liberdade de estabelecer suas normas que estão no âmbito do direito privado (embora se aproxime, conforme mencionado, com algumas questões de interesse público). Ao que parece, esta questão ainda não tem sido alvo de maiores preocupações dos investidores e dos demais especialistas, portanto, a observação é feita desde uma abordagem acadêmica, antecipando eventual surgimento do debate.

A sigilosidade como característica da maioria das arbitragens de conflitos empresariais foi objeto de importante objeção ao se pensar nesta forma alternativa de solução de litígios no mercado aberto. Conforme já destacado anteriormente, existem diversas normas especiais de publicidade e transparência perante os investidores, os mercados e os acionistas. A resposta para este problema é simples, basta que não se tenha norma de sigilo, até mesmo porque o sigilo não é estabelecido pela Lei de Arbitragem, estando contido normalmente nos próprios contratos e regulamentos[23].

---

23 Não é exatamente o tema deste artigo, mas mesmo arbitragens em que a pessoa jurídica listada esteja envolvida contratualmente com outras partes (arbitragem não societária) merecem algum nível de revelação ao mercado, pela imposição do dever de informação de fatos relevantes que tenham impacto na avaliação dos valores mobiliários negociados.

Por fim, questão interessante sobre a arbitragem societária em geral, mas que ganha revelo na companhia aberta dada a sua característica da grande quantidade de acionistas, trata de como evitar arbitragens múltiplas sobre os mesmos assuntos ou temas interligados que merecem decisão unitária. Desde logo, inexiste aplicação automática do Código de Processo Civil a legitimar a imposição de aplicar normas para reunião de arbitragens. Apesar disso, já há precedente no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinando a reunião de procedimentos arbitrais diferentes[24]. A sugestão de solução ao problema consiste na inclusão de normas específicas nos regulamentos das câmaras ou nas próprias cláusulas arbitrais estatutárias, da seguinte forma:

> "(...) estabelecer regra segundo a qual, sempre que apresentado requerimento de instauração de arbitragem seria publicado fato relevante, (a) noticiando a existência de tal requerimento, (b) facultando aos acionistas acesso à cópia do requerimento e (c) concedendo-lhes prazo para se pronunciar a respeito."[25]

A escolha dos árbitros poderia ser por meio de voto[26] ou pela regra da maioria das instituições arbitrais, ou seja, o consenso em torno da nomeação e, em não havendo tal condição, fica a cargo da instituição nomeá-los.

Assim, cria-se a possibilidade de realizar de algo próximo a *class arbitration*, que são a versão das *class actions* de países como Estados Unidos e Canadá adaptados à realidade da arbitragem[27]. A tentativa de criar esta modalidade de arbitragem não é exclusiva da *common law*, países como Alemanha e Colômbia[28] também tentam viabilizar este tipo de solução. No contexto brasileiro, ela pode surgir como substitutivo às *class actions*, ainda mais depois de o novo Código de Processo Civil ter tentado regular o procedimento coletivo com inspiração mínima nesse modelo processual usado pela *common law*,

---

24 ALMEIDA, Ricardo Ramalho; LEPORACE, Guilherme. Cláusulas compromissórias estatutárias: análise sob a ótica da lógica econômica, política legislativa e alguns problemas práticas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 10, v. 39, out./dez. 2013, São Paulo, RT, p. 91.

25 *Idem*.

26 ALMEIDA, Ricardo Ramalho; LEPORACE, Guilherme. Op. cit., p. 92.

27 STRONG, S. I. Resolving mass legal disputes through class arbitration: the United States and Canada compared. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 37, p. 921, 2012; University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2011-24. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1967101>.

28 STRONG, S. I. From class to collective: the de-americanization of class arbitration. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/strong_annex2_en.pdf>.

sendo merecidamente vetada a proposta do art. 333, por carecer de regulação suficiente para esta ferramenta[29].

As Ações Societárias e a Ordem Pública no Mercado Aberto dos Estados Unidos – o Acesso às *Class Actions*

Nesta parte do estudo, volta-se a análise para o que tem sido debatido na problemática da ordem pública no mercado acionário de países estrangeiros, especialmente nos Estados Unidos sobre a arbitragem nas *Publicly Owned Companies* (não confundir com *State Owned Companies*, que são as empresas estatais). Estas são as companhias abertas americanas e os acionistas recebem tratamento diferenciado no direito desta nação no que diz respeito às proteções dos investidores no mercado ações.

Havia dúvidas se as Cortes americanas autorizariam a substituição das famosas *class actions* societárias no âmbito das companhias abertas pela cláusula arbitral. O direito daquele país reconhece a existência de importante mecanismo judicial de controle dos atos dos administradores e controladores das *corporations*, que são justamente as ações judiciais coletivas. Destarte, estabelecer cláusula arbitral estatutária limitando o acesso às *class actions* não foi considerado legítimo na visão da *Securities Exchange Commission*, conforme se verificou no caso Carlyle Group L.P.[30]. De outro lado, não faltou posicionamento judicial possibilitando o uso de cláusula arbitral, inclusive com cláusula que impedia o acesso às famosas ações coletivas, em diferentes tipos de contrato (até mesmo em relações de consumo e trabalhistas)[31].

---

29 Ressalta-se que o veto tem uma preocupação legítima, pois o art. 333 do projeto do novo CPC talvez não regule de forma plena a *class action*, demandando uma norma completa sobre este mecanismo. Além disso, a proposta de conversão de ação individual em coletiva era apoiada no modelo atual das ações coletivas, promovidas sob certas condições que, até hoje, se mostram insuficientes para solucionar o problema do excesso de demandas repetitivas.

30 SCHNEIDER, Carl W. *Arbitration provisions in corporate governance documents*. Disponível em: <http://corpgov.law.harvard.edu/2012/04/27/arbitration-provisions-in-corporate-governance-documents/>. Acesso em: 20 jun. 2015.

31 The Washington Post. Supreme Court says arbitration agreements can ban class-action efforts. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/politics/supreme-court-says-arbitration-agreements-can-ban-class-action-efforts/2011/04/27/AFp23j0E_story.html>. Acesso em: 20 jun. 2015; DOTSON, Alyesha A. The Supreme Court speaks on class action waivers in arbitration agreements. Disponível em: <http://www.americanbar.org/publications/tyl/topics/labor-employment/the_supreme_court_speaks_class_action_waivers_arbitration_agreements.html>; KANE, Matthew C. et al. United States: California High Court upholds class action – but not representative action – waivers in arbitration agreements. Disponível em: <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/325604/employment+litigation+tribunals/California+High+Court+Upholds+Class+Action+but+not+Representative+Action+Waivers+in+Arbitration+Agreements.>. Acesso em: 20 jun. 2015.

Percebe-se que parte fundamental deste debate fica em torno da efetividade e da eficiência de ambos os mecanismos de solução de conflitos. Um dos argumentos importantes a sustentar a possibilidade de se ter arbitragem com cláusula impedindo o uso de *class actions* está na grande eficiência e confiabilidade do instituto. Fazendo a análise sob a ótica das "precondições do mercado acionário", percebe-se a ausência de prejuízo na utilização da arbitragem societária, mesmo no âmbito do direito americano, no qual as ações judiciais coletivas também atingem um bom resultado de pacificação social no âmbito societário. A arbitragem não perde em neutralidade, eficiência, celeridade e confiabilidade para as *class actions*, o que leva a crer que o direito americano tende a aceitar o uso do mecanismo mesmo nas companhias abertas[32].

Ao que parece, o desenvolvimento natural da arbitragem societária em mercados abertos de países como Estados Unidos e Canadá será pelo mecanismo da *class arbitration*, compatibilizando assim a proteção do acesso coletivo ao método alternativo de solução de conflitos[33].

A Arbitragem em Conflitos com o Estado Acionista

A presença do Estado como acionista em diversas companhias brasileiras é característica marcante do mercado acionário pátrio. No final da década de 1990, o Governo Federal optou por privatizar boa parte das empresas estatais, especialmente o sistema de telecomunicações. Isto não significou, porém, o fim da presença do Estado como sócio de companhias negociadas em Bolsa, subsistindo algumas empresas controladas pela União e outras controladas por alguns dos Estados-membros. Para o direito, as companhias controladas pelo Poder Público, criadas por autorização legal, com participação de acionistas minoritários privados, são classificadas como sociedades de economia mista, que devem se submeter às mesmas regras das companhias privadas, conforme o art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal.

Na realidade, existe um regime misto de direito público e privado a tratar das companhias estatais[34], pois o próprio art. 173 da CF prescreve, no seu *ca-*

---

32 RAVANIDES, Christos A. Arbitration clauses in public company charters: an expansion of the ADR elysian fields or a descent into hades? *American Review of International Arbitration*, 18.4, (2008): 371-454. Disponível em: <http://works.bepress.com/christos_ravanides/3.>. Acesso em: 21 jun. 2015, p. 453-454.

33 STRONG, S. I. Resolving mass legal disputes through class arbitration: the United States and Canada compared. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 37, p. 921, 2012; University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2011-24. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1967101>, p. 977.

34 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 91.

put, que o exercício da atividade econômica diretamente pelo Estado somente é possível por "imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo". Isto fica evidenciado na Lei nº 6.404/76, no art. 238, ao autorizar o acionista controlador direcionar a atuação da companhia para atendimento do interesse público motivador da sua constituição, mesmo que, para isso, sejam diminuídos os lucros.

Este mesmo art. 238 gera uma tensão entre a submissão do controlador e da sociedade de economia mista ao regime geral da Lei das S.A. Merece análise, então, como ocorre a aplicabilidade de todas as regras de deveres fiduciários e abuso/desvio de poder de um lado e, de outro, o interesse público. Essa regra foi recentemente analisada em julgamento da CVM sobre deliberação da assembleia geral da Eletrobras com voto decisivo do seu acionista controlador, a União Federal[35]. Em linhas gerais, o que se estabeleceu foi que a exceção do art. 238 relativa à obrigação de perseguir os lucros da companhia por justificado interesse público exigisse a análise de duas espécies do gênero interesse público: primário e secundário. O interesse público primário é o que justifica a criação de uma sociedade empresária estatal, sendo justificador de medidas estranhas à finalidade lucrativa da companhia, mesmo que isto possa diminuir dividendos dos acionistas. Já o secundário é um interesse puramente econômico do ente estatal, que não é interesse coletivo, não é, portanto, interesse da nação. Logo, neste caso, deve-se observar as normas societárias de direito privado, inclusive regras de deveres fiduciários, conflito de interesses, etc. (no caso Eletrobras, esta análise foi feita para aplicar normas de conflito de interesses da União Federal na assembleia geral que decidiu renovar contratos de concessão, diminuindo direitos indenizatórios da companhia devidos pela União Federal na condição de poder concedente).

O mesmo entendimento é aplicável para a análise da possibilidade de se estabelecer cláusula compromissória em contratos com o Poder Público. A partir dos estudos da Professora Selma Lemes[36], tem prevalecido nos tribunais e na doutrina a possibilidade de o Estado (em sentido lato) ser contratante em arbitragem para solucionar litígios que tratem de interesses secundários, ou seja, interesses puramente econômicos do Poder Público, nos quais ele deve ser equiparado a contratantes privados. Nesse sentido, as leis que regulam os contratos administrativos contêm previsão expressa da possibilidade de cláusula arbitral (ex., Lei nº 8.987/95, art. 23-A; Lei nº 11.079/04, art. 11, inciso III). Ainda, com a recente alteração da Lei de Arbitragem, mais dois parágrafos do

35 Processo Administrativo Sancionador CVM RJ 2013/6635.

36 LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

art. 1º da Lei nº 9.307/96 confirmam a arbitrabilidade de direitos patrimoniais disponíveis do Poder Público. E os primeiros precedentes sobre a questão conferem segurança jurídica às referidas normas, após questionamentos judiciais sobre algumas cláusulas compromissórias firmadas pela Administração Pública[37-38]. Essas normas, porém, criam alguns limites no que diz respeito à obrigatoriedade de a arbitragem ser em língua portuguesa, sede no Brasil, além de obviamente respeitar o princípio geral da publicidade na Administração Pública, sendo vedada a cláusula de sigilosidade.

Voltando ao direito societário aplicável às sociedades empresárias controladas pelo Estado, surge interessante questão sobre a arbitrabilidade e competência do tribunal arbitral. Pois bem, haverá a necessidade de o julgador competente estabelecer, primeiramente, se a questão societária litigiosa diz respeito ao interesse público primário ou secundário. Esta questão é mais complexa no âmbito societário, pois a generalidade da cláusula arbitral estatutária impõe a análise de caso a caso acerca da natureza do interesse público em debate, enquanto os demais contratos administrativos costumam expressamente identificar quais matérias são arbitráveis (por exemplo, em contratos de concessões, tarifas públicas cobradas dos usuários de serviços públicos não podem ser arbitráveis, mas a indenização pela incorreta fixação destas tarifas pode perfeitamente ser objeto de arbitragem). O caso citado da Eletrobras revela a dificuldade de estabelecer quando o interesse público do Estado é primário ou secundário no âmbito das deliberações societárias da sociedade de economia mista. Neste caso, a CVM entendeu que o tema era interesse público secundário, ou seja, um interesse econômico da União conflitando com o seu interesse na condição de acionista. Se o estatuto estabelecesse a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos, os árbitros já teriam um posicionamento estabelecido no âmbito do julgamento da agência reguladora (embora, no Brasil, julgamentos administrativos não façam coisa julgada material, podendo ser revisto o posicionamento para afastar a arbitrabilidade objetiva da questão posta).

Pela consagrada doutrina alemã da *kompetenz-kompetenz*, caberá aos próprios árbitros julgar, em primeiro lugar, a sua própria competência. Este princípio está consagrado na Lei nº 9.307/96, arts. 8º, parágrafo único e 20. Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, conforme a decisão da Medida Cautelar 14.295/SP, comentada na obra de Carmona[39]. Destarte, iniciada a arbitragem, caberá aos árbitros decidir sobre a arbitrabilidade do

37 CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 45.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 11.308.

39 CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 180-182.

interesse público presente na questão societária, em conflitos entre o controlador estatal e os minoritários.

Assim, conclui-se que tanto pela Lei das Sociedades Anônimas, como por outras leis reguladoras de contratos com a Administração Pública existe submissão do Estado acionista a regras de direito privado para os chamados interesses secundários, sendo plenamente possível a cláusula arbitral estatutária em sociedades de economia mista, na qual o Estado acionista pode resolver seus conflitos de ordem societária com os demais investidores e com seus administradores (o Banco do Brasil S.A. é um exemplo de sociedade de economia mista que se vale da cláusula compromissória em seu estatuto social).

Conclusão

Existem inegáveis vantagens em utilizar a arbitragem para conflitos de natureza societária, conforme antes mencionado. Outro aspecto que não foi citado ainda é o fato de este método possibilitar, muitas vezes, a manutenção da relação entre partes envolvidas em relações continuadas[40]. Destarte, é benéfico o entendimento pró-arbitragem que vem se construindo no âmbito interno das sociedades empresárias, pois se trata, inegavelmente, de relação de longa duração, na qual a continuidade é muitas vezes benéfica para todas as partes e para a própria pessoa jurídica. Assim, a arbitragem, ao solucionar a controvérsia de forma célere, sendo método de solução livremente escolhido pelos acionistas, poderá contribuir para a manutenção da *affectio societatis* e do vínculo societário.

Já sobre o tema principal deste estudo, a conclusão, em realidade, não é exatamente uma resposta definitiva para as questões da arbitragem no direito societário das companhias abertas. O que se pretendeu nesta abordagem foi examinar alguns aspectos já debatidos pela nossa doutrina e estabelecer os primeiros parâmetros de um estudo mais aprofundado sobre como a arbitragem pode adentrar no mercado de capitais brasileiros a fim de auxiliar o mercado de ações a ter as precondições necessárias para ser eficiente e atrair mais investimentos, de forma a encorajar os poupadores brasileiros a também se integrarem neste sistema.

40 SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa*. São Paulo: RT, 2003. p. 199.

Das Tutelas de Urgência e da Carta Arbitral: Breves Considerações sobre os Novos Artigos "22-A, B e C" da Lei de Arbitragem

Ricardo Ranzolin

Sócio de Silveiro Advogados; Mestre em Arbitragem pela PUCRS; Pós-Graduado em Business Administration pela Harvard Business School; Pós-Graduado em Processo Civil pela PUCRS; Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB-RS; Membro da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da OAB; Vice-Presidente da Câmara de Arbitragem da FIERGS-CIERGS; Presidente do Conselho Diretor do Centro de Arbitragem e Mediação da OAB-RS; Professor Convidado dos Cursos de Pós-Graduação da UFRGS, da Escola Superior da Magistratura do RS, da PUCRS e da Unisinos; Autor da obra "Controle Judicial da Arbitragem" e de vários artigos acadêmicos no âmbito do Direito Processual Civil e Direito dos Negócios.

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) foi objeto de recente reformulação determinada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que após o trâmite no Senado e na Câmara dos Deputados sofreu vetos da Presidência da República, que ainda podem ser confirmados ou derrubados pelas casas legislativas.

Contudo, no que tange às questões específicas das tutelas de urgência envolvendo lides sujeitas à arbitragem e à introdução em nosso sistema jurídico da inédita figura da carta arbitral, a referida Lei não sofreu qualquer sanção presidencial, de modo que é certa a alteração da Lei de Arbitragem nestes pontos.

Assim, faz-se, a seguir, breves comentários destacados de cada um dos artigos introduzidos a respeito destes temas, de modo a situar e dar uma primeira familiaridade ao leitor acerca destas mudanças, que são muito bem-vindas, pois colmatam pontos – raros, diga-se – em que o laconismo da Lei de Arbitragem exigia maior detalhamento regulatório para o melhor desenvolvimento prático do instituto da arbitragem.

"Capítulo IV-A [*inserido pela Reforma da Lei de Arbitragem*]

Das Tutelas Cautelares e de Urgência

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medidas cautelares ou de urgência. [*inserido pela Reforma da Lei de Arbitragem*]

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

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. [*inserido pela Reforma da Lei de Arbitragem*]

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. [*inserido pela Reforma da Lei de Arbitragem*]"

Comentários

Uma das significativas e providenciais alterações implementadas no regramento legal da arbitragem está representada nesta introdução dos arts. 22-A e 22-B e seus respectivos parágrafos únicos, os quais substituíram o § 4º do art. 22, que foi integralmente revogado.

Aquele dispositivo revogado regulava de modo genérico a concessão de tutelas de urgência, estabelecendo que, "havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa". Contudo, aquele dispositivo desconsiderava o fato de que podem transcorrer algumas semanas desde o surgimento de uma lide entre as partes signatárias de uma cláusula compromissória até a efetiva instituição do procedimento arbitral – que se dá somente após a aceitação pelos árbitros de sua nomeação. Assim, com a previsão de que tocaria aos árbitros decidir acerca do deferimento ou não das tutelas de urgência, dito dispositivo revogado não abarcava a situação em que as partes ainda não tinham árbitro ou tribunal arbitral instituído para julgar o conflito, e, na maior parte das vezes, a tutela de urgência é necessária quando do desabrochar da lide entre as partes.

A jurisprudência há muito vinha tratando da temática de modo desvinculado da referência literal do texto da lei, oscilando entre três posições. A primeira admitia que as partes pudessem sempre postular as tutelas de urgência diretamente perante o Judiciário, sem qualquer pedido anterior ao árbitro ou ao tribunal arbitral

– o que representava a maioria dos julgados. A segunda resguardava sempre ao árbitro ou ao tribunal arbitral a concessão ou não da tutela de urgência postulada, ainda que não houvesse árbitro instituído. E a terceira posição vinha admitindo a possibilidade de concessão de tutelas de urgência pelo Judiciário, mas tão somente enquanto não houvesse árbitro nomeado.

Esta última posição é a que prevaleceu, sendo que o texto legal ora modificado parece ter se inspirado diretamente no seguinte precedente jurisprudencial do STJ: REsp 1.297.974, 3ª T., Relª Minª Nancy Andrighi, j. 12.06.2012, unânime[1].

Com efeito, foram claramente estabelecidos pela lei os pressupostos excepcionais de flexibilização da eficácia negativa da convenção de arbitragem diante da tutela de urgência, que permitem a apreciação do pleito de urgência pelo Judiciário. O texto legal ainda referiu que a não instituição da arbitragem pela falta de iniciativa da parte que postulou a tutela de urgência, dentro do prazo de 30 dias contados da data da efetivação da respectiva decisão, importará na perda de eficácia da medida de urgência deferida – aqui o texto se inspirou no CPC/73, que exigia a propositura de ação principal após o ajuizamento da ação cautelar no mesmo prazo.

No caso de a arbitragem já estar instituída, deixou claro o texto legal que é do árbitro o poder para apreciar, conceder ou denegar tutelas de urgência.

E também na hipótese de deferimento ou indeferimento da medida pelo Judiciário, tão logo superadas as circunstâncias temporárias que justificaram a sua intervenção contingencial e "precária", tocará ao árbitro reapreciar a tutela judicialmente conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. O Judiciário não adentrará no exame de qualquer questão de mérito, ou seja, o texto legal também explicita quando findam aqueles pressupostos excepcionais que permitem ao Poder Judiciário atuar em controvérsia abrangida por convenção arbitral.

E aqui não se trata de revogação ou rejulgamento ou reforma. Só em linguagem elíptica, de cunho prático, poder-se-ia assim falar – o árbitro não tem o poder de atuar na órbita de legitimação do juízo estatal, como, por exemplo, tem um tribunal superior para reformar decisão de juízo *a quo*. Arnoldo Wald[2] sustenta

1 O voto da Relatora naquele aresto estabeleceu que "a decisão sobre o mérito da controvérsia é prerrogativa do árbitro. Na pendência de instauração do procedimento arbitral, ou na sua impossibilidade, a sua competência é excepcionada e é dado às partes a possibilidade de acesso à jurisdição estatal. Tão logo seja possível sua instauração, a competência para julgamento do feito pelo Judiciário cessa, impondo-se a remessa dos autos para que o árbitro reaprecie a decisão judicial prolatada na medida cautelar, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão".

2 WALD, 2002, op. cit., p. 157.

com pertinência que não há que se supor haver interferência entre "jurisdições". As esferas de legitimação de atuação do árbitro e do juízo estatal se complementam em prol da instrumentalidade requerida pelo direito, mas não se confundem. O que ocorre é que, dada uma decisão provisória do juízo estatal – que não transita em julgado –, passa a ter cognição para decidir a controvérsia uma outra esfera provida com outra fonte de legitimação e poder de julgamento, a qual tomará a decisão do magistrado estatal como um dado da realidade consumado. A partir dessa realidade é que se dará a cognição e o julgamento arbitral, com o devido exame do *status quo* em que se encontram as partes e a eventual necessidade ou não de tal ser modificado, para, a critério do árbitro, melhor ser resguardado ou não o alegado direito sob urgência. Nessa esteira, é possível ao árbitro vir a solicitar perante o próprio Judiciário eventual utilização de força física para alteração do quadro fático estabelecido pela decisão judicial estatal anterior, o que se dará através da "carta arbitral" prevista no novo art. 22-C.

Aspecto que não está explicitado no texto legal é se as partes podem estabelecer ressalva especial na convecção arbitral, especificando que não valer-se-ão da arbitragem para a solução de pretensões resistidas envolvendo tutelas de urgência, servindo o procedimento arbitral apenas para obtenção de decisão concernente ao mérito das controvérsias.

Parece que, diante de convenção arbitral com tal ressalva, impõe-se respeito ao contratado, cabendo às partes postular as medidas de urgência sempre diretamente aos órgãos do Poder Judiciário. Tal entendimento é o que mais se ajusta a uma interpretação sistemática da lei, que coloca a vontade das partes sempre como a base do procedimento arbitral. Assim, a plena disponibilidade das partes deve ser respeitada também frente às tutelas de urgência. É claro que o processo judicial estatal, nessa hipótese, também se restringirá ao exame da tutela de urgência; qualquer medida para processamento e julgamento do mérito da causa se dará perante o árbitro.

Por outro lado, é de mencionar que a lei faz confusão ao se referir a medidas "cautelares" ou "de urgência" – como se abrangesse cautelares "não" de urgência. E no título, se refere, contraditoriamente, às tutelas "cautelares de urgência".

A interpretação que se julga mais consentânea com o sistema jurídico é a de que os dispositivos legais em comento se aplicam a todas as formas de tutela de urgência, cujo pressuposto para sua aplicação é a premente necessidade de resguardo provisório do (provável) direito de uma das partes que estiver sob fundada ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação[3]. Dentro do guarda-chuva das tutelas de urgência, todas as pretensões de cunho "cautelar"

3 O que se garante são os direitos subjetivos em disputa, cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 1997. p. 344.

são abrangidas e, com toda a vênia às doutas posições contrárias, também as pretensões de cunho "antecipatório". Isso porque a decisão que antecipa parcial ou totalmente os efeitos da tutela final não se confunde com a decisão definitiva sobre o merecimento ou não do pedido do autor. É medida sempre provisória, baseada na urgência da postulação, e cuja reversibilidade é seu pressuposto. Há que se destacar, contudo, que dentre as antecipações de tutela que aqui se trata excluem-se aquelas que a doutrina consagrou denominar de "antecipação de evidência", porquanto sua concessão não é estribada na urgência, mas, sim, na elevada verossimilhança do direito postulado e na postura insólita da parte adversa.

Por fim, salienta-se que na postulação direta ao Judiciário da tutela de urgência a competência do órgão judicial estatal é estabelecida pelas regras do CPC, não importando a sede da Câmara Arbitral eleita pelas partes: TJSP, 1ª Câm. Dir. Priv., AI 2604478720118260000, j. 20.03.2012, unânime. E sem prejuízo de que se analise a dependência do processo com outros já ajuizados e a eleição de foro, respectivamente: TJMS, 5ª Câm. Cív., AI 0024289-41.2010.8.12.0000, j. 31.03.2011, unânime; e TJSP, 34ª Câm. Dir. Priv., AI 4551722200, j. 12.09.06, unânime. Em sentido contrário: TJSP, 20ª Câm. Dir. Priv., AI 73249620, j. 02.02.09, unânime.

> "Capítulo IV-B [*inserido pela Reforma da Lei de Arbitragem*]
>
> Da Carta Arbitral
>
> Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. [*inserido pela Reforma da Lei de Arbitragem*]"

Comentários

Antes da inserção deste dispositivo, a lei se limitava a referir, nos §§ 2º e 4º do art. 22, hipóteses em que o árbitro "solicita" ou "requer" ao juiz estatal a prática de medidas que exigem o emprego de força física e cuja análise do "merecimento" do seu deferimento foi feita anteriormente pelo árbitro.

Era lacônica a regra legal quanto ao meio pelo qual tal solicitação ou requerimento se processava. Deveria ser objeto de distribuição? Ensejaria o pagamento de custas? Consistiria em uma ação judicial do árbitro? Qual o rito seguiria?

Carlos Alberto Carmona[4] asseverava que tal se dava por mero ofício, "(...) sem necessidade de qualquer fórmula fantasiosa (...)". Sidnei Beneti[5] sustentava

4 CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 21-31, jan./abr. 2004, v. 1, p. 30.

5 BENETI, 2006, op. cit., p. 104.

que o árbitro deveria dirigir-se à jurisdição estatal por instrumento análogo ao da precatória. Sérgio Bermudes[6] preconizava que a deprecação, a solicitação ou qualquer outra expressão que se utilize seriam atos de cooperação entre os diferentes juízos, como se dá nas cartas precatórias, rogatórias ou de ordem. Arnoldo Wald[7] mencionava que, para o fim em tela, o árbitro deve dirigir-se ao juiz togado através de "pedido simples".

A lacuna da lei, que gerava considerável perplexidade no momento de encaminhamento ao fórum de tal solicitação ou requerimento do árbitro – porquanto sem previsão nos códigos de organização judiciária nem nos regimentos de custas dos tribunais –, veio a ser superada integralmente com a adição deste art. 22-C.

Além de remarcar que cabe ao árbitro formular tais solicitações e requerimentos ao juiz estatal, cria a figura, própria para tanto, da "carta arbitral", a qual segue os mesmos moldes que são previstos para cooperação entre os órgãos judiciários – carta precatória e rogatória.

O novo CPC também previu acerca da mesma "carta arbitral", no inciso IV do art. 237, especificando a sua função: "para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória".

O parágrafo único do mesmo artigo menciona que, se o ato tiver de ser praticado em local onde não há vara federal, a carta poderá ser dirigida ao juízo estadual da respectiva comarca.

Como a solicitação da execução da medida virá do próprio árbitro, exige-se que a carta arbitral seja instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e sua aceitação da função, sendo descabido qualquer reexame do merecimento ou não da medida de urgência julgada pertinente pelo árbitro, cuja execução é por ele solicitada. A carta arbitral somente pode ser recusada pelas causas e com as ressalvas previstas no art. 267 do novo CPC, especialmente o não atendimento dos requisitos do art. 260, aplicados no que couber. O art. 69, que inclui a carta arbitral, é claro ao mencionar que "o pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido".

A devolução da carta arbitral deverá ocorrer no prazo de 10 dias após o cumprimento, nos termos do art. 268 do CPC.

---

6 BERMUDES, 2002, op. cit., p. 280.

7 WALD, 2002, op. cit., p. 158.

> "Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem. *(inserido pela Reforma da Lei de Arbitragem)*"

Comentários

O sigilo era questão também sem regulação na Lei de Arbitragem antes da alteração preconizada por este dispositivo. Compreende-se que a lei corretamente deixava às partes a opção pela contratação do sigilo no procedimento arbitral, o que é, de fato, o mais comum na praxe da arbitragem. Não obstante, a lei poderia ser mais extensa para tratar das hipóteses em que as partes fizessem tal escolha, o que só agora vem a ser colmatado pela novel alteração legislativa.

É que a convenção das partes pelo trâmite sigiloso do procedimento arbitral restava em grande parte inócua, dado que toda a vez que houvesse necessidade de uma das partes se dirigir ao Judiciário para tratar de questões atinentes à arbitragem – como a própria execução da sentença arbitral, por exemplo – o trâmite obrigatoriamente público do processo judicial tornava letra morta o ajuste de sigilo.

A introdução deste parágrafo único modifica, em parte, tal aspecto, passando a garantir eficácia prática ao ajuste de sigilo das partes, pois confere o trâmite sob segredo de justiça a todas as matérias suscetíveis de serem levadas ao Judiciário através da carta arbitral.

A garantia ao sigilo convencionado pelas partes na arbitragem é decisivamente reforçada pelo art. 189 do novo CPC, o qual garante o trâmite em segredo de justiça a todos os processos que versem sobre arbitragem, desde que a confidencialidade estipulada na convenção arbitral seja comprovada. Com esta determinação legal, até mesmo o cumprimento da sentença arbitral que se originou de procedimento arbitral sob sigilo ensejará processo judicial com trâmite sob segredo de justiça, restando resguardado o sigilo convencionado para a arbitragem em todas as hipóteses em que for necessário ingressar perante o Poder Judiciário.

A Arbitragem e a Atuação do Juiz*

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça; Advogado; Integrante do Corpo de Árbitros da Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação (CAMERS) da Fiergs/ Ciergs – Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul/ Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris.

1. A aproximação entre o juiz e o árbitro começa pelo fato de que eles exercem a mesma função.

Oppetit, em sua obra clássica, afirmou que:

> "el arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlín: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual: el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo (...)."[1]

Nesse contexto, a sentença arbitral, embora tenha seu fundamento no contrato emanado da vontade das partes, exerce função jurisdicional, na medida em que resolve definitivamente o litígio.

"Na verdade, o árbitro não é um órgão jurisdicional, enquanto entidade institucionalizada, mas exerce, sem dúvida, uma função jurisdicional"[2]. No mesmo sentido:

> "Los árbitros ejercen la función declarativa jurisdiccional y la función cautelar, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales la tarea de hacer ejecutar lo juzgado."[3]

---

* Este artigo foi escrito e publicado em homenagem ao Professor Araken de Assis. Após a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, o texto foi revisto para publicação em coletânea da Federasul (Porto Alegre, RS, julho de 2015).

1 OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Colombia: Legis, 2006. p. 57.

2 BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 443.

3 BARONA VILAR, Silvia. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 69.

No processo arbitral, os árbitros decidem com base em convenção privada, sem a intervenção do Estado, mas a sentença tem eficácia de sentença judicial. No Ag/Sentença Estrangeira 5.206-7, do Reino da Espanha, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, reconheceu que o juiz pode substituir a vontade da parte recalcitrante que firmar a cláusula compromissória e depois não instituiu a arbitragem. O r. julgado entendeu inexistir renúncia à jurisdição, mas uma escolha manifestada em contrato, elemento da relação negocial, pela qual as partes decidem sobre um modo de solução do conflito futuro, opção essa que deve ser cumprida.

Assegurada a autonomia da *jurisdição arbitral*, são muitas as referências constantes da Lei nº 9.307/96 sobre a possibilidade de intervenção judicial, quando as duas jurisdições se conectam e, em certas ocasiões, se atritam. De modo geral, observa-se que os tribunais têm prestigiado a solução arbitral, que se torna cada vez mais presente no mundo jurídico nacional, com tendência de aumento, porquanto nos contratos empresários hoje celebrados é comum a inserção da cláusula compromissória.

2. Refiro sucintamente às situações previstas na lei em que há a participação do juiz, cuja simples enumeração mostra que o tema é recorrente e pode surgir muitas vezes antes, durante e depois da instalação do tribunal arbitral. É, na verdade:

> "il cuore del dibattito sta nel fissare il rapporto tra arbitrato e giurisdizione – o, se si vuole, tra arbitri e giudici; sono, questi due mondi, in contrasto tra loro, ed in tal caso quale deve prevalere sull'altro, o possono coesistere, e come ed a che condizioni."[4]

– Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência (art. 22-A, introduzido pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015).

– Não havendo acordo sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte será convocada; se não comparecer, ou se recusar o acordo, a interessada proporá a demanda do art. 7º (art. 6º, parágrafo único).

– Havendo resistência ao cumprimento da cláusula compromissória, o juiz – provocado – designará audiência especial, na qual tentará a conciliação; sem acordo, o juiz apreciará o pedido; se procedente, decidirá sobre o conteúdo do compromisso arbitral e sobre a nomeação dos árbitros, valendo a sentença

4 LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato*: il sistema e l'esperienza. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2004. p. 11.

como compromisso arbitral (art. 7º e seus parágrafos). É uma forma de execução específica, na qual a vontade do juiz substitui a da parte.

– A ação do art. 7º também será proposta no caso de substituição de árbitro que não aceitar, falecer ou tornar-se impossibilitado, se não houver substituto ou acordo sobre a substituição (art. 16).

– Em litígio já instalado, o compromisso arbitral judicial será firmado por termo, perante o juízo ou tribunal (art. 9º, § 1º).

– Nos casos dos arts. 13, § 2º, e 16, § 2º, caberá ao juiz a nomeação de árbitro para compor o tribunal e para sua substituição.

– As disposições sobre impedimento e suspeição dos juízes (arts. 134 e seguintes do CPC) se aplicam aos árbitros (art. 14).

– Reconhecida pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral a sua incompetência, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, as partes serão remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa (art. 20, § 1º). Caberá ao interessado tomar a iniciativa de promover a ação cabível.

– A condução de testemunha renitente será ordenada pelo juiz, a pedido do árbitro ou do presidente do tribunal arbitral (art. 22, § 2º).

– Já instalado o tribunal arbitral, se houver necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, estas serão solicitadas ao juiz pelos árbitros (art. 22, § 4º).

– Suscitada questão sobre direito indisponível da qual dependa o julgamento, o árbitro suspenderá o procedimento arbitral e remeterá as partes ao juiz, retomando a arbitragem o seu curso depois do trânsito em julgado (art. 25).

– A parte interessada poderá pleitear do juiz, no prazo decadencial de 90 dias, a contar do recebimento da notificação da sentença, parcial ou definitiva, ou da decisão do pedido de esclarecimentos, a declaração da nulidade da sentença arbitral (art. 33). Se houver execução judicial, a arguição poderá ser feita na impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-L do CPC). (art. 33, §§ 1º e 2º, com a redação da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015).

– A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem (art. 33, § 4º, introduzido pela Lei nº 13.129/2015)

– A sentença arbitral estrangeira está sujeita à homologação do Superior Tribunal de Justiça (art. 35).

– O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de

sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro (art. 22-C, introduzido pela Lei nº 13.129/2015).

3. Antes de ir adiante, devo registrar importante inovação da Lei nº 13.129, de 2015, sobre a sentença parcial. A nova lei veio consagrar o entendimento predominante das legislações e da doutrina, ao admitir expressamente a sentença parcial.

Recolhe-se do exame comparado que a maioria das legislações permite ao árbitro a expedição de laudo parcial, seja por previsão das partes, seja por permissão legal. Na Inglaterra, por exemplo:

> "l'attuale normativa, abbandonando il fuorviante termine di *interim award*s ha preferito prevedere genericamente la possibilità, per l'organo arbitrale, di emettere più lodi in momenti diversi e su aspetti differenti delle questione ad esso deferite."[5]

Na Itália, classificam-se os laudos parciais (não definitivos) entre os que decidem parcialmente o mérito, e os que resolvem alguma questão jurídica sem decidir o mérito[6].

Na Espanha, a possibilidade de ditar laudos parciais foi reconhecida pela nova lei:

> "Fruto también de la práctica forense arbitral – más en el ámbito internacional que en el interno –, lo constituye el reconocimiento legal de que los árbitros puedan dictar laudos parciales que recaigan sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones como son la propia competencia del árbitro o la adopción de medidas cautelares."[7]

As câmaras de arbitragem registram o exame de laudos arbitrais parciais, sendo significativo que a Câmara Internacional de Comércio (CCI, Paris) examinou, em 1996, 42 laudos parciais[8].

> "El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo, y su contenido es invariable."[9]

---

5 ZUFFI, Beatrice. *L'arbitrato nel diritto inglese*. Torino: Chippechelli, 2000. p. 138.

6 LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato*: il sistema e l'esperienza. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2004. p. 156.

7 MERINO MERCHÁN, José Fernando; CHILLÓN MEDINA, José María. *Tratado de derecho arbitral*. 4. ed. Cizur Menor: Civitas, 2014. p. 189.

8 OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Colombia: Legis, 2006. p. 231.

9 LORCA NAVARRETE, Antonio María. *El laudo arbitral*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2011. p. 14.

No Brasil, ainda antes da nova lei, ensinava o nosso maior especialista: "Não há dúvida alguma sobre os benefícios que, em sede de arbitragem, a sentença parcial pode trazer"[10].

Certamente surgirá controvérsia sobre o conteúdo do conceito: se sentença arbitral parcial é somente a que julga parte do mérito ou se, também, a que aprecia questões prejudiciais, como competência, legitimidade, prescrição, etc.

São sentenças parciais tanto as que julgam parte do mérito como as que apreciam questões prejudiciais. A lição que nos vem da Espanha é esclarecedora:

> "Los laudos parciales pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares, de donde resulta que un laudo no es sólo la decisión arbitral que pone término a un procedimiento arbitral, resolviendo sobre el fondo del asunto. (...) En conclusión, son susceptibles de anulación tanto los laudos definitivos – ya sean (parciales) que resuelven sobre cuestiones diferentes al fondo de la controversia, sobre los que la LA admite expresamente el ejercicio de la acción."[11]

A lei também afastou dois motivos de futura disputa, pois incluiu a sentença parcial entre as que podem ser objeto de demanda para declaração de nulidade e determinou como termo inicial, para o prazo decadencial de 90 dias, a data em que a parte for notificada da sentença parcial ou final (art. 33, § 1º).

4. A Convenção de Nova Iorque dispõe sobre a interlocução entre a jurisdição comum e a arbitral, tendo o Dr. Timothy G. Nelson apresentado o seguinte resumo:

> "Entre muitos e diferentes modos em que a cooperação judicial pode se manifestar, estão: (1) suspender ou negar provimento do litígio e, ao contrário, compelir as partes a arbitrarem suas disputas; (2) conceder uma ordem de arresto ou 'congelamento' pré-arbitral (conhecida no sistema inglês como liminar Mareva), para 'congelar' os ativos de um réu a fim de garantir o cumprimento de uma decisão futura; (3) conceder uma liminar para evitar a destruição de ativos, ou para preservar o *status quo* pendente de arbitragem; (4) conceder liminares 'antiação judicial' para evitar litígio iniciado, violando uma cláusula arbitral; e (5) concedendo uma suspensão do litígio que, enquanto não diretamente coberto por cláusula arbitral, seja suficientemente

10 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 348.

11 MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coord.). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Prólogo de Julio González Soria. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 509.

> dependente de resolução dos conteúdos da arbitragem, quando apropriado aguardar o resultado da arbitragem."[12]

Examinarei dois desses pontos, referidos nos arts. 7º e 35 da Lei de Arbitragem e no item (1) do artigo de Nelson.

5. Ao tratar de aplicar a regra do art. 7º da Lei de Arbitragem, por provocação da parte interessada na instalação da arbitragem, surge para o juiz a questão do exame da validade, extensão, aplicabilidade e eficácia de cláusula compromissória, matérias referidas no artigo II, 3, da Convenção de Nova Iorque.

Sabe-se que o juiz, ao julgar o pedido de constituição do tribunal, nos termos do art. 7º da Lei da Arbitragem, não examina o mérito da disputa que lavra entre as partes, mas deve necessariamente apreciar, entre outros pontos, se existe alguma causa de invalidade ou se o objeto da arbitragem está entre os assuntos contemplados pela cláusula compromissória.

A Convenção de Nova Iorque, inserida no ordenamento nacional pelo Decreto nº 4.311[13], de 23.07.02, em seu artigo II, 3, reza:

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

Cabe ao juiz, pois, deliberar sobre: (i) a validade da cláusula, de acordo com os princípios do seu ordenamento jurídico; (ii) a possibilidade de a cláusula ser eficazmente aplicada na relação de que se trata; (iii) a possibilidade de a cláusula ensejar execução; e (iv) a possibilidade de a cláusula ser aplicável (operante) à matéria de que se trata, isto é, que se inclua na competência reservada à arbitragem.

Diante do pedido, o juiz decidirá sobre o conteúdo do compromisso, respeitadas as disposições da cláusula compromissória[14]. Não poderia ser diferente,

---

12 NELSON, Timothy G. Into orbit: 50 years of global arbitration under the New York Convention. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 73-85, jul./set. 2008, p. 76. Tradução livre.

13 BRASIL. *Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002*. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

14 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*: processo do conhecimento: 2. parte e procedimentos especiais. Ed. de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2. p. 411.

uma vez que o deferimento do pedido implica a aceitação de estar tal pretensão amparada na cláusula cuja execução se pede, necessariamente existente, válida e eficaz. É dispensável dizer que juiz algum autorizará a instalação de tribunal arbitral para apreciar matéria que a lei ou as partes, na cláusula compromissória, expressamente excluíram, ou diante de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Se o fizer, estará negando vigência à disposição expressa de lei:

> "Art. 7º. (...).
>
> § 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*."[15]

A defesa que o réu pode suscitar consiste exatamente na alegação de que "a questão a ser dirimida não esteja abrangida pela cláusula"[16]. Se a ofensa a essa restrição porventura acontecer, o trabalho do tribunal arbitral será inútil, pois fatalmente será destruído pela ação prevista no art. 32 da Lei da Arbitragem, porquanto nula a sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem:

> "A decisão que o árbitro tomar a respeito da questão que vier a ser submetida acerca da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem não será, de qualquer modo, inatacável, uma vez que poderá a parte eventualmente inconformada utilizar-se do expediente de que trata o art. 32 para impugnar a decisão final."[17]
>
> "(...) A nulidade da sentença *extra petita* e a nulidade da parte *ultra petita* do laudo está calcada no fato de que, se uma das partes propõe questão que fuja dos limites da convenção de arbitragem, não faz nascer, com tal demanda, o poder-dever do árbitro de julgar, e se o árbitro, por desatenção ou desídia, examina e decide a questão, provocará a nulidade (de todo [...] ou de parte dele [...])."[18]

Portanto, na hipótese de requerimento fundado no art. 7º, tem o juiz competência para decidir sobre validade e eficácia da cláusula compromissória.

---

15 BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

16 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 159.

17 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175.

18 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 406.

6. Uma vez instalado o tribunal arbitral, caberá ao árbitro decidir sobre a sua competência. Tem ele competência sobre sua competência (*kompetenz-kompetenz*), sem que seja necessário submeter ao juiz a questão controvertida sobre essa matéria preliminar.

Reza o parágrafo único do art. 8º da Lei da Arbitragem:

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

Mas o princípio sofre restrições que a própria lei fixa:

(a) em primeiro lugar, é preciso que exista o árbitro, isto é, que o tribunal arbitral já tenha sido instalado:

> "E se é ao árbitro (*que cabe decidir*), significa já estar instituído o juízo arbitral. Ora, se houver de instituir-se a arbitragem pelo juiz, claro está que a ele competiria a declaração da nulidade e dos demais vícios, da própria convenção de arbitragem, inclusive."[19]

(b) Antes de instalado o tribunal arbitral, tendo uma das partes requerido ao juiz a execução específica da cláusula de arbitragem, o juiz deferirá o pedido se puder extrair do contrato que a cláusula compromissória existe, versa sobre matéria passível de arbitramento, e se a questão está entre aquelas que as partes decidiram submeter à arbitragem. É o que está dito no art. 7º, § 3º: "decidirá o juiz (...) respeitadas as disposições da cláusula compromissória"[20]. Cabe às partes esclarecer a situação, "possibilitando ao juiz identificar se o litígio concreto estaria ou não enquadrado na previsão constante da cláusula"[21]. Tudo deve ficar bem claro sobre o objeto da controvérsia, porque, como já se disse, não há razão para o juiz proferir sentença determinando a prática de um ato nulo, como o seria a instalação de arbitragem não convencionada, ou contrária à lei ou além do contratado.

---

19 Cf. TIBURCIO, Carmen. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 433.

20 Cf. ZUFFI, Beatrice. *L'arbitrato nel diritto inglese*. Torino: Chippechelli, 2000. p. 138.

21 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 155.

(c) É nula a sentença arbitral proferida fora dos lindes da convenção de arbitragem: "Art. 32. É nula a sentença arbitral se: (...) IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem"[22].

(d) Havendo resistência de uma das partes na instalação do tribunal arbitral, esta poderá promover ação de nulidade da cláusula, uma vez que "o mesmo raciocínio se aplica se a pretensão de nulidade for objeto de ação declaratória, fora, portanto, do âmbito do processo arbitral"[23]. A Convenção de Nova Iorque, artigo II, 3 (cuja homologação é posterior à Lei nº 9.307/96 e, portanto, prevalente[24]), transferiu para o juiz a competência para decidir se o acordo é nulo, sem efeitos, inoperante ou inexequível. Basta para isso que exista uma ação judicial proposta pela parte recalcitrante. Explico: o art. 7º prevê a sentença judicial em ação intentada pela parte que pretende dar execução à cláusula, enquanto que o artigo II, 3, da Convenção não se refere unicamente à ação cominatória, mas estende a possibilidade de manifestação judicial sempre que o interessado promover uma ação sobre matéria objeto da cláusula compromissória ("ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo"). As disposições da Lei e da Convenção são complementares e autorizam ação judicial, seja para instalar, seja para não instalar o tribunal arbitral.

O sistema implantado no país, portanto, ao mesmo tempo em que reservou ao árbitro a competência para decidir a questão suscitada sobre a sua própria competência (arts. 7º, parágrafo único, e 20), depois de instalada a arbitragem, manteve com o juiz a competência para, antes da formação do tribunal, decidir sobre ser ou não caso passível de arbitragem (art. 7º, § 3º), tanto por provocação da parte interessada na instalação do tribunal arbitral como por iniciativa da parte recalcitrante (Convenção, artigo II, 3).

Além disso, ainda cabe ao juiz julgar a nulidade da sentença nos termos do art. 32 da Lei de Arbitragem. A Convenção de Nova Iorque já consagrava essa ideia, cujo artigo V admite o indeferimento do pedido de reconhecimento

---

22 BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

23 MAGALHÃES, José Carlos. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 24-41, jul./set. 2008, p. 37.

24 Sobre a vigência dos dois diplomas, assim dissertou José Carlos Magalhães: "É importante observar que, segundo entendimento do STF, o tratado revoga a lei anterior. Sendo assim, a entrada em vigor no Brasil da Convenção de Nova Iorque revoga dispositivos da Lei nº 3.907/96 que sejam com ela incompatíveis (...)" (MAGALHÃES, José Carlos. A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 309-318, out./dez. 2002, p. 313).

e de execução de sentença arbitral quando "a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem (...)"[25].

7. Muito tem sido escrito sobre a regra *kompetenz-kompetenz*, que é de origem germânica.

Ocorre que, recentemente, o próprio *Bundesgerichtshof* se afastou do rigor desse enunciado, ao dispor:

> "a) Após a entrada em vigor da nova lei de regulamentação do processo arbitral, é vedado às partes de um compromisso arbitral estabelecer uma cláusula *kompetenz-kompetenz* que tenha como consequência a vinculação dos tribunais estatais ao julgamento do tribunal arbitral. b) Em razão de uma cláusula *kompetenz-kompetenz*, antes de uma decisão sobre a validade da cláusula compromissória, o tribunal estatal não está obrigado a esperar a decisão do tribunal arbitral sobre a competência. c) (...)."[26]

Isso significa que sequer com o acordo expresso das partes pode ficar excluída a apreciação da matéria pelo juiz, nem é de aguardar-se uma decisão do tribunal arbitral sobre a competência.

Também os EEUU, informa a mesma autora:

> "(...) no caso Prima Paint v. Flood & Conklin Man. Co., adotaram sistema diverso (de reservar o primeiro exame aos árbitros), pois a Suprema Corte entendeu que, em regra, cabe ao Judiciário decidir sobre a validade da cláusula e as matérias que serão decididas pelo tribunal arbitral."[27]

Na Inglaterra, a decisão dos árbitros a respeito da sua competência está sujeita à revisão judicial a qualquer momento[28].

---

25 BRASIL. *Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002*. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

26 Cf. TIBURCIO, Carmen. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 425.

27 Cf. TIBURCIO, Carmen. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 427.

28 MOROSINI, Fábio. A arbitragem comercial como fator de renovação do direito internacional privado brasileiro dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 851, p. 63-85, set. 2006.

8. Por isso, pode-se concluir que o regime instituído no Brasil sobre a possibilidade de o árbitro decidir sobre a sua competência é uma alternativa feliz por propiciar a reserva da jurisdição sobre todos os temas submetidos ao árbitro, assim simplificando o procedimento e permitindo sua rápida condução à sentença final. Porém tal regime não é rígido a ponto de negar ao juiz (que vai decidir a ação intentada com base no art. 7º) o poder de examinar a procedência do pedido, como se no caso detivesse apenas metade da jurisdição ou estivesse a exercer um poder enfraquecido, constrangido a acolher um pedido evidentemente contrário à lei ou proibido pela vontade das partes. Também não ficou excluído o direito da parte de provocar o juiz para *impedir a instalação da arbitragem*, nos casos acima mencionados.

Em síntese, o único entendimento possível, à luz dos valores constitucionais da Lei nº 9.307/96 (art. 7º) e da Convenção de Nova Iorque (artigo II, 3), promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, é o de que a análise da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória não constitui matéria de competência exclusiva dos árbitros, mas submete-se, paralelamente, à competência do Poder Judiciário[29], nas situações acima descritas.

9. É bom lembrar que a instituição da arbitragem decorre do prestígio deferido pela lei à vontade das partes, o que implica também aceitar a limitação voluntariamente imposta na convenção. A cláusula compromissória "na realidade é um autêntico e autônomo negócio jurídico"[30] e, como tal, deve ser vista e respeitada.

De outra banda, o resguardo à vontade dos contratantes deve ser garantido pelo Estado mediante manifestação judicial, na instalação do tribunal, e, depois, para julgar a validade do ato sentencial, não para prestígio do juiz ou da função estatal, mas para garantia da vontade e do interesse das partes.

Disse bem o Des. Márcio Martins Bonilha: "Na arbitragem, prevalece o princípio da ampla autonomia da vontade, cuja manifestação em tema de direito disponível é firmemente respeitada, impondo-se a obediência à regra *pacta sunt servanda*"[31]. Esse princípio deve ser observado tanto para admitir a transferência ao árbitro da competência para julgar como para limitar o âmbito

---

29 TEPEDINO, Gustavo. Invalidade da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil*: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 162.

30 SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa*: dogmática e implementação da cláusula compromissória: de acordo com a atual legislação das sociedades anônimas (Lei 10.303/2001) e novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: RT, 2003. p. 127.

31 BONILHA, Márcio Martins. Do efeito vinculante da cláusula arbitral. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 5, n. 20, p. 108, mar./abr. 2004.

da sua jurisdição: "é fundamental que o magistrado respeite tudo aquilo que já houver sido estipulado pelas partes na cláusula compromissória vazia"[32].

10. Não me parece aceitável a tese de que, na cláusula compromissória cheia, havendo recalcitrância da contraparte, o interessado em promover a arbitragem pode requerer a sua instalação independentemente de postulação ao juiz. O art. 7º, que regula essa intervenção judicial, não autoriza tal conclusão, uma vez que os pressupostos para sua incidência são a existência de cláusula compromissória (sem distinção entre cheia ou vazia) e a resistência da outra parte.

11. O réu, no processo judicial, antes de discutir o mérito, deve alegar a existência de convenção de arbitragem (art. 301, *caput*, inciso X, do Código de Processo Civil). O § 4º desse artigo excepciona, do conhecimento de ofício pelo juiz, não a convenção de arbitragem, mas o compromisso arbitral, o que significa que este, nos termos estritos da lei, deve ser suscitado através de exceção, enquanto que a convenção permitirá julgamento independente de exceção, porque seria uma objeção processual. Há acirrada controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência, conforme nos relatam Fichtner e Monteiro, parecendo predominante o entendimento de que ambas as hipóteses dependem de suscitação pelo réu. A omissão do interessado significará a preclusão, do ponto de vista processual, e renúncia do direito que lhe decorria do acordo, para aquele processo[33].

O novo Código de Processo Civil, no seu art. 337, uniformizou a referência. Tanto o *caput*, inciso X, como os §§ 5º e 6º exigem a alegação de existência de *convenção de arbitragem* para a extinção do processo, entendendo-se que essa expressão compreende a convenção arbitral e também o compromisso arbitral. A falta de alegação implica a aceitação da jurisdição estatal e a renúncia ao juízo arbitral (§ 6º).

12. A sentença que o juiz profere, nos termos do art. 7º, valerá como compromisso arbitral (§ 7º), pelo que a sua natureza não é a de sentença condenatória, vez que nada exige da parte vencida, mas, sim, constitutiva.

Os contratantes podem estabelecer um foro de eleição, para as ações que devam ser propostas perante o juiz em razão da cláusula compromissória. Essa disposição deverá ser acolhida, se não significar exercício abusivo de direito e não criar extrema dificuldade para a defesa de uma das partes.

---

32 FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. *Temas de arbitragem*: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 105.

33 A controvérsia está bem relatada por FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. *Temas de arbitragem*: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 67 e ss.

13. Outro aspecto de interesse, que se refere à intersecção da jurisdição comum com a arbitral, diz com a homologação de sentença arbitral estrangeira, isto é, aquela proferida fora do território nacional.

É da competência do Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentença arbitral proferida fora do território nacional (arts. 35, 105, I, *i*, da Constituição da República de 1988 e Resolução nº 9 do STJ, de 04.05.05).

O STJ negará a homologação, nos termos do art. 38: por incapacidade das partes; por invalidade da convenção de arbitragem segundo a lei aplicável; por defeito processual dificultando a ampla defesa; por descumprimento dos limites da arbitragem; pela instituição do procedimento em desacordo com a cláusula ou com o compromisso arbitral; pela sentença arbitral anulada ou suspensa no país de origem; e, ainda, conforme o art. 39, quando (I) o objeto do litígio é insuscetível de arbitragem, segundo a lei brasileira, e quando (II) a decisão ofende a ordem pública nacional. A Convenção de Nova Iorque estabelece, no seu artigo V, os casos de indeferimento do pedido de reconhecimento e execução de uma sentença estrangeira: partes incapazes; falta de notificação; divergência fora da cláusula de arbitragem; irregularidade na composição do tribunal arbitral e no procedimento arbitral, sentença não obrigatória, anulada; o objeto da divergência não é passível de arbitragem; contrariedade à ordem pública interna.

Entre os casos de indeferimento está a desatenção à lei aplicável, eleita pela cláusula de arbitragem ou compromisso arbitral, porquanto a sentença, nesse caso, teria sido proferida fora dos limites da convenção (art. 38, incisos IV e V). Em excelente artigo sobre a arbitragem internacional, escreveu o jurista americano Adam Samuel:

> "O árbitro deve aplicar aos méritos da disputa qualquer direito nacional que as partes tenham escolhido para este fim, sujeito apenas aos princípios de ordem pública do local da arbitragem; isto foi descrito como a regra de 'ordem pública internacional'."[34]

Ainda vale lembrar a assertiva de que a *manifest disregard of the law* autoriza desconsiderar a sentença arbitral, conforme precedentes formados nos EEUU baseados no julgamento proferido na Corte Suprema no caso Wilko v. Swan (346 US. 427 [1953]), a que se seguiram outros, conforme se pode ver em Arias. US. Quaterly 2/2002.

---

34 SAMUEL, Adam. Arbitragem comercial internacional. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional*: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 377.

14. A disposição sobre ordem pública (art. 39, inciso II, da Lei de Arbitragem; Convenção de Nova Iorque de 1958, artigo V, 2, b) é uma cláusula geral que será aplicada mediante a definição do princípio a respeitar, segundo os valores sociais aceitos. Luiz Olavo Baptista repete a lição de Roppo, para quem a ordem pública é o complexo de princípios e de valores que informam a organização política e econômica da sociedade numa certa fase de sua evolução histórica, e que, por isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica[35]. Não é diferente a antiga definição de Clóvis Beviláqua, que, em 1908, assim escreveu na sua *Theoria Geral do Direito Civil*: leis de ordem pública são as que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito[36].

Pontes de Miranda, com a concisão de sempre, escreveu: ordem pública é o mínimo ético tolerável pela ambiência jurídica do país[37].

Jacob Dolinger propõe a classificação do princípio da ordem pública em três níveis: no direito interno, para garantir o império de determinadas regras jurídicas; no impedimento de aplicação de leis estrangeiras; e, finalmente, para o reconhecimento de direitos adquiridos no exterior[38].

Para garantir a vigência de certos princípios, Dolinger menciona precedentes estrangeiros, nos quais, em direito obrigacional, foi feita a aplicação do princípio da ordem pública para impedir a execução de sentença estrangeira: a) o Tribunal de Versailles considerou contra a ordem pública a sentença estrangeira que condenou a parte ao pagamento de honorários *quota litis*, cláusula proibida pela legislação francesa; b) um tribunal da Geórgia recusou a execução de decisão arbitral que condenou a parte ao pagamento de juros acrescidos se não cumprido o laudo dentro de dois meses; c) as Cortes alemãs têm-se recusado a reconhecer a execução de sentenças americanas que concedem indenização por dor e sofrimento muito acima do que se pode obter em tribunais alemães[39].

---

35 BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). *Lições de direito internacional*: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2009. p. 52.

36 BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1908. p. 13.

37 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 476 a 495. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 6. p. 168.

38 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 398.

39 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 410-412.

No Brasil, entre as normas de ordem pública cuja desatenção levou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a indeferir a homologação de sentença arbitral estrangeira está o art. 37, II, c/c o art. 39, II, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96):

> "A decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (art. 37, II, c/c o art. 39, II, da Lei nº 9.307/96)."[40]

Isto é, a regulação da arbitragem é de ordem pública e sua desatenção impede a homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral.

Entre as hipóteses que autorizam a negativa de homologação está a da sentença arbitral que desatende aos nossos princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da moralidade, do devido processo legal. Os princípios da moralidade e da igualdade se estendem para o direito obrigacional, conforme previsto no Código Civil:

> "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

Já nos arts. 421 e 422 estão explicitadas as mesmas ideias:

> "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
>
> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

15. O autor do pedido de homologação deverá provar a existência se sentença em condições de ser executada (art. 5º da Resolução nº 9/STJ), cabendo à parte adversa demonstrar as razões de improcedência do pedido. A manifestação do STJ dependerá de pedido da parte contrária à homologação, nos casos do art. 36, 1, *a*; porém, será conhecida de ofício a matéria referida no art. 36, 1, *b* (litígio não passível de arbitragem e contrariedade à ordem pública; art. 6º da Resolução nº 9/STJ).

16. Nos termos do artigo III da Convenção de Nova Iorque, para o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira não serão impostas condições mais onerosas do que as impostas ao reconhecimento ou à execução de sentença arbitral doméstica. Como a Lei de Arbitragem não exige homolo-

---

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada 866/GB*. Corte Especial. Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Inmobiliaria y Agropecuaria. Requerido: Moinho Paulista Ltda. Rel. Min. Felix Fischer. Acórdão de 17 de maio de 2006.

gação da sentença arbitral proferida no Brasil, tem sido discutida na doutrina a permanência ou não do procedimento de homologação de laudo arbitral pelo STJ[41]. Ocorre que o STJ exerce regularmente essa atribuição, o que é salutar, tendo já proferido inúmeras decisões sobre o tema e regulado o procedimento mediante a Resolução nº 9 do STJ/05.

Durante o processamento do pedido de homologação, o tribunal poderá conceder tutela de urgência (art. 4º, § 3º, da Resolução nº 9 do STJ).

17. Em conclusão, a participação do juiz no processo arbitral, ainda antes da sua instauração até a homologação da sentença estrangeira, tem por fim, de um lado, assegurar a livre-manifestação das partes que, no âmbito de sua autonomia privada, decidiram pela arbitragem e, de outro, o respeito aos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico. A justiça estatal e a arbitragem "poursuivraient, par de voies distinctes mais complémentaires, le même idéal de justice"[42].

41 PINTO, José Emilio Nunes; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de New York: atualização ou interpretação? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 50-72, jul./set. 2008, p. 60; MAGALHÃES, José Carlos. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 24-41, jul./set. 2008, p. 40.

42 OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998. p. 23.

Anotações à Lei da Arbitragem: Comentários sobre a Autonomia da Vontade, a Boa-Fé Objetiva, Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral

Zulmar Neves

Advogado em Porto Alegre.

SUMÁRIO: Autonomia da Vontade. A Boa-Fé Objetiva. Cláusula Compromissória. Compromisso Arbitral.

Autonomia da Vontade

O contrato é o resultado da vontade das partes em construir um negócio jurídico e, com ele, uma relação de direitos e obrigações, consolidando a relação civil estabelecida. Desde o direito romano, a autonomia da vontade, da qual resultava na obrigação de as partes ajustarem seus precípuos e particulares interesses, das mais diversas formas e resultante das mais diversas razões, ainda que tais decorressem de necessidades, firmou-se o conceito legal do *pacta sunt servanda*. A par das formalidades estabelecidas em leis e códigos, vigorava, como lei maior, a livre-vontade das partes quanto ao contrato e sua execução, e o Estado somente intervinha para coagir, determinar o inadimplente contratual para o cumprimento do ajustado.

Ainda no século XVIII, a Revolução Francesa reafirmou a autonomia de vontade dos indivíduos e fez do *pacta sunt servanda* a base para o desenvolvimento dos negócios e a formação e circulação de riqueza. A vontade autônoma dos contraentes tem força de lei. O contrato é lei entre as partes e, como tal, deve ser cumprindo nos exatos termos contratados, permitindo que as partes possam livremente pactuar e compor o contrato da forma que lhes convenha.

No Brasil, o nosso superado Código Civil de 1916 passou a relativizar a autonomia da vontade, conferindo ao Estado o poder de intervir nas relações en-

tre os privados e socializar as relações, sob o pretexto de harmonizar as relações civis entre as partes, tornando-o, a seu ver, mais justo do ponto de vista social.

No entanto, agora no século XX, a economia e os negócios transnacionais obrigaram o Estado brasileiro a revisar seus dogmas e princípios, de forma a inserir o país no mundo dos negócios e investimentos internacionais, no qual a competitividade econômica e financeira é o motor do progresso econômico e social. A autonomia das partes não poderia mais ser cerceada sob pena de alijar o país dos grandes centros financeiros mundiais e das transações internacionais e não se poderia conviver, exceto que pontualmente em alguns casos onde fica claro o hipossuficiente nas relações, tornando-o refém da relação, com duas regras de contrato: uma pela qual o Estado é o senhor do contrato e administra as relações entre as partes e outra, quando o Estado reconhece a capacidade das partes em se autoadministrarem e assumir livremente as suas responsabilidades e por elas responderem.

Não obstante o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 já regularem matéria, algumas questões próprias do direito brasileiro impediam a efetividade da arbitragem, pois a arbitragem contratada podia ser desrespeitada na medida em que qualquer um dos contratantes poderia descumprir o pacto e a questão forçosamente ser submetida à apreciação judicial. Não fosse isto, era obrigatória a homologação judicial do laudo arbitral e, ainda, no caso de um laudo arbitral estrangeiro, que este fosse homologado não somente pelo STF, mas também pelo Poder Judiciário do local da arbitragem, o que implicava em um desserviço à solução arbitral. Não fosse isto, ainda o Supremo Tribunal Federal tinha o firme entendimento de que o mérito de decisões arbitrais poderia ser revisto pela autoridade judicial pátria.

No contexto da legislação vigente e do ajuste entre as partes em estabelecer a arbitragem como mecanismo de solução de litígios em face de direitos disponíveis, fundamental para criar e fazer vincar em definitivo o contrato entre elas é o contrato formado pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral ajustado no instrumento contratual da relação. Extreme de dúvidas é de que é num ou noutro que se estabelece o negócio jurídico e o contrato com todos os seus contornos e, assim, passível de constituição de um direito/dever.

A cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, ao contrário do que advogaram alguns inicialmente, não se consiste em uma promessa, mas, em caráter final, vincula, como contrato que é, dentro de um contrato, as partes contraentes em adotar a arbitragem como mecanismo único de solução da controvérsia e apuração final dos direitos e obrigações emergentes do contrato sob o exame do tribunal arbitral.

Com a promulgação da Lei nº 9.307/96, recentemente alterada pela Lei nº 13.129/2015, esperava-se que essas questões fossem superadas. Não foram, apesar de a própria Exposição de Motivos da Lei da Arbitragem dispor que a lei prestigiava o princípio da autonomia da vontade dos capazes de contratar. O discurso, na verdade, antevia a discussão que se abriria em seguida à promulgação da nova lei, pois a Exposição de Motivos, assinada pelo Senador Marco Maciel, estabelecia:

> "Antes de mais nada, prestigiou-se o princípio da autonomia da vontade, de tal sorte que as partes têm a liberdade de escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem prevendo, inclusive, a aplicação dos usos e costumes, das regras internacionais de comércio e da equidade, se assim dispuserem as partes, desde que não haja violação à ordem pública e aos bons costumes." (*Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, ano 3, RT, abr./jun. 2006, p. 319)

Com efeito, no princípio, houve quase que uma negação à efetividade da cláusula compromissória, em especial pelo descaso ou desconsideração das partes contratantes, quanto à importância do compromisso e mesmo do desconhecimento quanto aos efeitos futuros do contrato em face do compromisso.

Era, em verdade, uma ofensa aos princípios jurídicos da autonomia de vontade e boa-fé objetiva e uma negação a, repete-se, um direito disponível. E o pseudofundamento jurídico para a negação era a norma constitucional de que a ninguém poderia ser vedado o acesso ao Poder Judiciário, fundamento jurídico este que levou a Lei de Arbitragem brasileira ter a sua constitucionalidade submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Neste julgamento, houve o Ministro Ilmar Galvão por manifestar que a morosidade do Poder Judiciário estaria a emperrar os negócios e investimentos internacionais no país, fatores que a Lei de Arbitragem faria por afastar. Negar a constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira implicaria em

> "(...) fator que, sem dúvida nenhuma, pode constituir sério desestímulo aos negócios, justamente no momento em que se prognostica um acentuado incremento nas atividades empresariais entre nós, sobretudo em decorrência do festejado fluxo de capitais alienígenas com vista à exploração de novos empreendimentos de natureza econômica. Não surpreende, portanto, que diante de tal conjuntura houvesse o legislador brasileiro acenado com a alternativa do juízo arbitral como solução para o grave problema, buscando assegurar o desenvolvimento econômico do país." (fls. 1.133/1.134 do Ar. Reg. na SE 5.206-7)

Mesmo posicionamento teve o Ministro Marco Aurélio Mello:

> "A Lei nº 9.307/96, um diploma moderno, a abranger dispositivos que acautelam certos direitos das partes, viabiliza – e isso interessa muito àqueles

> que investem, principalmente os estrangeiros, em espaço de tempo razoável, curto – o afastamento de situações ambíguas do cenário jurídico." (fl. 1.161 do mesmo Ar. Reg. na SE 5.206-7)

Com a constitucionalidade assentada, a Lei de Arbitragem efetivamente entrou em vigor e permitiu o desenvolvimento das relações contratuais de maneira segura e incontroversa, dependendo agora tão somente da vontade e inteligência dos contraentes, de modo que o Brasil efetivamente firmou-se no cenário internacional à frente de muitos países e passou a participar do particular e seleto grupo dos 10 países mais atuantes em arbitragem, conforme revelou Arnoldo Wald:

> "Enquanto os Estados asiáticos e africanos ainda encontram muitas dificuldades para consolidar a arbitragem como meio de resolução de conflitos, e parte da América Latina ainda repensa a doutrina Calvo, o Brasil se coloca, pois, na posição de ter, em 10 anos, ultrapassado todos os preconceitos e superado as dificuldades outrora existentes. Mediante uma verdadeira mudança cultural, o nosso país aderiu com entusiasmo à arbitragem, consolidando sua posição em nosso direito, tanto pela elaboração de novo texto legal e a interpretação da lei como em virtude das decisões da jurisprudência, dos estudos doutrinários e das sentenças arbitrais dadas ou homologadas, justificando-se, plenamente, as comemorações do décimo aniversário da Lei nº 9.307/96." (WALD, Arnoldo. As *anti-suit injunctions* no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, ano 3, RT, jan./mar. 2006, p. 43)

Restou evidente que, afirmado o princípio da autonomia de vontade, em face da constitucionalidade conferida à Lei da Arbitragem, como na Constituição Federal inserto (arts. 1º, IV, 5º, *caput* e XXII, e 170, *caput*, da Constituição Federal), princípio sob o qual se funda a Lei da Arbitragem, referida Lei passou a fazer parte do mundo jurídico dos contratos brasileiros, de maneira quase que corriqueira e, necessariamente, em todos os negócios firmados envolvendo estrangeiros.

Tão evidente é que o princípio da autonomia de vontade é pedra angular nos contratos, e somente direitos disponíveis podem ser objeto de contrato, sendo que a Lei da Arbitragem repete no seu art. 2º esse princípio, ao estabelecer que "a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes", e os parágrafos desse mesmo artigo dispõem:

> "§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
>
> "§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos principais gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio."

A autonomia de vontade está umbilicalmente ligada e é seu esteio a autonomia privada. Ensina Francisco dos Santos Amaral Neto que:

> "A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais apropriadamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares a autorregulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado." (A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 7-26, out./dez. 1998, p. 10)

No mesmo sentido Wilson Steinmetz, para o qual tem o magistério:

> "(i) as liberdades positiva e negativa de contratar, isto é, a liberdade de decidir contratar e de decidir não contratar (direito de contratação e direito de não contratação);
>
> (ii) a liberdade de escolher o contratante;
>
> (iii) a liberdade de escolher o tipo de contrato, isto é, a liberdade de escolher – segundo um juízo de adequação, funcionalidade ou conveniência e observada a disciplina legal – entre os contratos típicos e a liberdade de concluir contratos atípicos; e
>
> (iv) a liberdade de determinar o conteúdo e os efeitos do contrato." (*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 192)

Arruda Alvim ensina que:

> "Esse espaço de liberdade é chamado de autonomia privada e, no contexto do liberalismo, foi muito amplo. É esse espaço a medida em que a ordem jurídica reconhece validade e eficácia à vontade das pessoas. Então, as pessoas se comportam no mundo contratual exercendo a sua vontade concretizadora de sua autonomia privada. Nessa autonomia privada, desde que não infrinja a lei de ordem pública, desde que não seja imoral, desde que exercitada em razão de um objeto lícito e desde que não infrinja os bons costumes, as relações jurídicas nascidas dentro dela são validadas pela ordem jurídica. Pode-se dizer que ela é o motor da economia. Uma das expressões dessa autonomia – reconhecida pela ordem jurídica – é o de poder as partes idealizarem um contrato, não tipificado no Código, sobre o novo Código é expresso, ainda que isso já fosse havido como admissível no Código Civil de 1916." (A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 815, set. 2003)

A Lei da Arbitragem consagra este direito de contratar, com a autonomia de vontade podendo ser exercida, nos limites constitucionais brasileiro, que considera a função social do contrato.

A Boa-Fé Objetiva

A toda evidência, a autonomia de vontade está estreitamente vinculada à boa-fé objetiva dos contratantes e do próprio contrato, ato que dá supedâneo ao negócio jurídico objeto do contrato, aliado à função social do contrato. A boa-fé forra o contrato da estabilidade, daí o elo necessário da função social e a boa-fé no cumprimento do contrato. A boa-fé é a ferramenta necessária para a obtenção do cumprimento do avençado, desde que se trate de pacto ético, moral e confortado por bons costumes.

A boa-fé objetiva corre em paralelo com a função social, também, na forma de cláusula geral, e disposta no Código Civil em seu art. 422, que reza: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé". É ela que vigia a conduta das partes, de forma a assegurar o cumprimento do contratado.

A boa-fé objetiva exige comportamento do agente segundo o padrão social do e no seu ambiente, de forma que cada pessoa deve ajustar sua própria conduta pautada no modelo da sociedade em que vivencia, de forma que o negócio jurídico possa ser interpretado e aplicado na forma como reza o art. 113 do Código Civil: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Cláusula Compromissória

Até a edição da Lei da Arbitragem, a cláusula compromissória figurava como instituto jurídico de uma obrigação de fazer e, como tal, no evento de uma ocorrência de litígio as partes deveriam então concorrer com a contratação do compromisso arbitral. Sem ele a parte que entendesse prejudicada no entendimento deveria então recorrer ao Poder Judiciário para buscar a satisfação da sua pretensão e, se fosse o caso, a conversão da falta cometida em perdas e danos, a apurar.

Com a vigência da Lei da Arbitragem, a cláusula compromissória ou o compromisso de resolver o litígio emergente de um contrato mediante a arbitragem passou a constituir em si mesmo uma convenção de cumprimento obrigatório, caracterizando um negócio jurídico, ou seja, uma obrigação de fazer, sob uma condição suspensiva: a ocorrência do evento que detonar a aplicação da convenção.

Contratada a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, ambos tornaram-se uma obrigação das partes em recorrer à arbitragem para a solução da controvérsia.

O art. 4º da Lei da Arbitragem tem o seguinte dispositivo:

> "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."

Para Carlos Alberto Carmona, a cláusula compromissória se constitui em um

> "negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se a jurisdição aos árbitros)." (*Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 102)

E, da própria Lei da Arbitragem, se dessume que a cláusula compromissória e o contrato em que ela se encontra inserida se traduzem, na verdade em dois contratos. Um contrato regula o objeto da transação e suas condições de execução, o contrato propriamente dito; o outro contrato, a cláusula compromissória, regula, de maneira compulsória – como um diferente e novo negócio jurídico entre as partes –, a forma como se resolverá as divergências que dele surgirem.

É do próprio art. 8º da Lei da Arbitragem, em mais uma homenagem à autonomia de vontade das partes:

> "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."

Ainda do Professor Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p 16-17 e 101-102), respectivamente, conforme Leonardo de Campos Melo (*Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 2013):

> "Tendo em vista que o direito positivo brasileiro não se preocupou – até o advento da Lei nº 9.307/96 – com a normatização da cláusula compromissória, o legislador foi particularmente atencioso com relação ao tema, especificamente porque a cláusula deixou de ser apenas um pré-contrato de compromisso, eis que, nos termos do art. 5º, o juízo arbitral pode ser instituído (art. 19) sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral. (...) Era nítida no direito brasileiro anterior à Lei de Arbitragem a posição de desvantagem que a doutrina reservava à cláusula compromissória, eis que esta, por si só, não gerava efeito negativo algum (não excluía a competência

> do juiz togado) e para gerar efeito positivo (isto é, para instaurar a arbitragem) dependeria da celebração do compromisso (e, portanto, da do outro contratante). Havendo resistência quanto à celebração do compromisso, o ordenamento jurídico brasileiro de então não estabelecia de modo específico um procedimento eficaz para a formalização judicial do compromisso mediante intervenção judicial, devendo a parte interessada recorrer à sentença substitutiva da vontade da parte (arts. 639/641 do Código de Processo Civil), não havendo um único precedente jurisprudencial que revele ter sido este caminho nos últimos 21 anos em que vigorou o sistema arbitral previsto no Estatuto do Processo, sendo certo que a doutrina não mostrava particular simpatia pelo remédio (em especial porque dificilmente o juiz teria à sua disposição todos os elementos do pré-contrato para 'substituir' a vontade das partes). Em outras palavras, a relação entre cláusula (pré-contrato) e compromisso (contrato) estava subordinada a esquema pouco confortável (e pouco confiável), sendo absolutamente acertada a observação de Garro ao concluir que, 'ao outorgar-se uma categoria obrigatória inferior à cláusula compromissória, relega-se a cláusula arbitral ao *status* de contrato preliminar ou, para dizer em termos técnicos, converter-se-á em uma promessa bilateral de submeter eventuais disputas à arbitragem, forçando-se desta maneira uma das partes a recorrer aos tribunais para pedir o cumprimento específico do da convenção arbitral'. Diante de tais percalços, o legislador brasileiro abandonou o modelo francês clássico – de resto já superado até mesmo no país de origem –, procurando dar tanto à cláusula quanto ao compromisso os mesmos efeitos jurídicos."

Melhor explicando, pode o contrato sofrer do vício de nulidade, mas isto poderá não contaminar a cláusula compromissória, que, conforme o caso, poderá permitir que o contrato possa ser submetido ao tribunal arbitral e, em caso excepcional, o tribunal julgar quem deu causa à nulidade do contrato.

E a cláusula compromissória, como ensina José Eduardo Carreira Alvim:

> "Diversamente do compromisso, que deve se revestir de forma especial, confundindo-se a sua forma com a própria existência do ato (art. 9º, §§ 1º e 2º, da LA), exigindo-se, portanto, prova *ad substantiam*, a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei em que seja estipulada por escrito (art. 4º, § 1º, da LA), sendo prova apenas *ad probationem*. Pode a cláusula ser convencionada mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, fac-símile, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra." (*Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 179-180)

Dele não discrepa o Professor Carlos Alberto Carmona:

> "Em relação à forma, determina a lei brasileira seja a cláusula celebrada por escrito. Tratando-se de contrato, sem formalidade específica, a não ser a utilização da escrita, submete-se a cláusula aos mecanismos gerais pre-

> vistos na lei civil para celebração dos contratos. Assim, a forma epistolar, com todos os seus inconvenientes, é válida para a pactuação da cláusula de arbitragem, já que o legislador fixou norma rígida para o compromisso (art. 9º da Lei).” (*Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 105)

Compromisso Arbitral

Assim dispõe o art. 9º da Lei da Arbitragem:

> “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 o curso a demanda.
>
> § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.”

Contrariamente à cláusula compromissória, no compromisso arbitral impõe a lei as formalidades do ato (art. 10 da Lei) sob pena de sua nulidade:

> “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:
>
> I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
>
> II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;
>
> III – a matéria que será objeto da arbitragem; e
>
> IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.”

Com efeito, o descumprimento das formalidades exigidas decreta a nulidade do ato por infringência ao art. 104 do Código Civil brasileiro, que dispõe que “a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

A simples leitura dos dispositivos legais relativos à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral permite determinar que são institutos diferentes, com o mesmo objeto, dentro da mesma lei, facultando a solução do litígio, futuro no primeiro caso, presente no último.

A cláusula compromissória revela a disposição das partes em contratar a forma de resolver controvérsias em um futuro incerto; no compromisso, por outro lado, a regra se determina para a solução de um conflito de interesses atual e específico, um litígio já existente. As partes determinam o objeto do litígio e

ajustam a arbitragem para resolvê-lo, ainda que para tal as partes tenham que provocar o juízo, nos termos do art. 301, § 4º, do CPC.

Assim, resta certo que o objetivo da cláusula compromissória é a escolha finalística, definitiva e irreversível da arbitragem como a forma de dirimir possíveis desavenças, podendo dispor de forma a eliminar qualquer novo pacto no futuro (escriturando uma cláusula cheia) ou de forma a exigir um novo confronto das partes (escriturando uma cláusula vazia).

Fazendo um sumário dos breves comentários efetuados acerca dos institutos ínsitos à arbitragem, tem-se que os pilares do contrato e, por consequência, da arbitragem são a probidade dos árbitros e partes, da boa-fé objetiva em face da autonomia de vontade, quando encerram direitos disponíveis, institutos que, mesmo com força de lei, devem estar contidos e revestir os contratos por ocasião da estipulação da cláusula compromissária ou do compromisso arbitral. Foi a consagração da autonomia da vontade como prevalente nas normas contratuais e assim introduzidas de forma definitiva no arcabouço jurídico legal brasileiro que elevou o país à categoria dos países respeitadores dos contratos e, com isso, consagrou, em definitivo, sua inserção no cenário internacional dos negócios.