

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO

JOÃO PEDRO ALVES PINTO

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

SÃO PAULO

2021

JOÃO PEDRO ALVES PINTO

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof^a. Dra. Berenice Soubhie Nogueira Magri.

SÃO PAULO

2021

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO PEDRO ALVES PINTO

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

Prof.^a. Dra. Berenice Soubhie Nogueira Magri
Orientadora – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof.

Prof.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a todos os meus familiares que, de alguma forma, contribuíram para que a conclusão deste trabalho fosse possível.

Especialmente, agradeço à minha mãe, Helena, ao meu pai, Luís, e à minha avó, Vanilda, por terem me incentivado a nutrir o concretizado sonho de me tornar advogado e, posterior e atualmente, me apoiado integralmente em todas as decisões tomadas, pessoais e profissionais, com a sabedoria que lhes é de costume.

À minha namorada, Bianca Pinto Roder, pela compreensão e companheirismo irrestritos, bem como pelo incansável apoio para a concretização deste trabalho.

A minha orientadora, Prof^ª. Dra. Berenice Soubhie Nogueira Magri, não apenas pela paciência e oportunidade, mas sobretudo pelos valiosos ensinamentos transmitidos ao longo de todo o Curso de Especialização em Direito Processual Civil, presencial ou virtualmente, que me motivaram a apreciar ainda mais esta área do Direito e sem os quais, certamente, este trabalho não teria atingido o seu objetivo.

Finalmente, agradeço à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, para que mais este sonho pudesse se tornar realidade.

RESUMO

Esta monografia busca analisar, criticamente, a opção do legislador que, por meio do inciso X do artigo 337 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), incumbiu ao réu do processo arguir, somente em preliminar de contestação, a existência de convenção de arbitragem. Para tanto, realizar-se-á uma breve contextualização histórica dos meios alternativos de solução de conflitos para que seja possível analisar, detalhadamente, as características da arbitragem brasileira. Além disso, esta monografia também analisará as substituições propostas pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010, de autoria do Senador José Sarney (PMDB/AP). Tais substituições acertadamente previam que a existência de convenção de arbitragem poderia ser alegada pelo réu do processo antes do oferecimento de sua contestação, notadamente na audiência de conciliação ou de mediação, o que implicaria na suspensão do processo principal. Por fim, esta monografia demonstrará as numerosas consequências negativas do texto final do Código de Processo Civil no que dizem respeito à alegação da existência de convenção de arbitragem e proporá possíveis soluções, com o objetivo de diminuir os prejuízos dessas consequências negativas que serão suportados, em regra, pelo réu no processo judicial.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito processual civil. Convenção de arbitragem. Código de Processo Civil. Alegação. Preliminar de contestação. Réu. Processo.

ABSTRACT

This paper seeks to critically analyze the item X of article 337 of the Code of Civil Procedure (Law No. 13.105 of March 16, 2015), which charged the defendant with arguing, only in a preliminary objection, the existence of an arbitration agreement. Therefore, a brief historical contextualization of alternative means of conflict resolution will be conducted in order to analyze, in detail, the characteristics of Brazilian arbitration. In addition, this paper will also analyze the substitutions proposed by the House of Representatives to Bill No. 8.046-A of 2010, authored by Senator José Sarney (PMDB/AP). Such substitutions rightly provided that the existence of arbitration agreement could be alleged by the defendant of the lawsuit before the offering of its answer, notably in the conciliation or mediation hearing, which would result in the suspension of the main lawsuit. Finally, this paper will demonstrate the numerous negative consequences of the final text of the Civil Procedure Code regarding the allegation of the existence of an arbitration agreement and propose possible solutions, with the aim of reducing the losses from these negative consequences that will be borne, as a rule, by the defendant in the lawsuit.

Keywords: Arbitration. Civil procedure. Arbitration agreement. Code of civil procedure. Claim. Answer. Defendant. Lawsuit.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1: BREVE HISTÓRICO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	10
CAPÍTULO 2:A ARBITRAGEM	13
2.1. Breve histórico.....	13
2.2. Principais características.....	15
2.2.1. Arbitrabilidade subjetiva e objetiva.....	15
2.2.2. Convenção de Arbitragem	18
2.2.3. Ação de Execução Específica de Cláusula Arbitral.....	22
2.2.4. Sentença Arbitral. Nulidades. Incidência da multa do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil. <i>Kompetenz Kompetenz</i>	24
2.2.5. Tutelas de urgência e Arbitragem.....	31
CAPÍTULO 3: CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM	33
CAPÍTULO 4: A ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	39
4.1. A elaboração do Código de Processo Civil	39
4.2. Carta Arbitral.....	40
4.3. A Convenção de Arbitragem no Código de Processo Civil de 1973 e nos projetos anteriores à sanção do texto final do Código de Processo Civil.....	41
CAPÍTULO 5: A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	49
CAPÍTULO 6: CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

O artigo 337, X, do Código de Processo Civil determina que incumbe ao réu alegar a existência de convenção de arbitragem em preliminar de contestação, ou seja, no mesmo momento processual que deverá ser apresentada toda a sua matéria de defesa.

Por essa razão, o objetivo desta monografia é analisar essa opção adotada pelo Código de Processo Civil e a comparar com a proposta de alteração feita pela Câmara dos Deputados, que previa que a existência de convenção de arbitragem deveria ser alegada antes de o réu oferecer a sua contestação.

Essa proposta, todavia, não foi acatada pelo legislador e, como será demonstrado ao longo deste trabalho, trouxe numerosas consequências negativas para o réu e para o próprio Direito Processual Civil, na medida em que vai de encontro à celeridade processual que o Código de Processo Civil tanto enfatiza.

Para que seja possível atingir o objetivo pretendido neste trabalho, em primeiro lugar, será realizada uma breve e necessária contextualização das diversas formas de solução de conflitos encontradas e utilizadas pelo homem, desde os seus primórdios até o presente.

Passar-se-á, então, ao breve (mas também necessário) estudo da Lei nº 9.307/96, que instituiu a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos no Brasil. Para tanto, serão apontadas e analisadas as principais características desse instituto, de forma geral, até porque não é o tema central deste trabalho.

Em seguida, serão abordados e analisados os projetos que antecederam a versão final do Código de Processo Civil, os quais, como mencionado, possuíam uma grande diferença de redação quando comparados ao texto final do diploma legal, notadamente sobre o meio e o momento da arguição de existência de convenção de arbitragem, objeto, este, central do presente estudo.

Ato contínuo, o estudo aprofundará, por um lado, a análise sobre o artigo 337 do Código de Processo Civil, analisando, de forma pormenorizada, as consequências negativas trazidas ao réu em decorrência do momento e meio escolhido pelo legislador para arguição de existência

de convenção de arbitragem.

Por fim e por outro lado, o estudo analisará a acertada proposta pela Câmara dos Deputados para solucionar esse problema, a qual, porém, não foi mantida pelo legislador no texto final do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO 1: BREVE HISTÓRICO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conflitos de interesses sempre existiram na história e provavelmente nunca deixarão de existir. No entanto, os métodos para solucioná-los mudaram drasticamente com o decorrer dos anos.

Buscando constantemente encontrar maneiras de viver em uma sociedade justa, o homem desenvolveu o primeiro meio registrado para solucionar conflitos: a chamada “autotutela”, comumente conhecida como “justiça com as próprias mãos”. Em épocas primitivas, marcadas pela ausência total do Estado, os indivíduos solucionavam os seus conflitos impondo as suas vontades, prevalecendo a do mais “forte” (leia-se: o mais influente e/ou mais poderoso).

Dessa forma, os próprios particulares envolvidos no conflito eram responsáveis por dizer quem estava certo ou errado. Ou seja, o “juiz” era uma das partes e, portanto, completamente parcial.

A autotutela foi superada há tempos¹ quando o Estado idealizou o monopólio da jurisdição, impedindo, assim, que as próprias partes fizessem uso de suas razões, o que, no atual ordenamento brasileiro, é até mesmo capitulado como crime².

Já com a presença do Estado para fornecer ferramentas para resolver conflitos, a autotutela foi superada pela autocomposição³. Nessa forma de resolução de conflitos, as partes negociam os seus interesses até chegar a um denominador comum e, assim, solucioná-lo. Essa fase marca o momento em que a razão, finalmente, se sobrepôs à força.

¹ De acordo com o nosso ordenamento jurídico, ainda são permitidas duas formas de autotutela: 1) desforço imediato da posse (artigo 1.210 Código Civil), que consiste na possibilidade de o possuidor defender, de imediato e com suas próprias forças, o seu direito à posse e, 2) legítima defesa (artigo 23, II, do Código Penal), considerada, nas palavras de Guilherme Nucci, “uma defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários”. NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 242.

² CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

³ Na lição de César Fiuza, “a autocomposição é a forma de solução de disputas, em que as partes, por si mesmas, põem fim às suas pendências. Não há, na autocomposição, como sugere o próprio nome, a intervenção de um terceiro mediador. As próprias partes, por meio de discussões e debates, buscam seus direitos, chegando a bom termo”. FIUZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 45.

Atualmente, as principais formas de autocomposição utilizadas são a conciliação e a mediação.

A mediação é marcada pela figura do mediador⁴, cuja tarefa precípua é tentar aproximar as partes e seus interesses, sem exprimir nenhum juízo de valor, para que elas possam chegar a um acordo.

Por outro lado, na conciliação⁵, o conciliador deve ir além de uma mera tentativa de aproximação das partes. Deve apresentar, para tanto, uma proposta concreta e viável para a solução do problema, a qual não possui caráter compulsório⁶, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado.

Assim, a intervenção de terceiros estranhos ao conflito passou a ser comum (para não dizer indispensável) para resolvê-los, de modo que o Estado, agora mais presente e observando tal situação, avocou para si o poder de decidir sobre os litígios existentes entre os cidadãos. Passou-se, então, à fase da heterocomposição⁷.

Esse método de resolução de conflitos é marcado pela interferência de um terceiro que, para decidir e pôr fim à lide, está autorizado a impor a sua vontade, mesmo que esta seja

⁴“O mediador não julga, e não intervém nas decisões, tampouco se intromete nas propostas, oferecendo opções.” CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

⁵ Para Lília Sales, a conciliação é o “meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito se assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes”. SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. *In* Estudos sobre mediação e arbitragem. Fortaleza: ABC Editora, 2007, p. 42.

⁶ Nesse sentido, Francisco José Cahali afirma: “O conciliador intervém com o propósito de mostrar às partes as vantagens de uma composição, esclarecendo sobre os riscos de a demanda ser judicializada. (...) Mas o conciliador deve ir além para se chegar ao acordo: deve fazer propostas equilibradas e viáveis, exercendo, no limite do razoável, influência no convencimento dos interessados.” CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37-38.

⁷ “Na heterocomposição existe intervenção jurisdicional do Estado, que pode se materializar frente a um juiz togado, ou árbitro que, embora seja terceiro particular equidistante entre as partes, conta com o amparo legal, inclusive na aplicação de sanções. A heterocomposição, que tanto pode ser estatal ou paraestatal, surge quando um terceiro intervém na disputa, por meio do julgamento togado, da arbitragem, da mediação e da conciliação, para tentar pôr termo à lide.” GUMIERI VALÉRIO, Marco Aurélio. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social. *Revista de Direito Privado*, vol. 69/2016, p. 15-27. Set/2016, DTR\2016\23053, São Paulo.

contrária ao interesse de uma ou de todas as partes envolvidas.

As principais formas de heterocomposição são a jurisdição estatal e a arbitragem.

Por meio da jurisdição estatal, as partes envolvidas no conflito o para a análise do magistrado, que é o indivíduo devidamente instituído através de lei, competente para julgar o caso e dar-lhe a solução jurídica que lhe parecer mais adequada. Neste caso, portanto, o magistrado representa o Estado, que avocou para si o poder da jurisdição.

A arbitragem, por sua vez, trata-se de meio alternativo de solução de conflitos. Este instituto será melhor analisado no decorrer desta monografia, porém, em síntese, a arbitragem também prevê um terceiro estranho ao conflito para solucioná-lo.

Esse terceiro é o árbitro (ou os árbitros, que compõem o chamado tribunal arbitral), que deve ser nomeado pelas partes capazes de contratar nos termos do Código Civil, por meio de uma convenção privada, para que ele fique incumbido de decidir e pôr fim ao conflito, o qual deverá dispor sobre direito patrimonial disponível.⁸

Luiz Antônio Scavone Júnior sintetiza perfeitamente as principais características dos institutos mencionados acima⁹:

A solução através do Poder Judiciário (jurisdição estatal) decorre da atribuição sistemática do Estado, que deve dizer o direito e, principalmente, impor a solução do conflito.

Por outro lado, a arbitragem, como vimos, é um meio privado e alternativo à solução judicial de conflitos, desde que esses conflitos sejam decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, através da sentença arbitral, obrigatória para as partes, nos termos da Lei 9.307/1996. Ainda assim, a coerção, ou seja, a imposição da decisão, ainda pertence ao Poder Judiciário.

⁸ “A disponibilidade dos direitos se liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação.” SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 25.

⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 21.

Em outras palavras, diante do descumprimento do seu dispositivo, a sentença arbitral depende do Poder Judiciário para ser executada.

Diferente da arbitragem e da jurisdição estatal, na conciliação, o conciliador, embora sugira solução, não pode impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado.

De outro lado, tenta que as partes aceitem suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito, a qual deve ser por elas adotada espontaneamente.

Em resumo, na conciliação não existe solução sem acordo entre as partes, como ocorre nas soluções judicial e arbitral, nas quais o juiz e o árbitro são dotados de poderes para solucionar o conflito independentemente de acordo entre as partes.

Na mediação, de maneira diversa, o mediador, neutro e imparcial, apenas auxilia as partes a solucionar o conflito sem sugerir ou impor a solução ou, mesmo, interferir nos termos do acordo.

Feitas essas breves considerações acerca dos principais meios de solução de conflitos existentes na sociedade, será analisada, no próximo capítulo, o instituto da arbitragem.

CAPÍTULO 2: A ARBITRAGEM

2.1. Breve histórico

No Brasil, apesar de estar devidamente regulamentada no artigo 160¹⁰ de nossa primeira constituição (a Constituição Imperial de 1.824), a arbitragem levou anos para ser utilizada como forma de resolução de conflitos.

Naquela época, o seu uso era obrigatório apenas para determinados assuntos/conflitos (p. ex.: para assuntos/conflitos comerciais, os quais, segundo os artigos 245 e 294 do Código Comercial de 1850¹¹, deveriam ser discutidos exclusivamente perante o juízo arbitral, vedada a submissão do conflito ao juiz togado).

¹⁰ “Art. 160. Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

¹¹ “Art. 245. Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral” e “Art. 294. Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.”

No entanto, a Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1.866, revogou tais dispositivos que privilegiavam a utilização da arbitragem para a solução de determinados conflitos e criou, portanto, verdadeiro desuso desse instituto¹².

Posteriormente, em 1.891, foi promulgada a primeira Constituição Republicana, deixando, contudo, de fazer menção expressa à arbitragem.

Mais tarde, foi editada a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1.916, mais conhecida como “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil” ou, simplesmente, Código Civil de 1.916 (o primeiro Código Civil brasileiro, aliás) que, por meio dos seus artigos 1.037 a 1.048, regulamentou e autorizou as partes capazes de contratar a instituírem, por meio de um compromisso escrito, o tribunal arbitral como o meio para a resolução dos seus conflitos.

Com efeito, a redação do mencionado artigo 1.037 era clara: “As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais”.

Prosseguindo, a alínea *d* do artigo 18 da Constituição Federal de 1.937 conferiu competência aos Estados para legislar sobre organizações públicas, podendo haver a submissão do litígio à arbitragem.¹³

Constituições posteriores, inclusive a de 1.988, deixaram de mencionar expressamente a arbitragem como meio alternativo à jurisdição estatal para a solução de conflitos, garantindo apenas a via judicial como remédio para lesão ou ameaça a direitos e solução de conflitos, nos termos do seu artigo 5º, XXXV.

Por outro lado, processualmente, o Código de Processo Civil de 1.939, que unificou o processo civil brasileiro, contemplou a utilização da arbitragem para a resolução de controvérsias e, da mesma forma, fez o Código de Processo Civil de 1.973, notadamente em

¹² ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale. Manual de arbitragem. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

¹³ “Art. 18. Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: (...) d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral.”

seus artigos 1.072 a 1.102.

A partir de 1.996, devido, principalmente, ao início do período de grandes avanços econômicos no Brasil, houve, também, aumento considerável de litígios submetidos à análise e apreciação do Poder Judiciário, resultando em verdadeiro “abarroamento” desse sistema, que passou a ser mais moroso e, infelizmente, menos técnico em seus julgamentos.

Daí porque o legislador viu a necessidade de criar e desenvolver um meio alternativo que pudesse “desafogar” o Poder Judiciário¹⁴, resultando, assim, na edição de diversos dispositivos que criaram alternativas à jurisdição estatal (como, por exemplo, a criação da mediação, conciliação e arbitragem, mencionadas no primeiro capítulo desta monografia).¹⁵

Nesse contexto foi editada a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996, que regulamentou a utilização do instituto da arbitragem no Brasil¹⁶ e, por essa razão, ficou conhecida como “Lei da Arbitragem”. Só então que a arbitragem, final e definitivamente, se estabeleceu no território nacional.

2.2. Principais características

2.2.1. Arbitrabilidade subjetiva e objetiva

Feita essa breve (até porque não é o tema central desta monografia) introdução sobre o

¹⁴ Ana Luiza Nery observa que “a crise do Poder Judiciário não é vivenciada apenas pelo Brasil. Em verdade, em maior ou menor grau, os tribunais judiciais domésticos e internacionais enfrentam cada vez mais dificuldades e carecem de mecanismos suficientes para suprir o aumento da demanda judicial derivado do alargamento das relações econômicas e de sua complexidade.” NERY, Ana Luiza. Arbitragem coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

¹⁵ Sobre o tema, Francisco José Cahali salienta que “a utilização de mecanismos alternativos de resolução de contendas está incluída no objetivo maior de garantir o acesso à Justiça, o que nunca foi exclusividade do Poder Judiciário, mas sim finalidade do Estado, que, assim, pode incentivar que os conflitos sejam resolvidos no âmbito estatal ou fora dele, como, de fato, ocorre em muitos desses métodos alternativos.” CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

¹⁶ Segundo Nelson Nery Junior, o artigo 44 da Lei da Arbitragem revogou expressamente os artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1.916 e os artigos 101, 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil de 1.973, que dispunham sobre o compromisso e sobre o juízo arbitral. A arbitragem, então, passou a ser regulada integralmente pela Lei da Arbitragem. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 12ª ed. ver., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 187.

surgimento e consolidação da arbitragem no direito brasileiro, oportuno registrar a conceituação desse instituto que, nas palavras de Carlos Alberto Carmona¹⁷, trata-se de ferramenta de solução de conflitos por pessoas capacitadas para tanto, que recebem este poder de uma convenção privada:

A arbitragem é 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 e sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Para que possam recorrer a este meio de solução de controvérsias – que tem natureza jurisdicional – os interessados devem ser capazes de contratar (capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A partir dessa lição, verifica-se que a arbitragem busca resolver os conflitos que surgem na sociedade, utilizando, para tanto, a heterocomposição, tendo em vista que, assim como na esfera judicial, será um terceiro, estranho ao processo, o responsável por julgar o caso, por meio da equidade¹⁸ ou do direito, à escolha das partes, e solucionar a lide, mesmo que essa solução seja contrária aos seus interesses.

Com efeito, o artigo 1º da Lei da Arbitragem estabelece que, para que seja possível a arbitrabilidade do litígio, são necessários a capacidade (civil) das partes e o objeto da arbitragem.

Arbitrabilidade do litígio é o conceito que busca resposta à questão sobre qual controvérsia pode ser submetida à solução arbitral. São arbitráveis aquelas situações passíveis

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

¹⁸ “Caso o árbitro julgue por equidade, sem que haja expressa autorização das partes na convenção de arbitragem, a decisão é nula (LArb 26, II, 32, III e IV).” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 641.

Ainda sobre equidade, Carlos Alberto Carmona cita a definição conferida por Miguel Reale: “Em outros termos, sendo a norma abstrata, criada para reger fatos-tipos, pode acontecer que em dado caso concreto ocorra circunstância que o legislador não havia previsto, tornando a incidência da norma injusta e inadequada. É nesta hipótese que atuaria a equidade, autorizando o legislador a mitigar a severidade da norma”. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 65.

de serem resolvidas por meio de uma decisão arbitral e em relação às quais as partes tenham chegado a um consenso inicial, expresso por meio de convenção válida, prevendo a submissão de determinado litígio a esse mecanismo de solução.¹⁹

A partir da leitura deste artigo, nota-se que a arbitragem não pode ser utilizada por toda e qualquer pessoa, ficando restrita àquelas que possuem a capacidade de contratar. Daí porque o requisito da capacidade civil é conhecido como “arbitrabilidade subjetiva”.

Trata-se de requisito indispensável à submissão do conflito ao tribunal arbitral. Tal requisito decorre do fato de a arbitragem ser um meio privado e alternativo de solução de conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, o que, necessariamente, surgirá a partir de uma convenção também privada formulada entre as partes, a qual, para surtir efeito, deverá cumprir todas as exigências do ordenamento jurídico, dentre as quais, a capacidade de contratar.

Além das pessoas mencionadas no *caput* deste artigo, seus parágrafos, incluídos na Lei da Arbitragem por meio da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, autorizam a utilização da arbitragem pela administração pública direta e indireta, para solucionar conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (o que pôs fim – ou, ao menos, pretendeu por – ao grande debate doutrinário que existia sobre esse tema²⁰).

Além disso, o artigo 2º, § 3º, da Lei da Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral que envolver a administração pública deverá ser sempre de direito – vedado, portanto, o julgamento por equidade – e respeitará o princípio da publicidade.²¹

¹⁹ SALLES, Carlos Alberto. Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 210.

²⁰ Selma Maria Ferreira Leme salienta que: “Antes do advento da Lei 13.129/2015, uma das indagações mais comuns era a respeito da possibilidade de Estados ou entidades públicas submeterem seus conflitos à arbitragem, e a doutrina já se manifestava pela capacidade de celebração da convenção de arbitragem pela administração pública.” LEME, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 117.

²¹ “Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

(...)

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

Entretanto, além do requisito subjetivo, para que seja possível a arbitrabilidade do litígio, como visto, é necessário que o objeto da lide envolva direito patrimonial disponível, conhecido também como “limite objetivo da arbitrabilidade” ou “arbitrabilidade objetiva”.

Entende-se que o direito é patrimonial se está relacionado a uma contraprestação que se expressa em moeda que tenha percepção valorativa, em sentido econômico-financeiro, normalmente vinculado às relações jurídicas de ordem contratual. Citando José Augusto Delgado e Orlando Gomes, Ana Luíza Nery²², conceitua a expressão “direito patrimonial” como aquele direito que pode ser “palpável”, comercializado:

Direito patrimonial a que se refere o comando legal é o que tem por objetivo um bem que esteja em comércio ou que possa ser apropriado ou alienado, de modo que o objeto da transação é, em princípio, toda relação jurídica que seja res dubia, podendo recair sobre relações reais, obrigacionais, familiares ou acessórias.

Por sua vez, direito disponível é aquele que pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência²³.

2.2.2. Convenção de Arbitragem

Além do preenchimento dos requisitos indicados acima, para que a arbitragem – ou, melhor: o procedimento arbitral – efetivamente se inicie, é necessária a existência de uma convenção de arbitragem, conforme dispõe o artigo 3º da Lei de Arbitragem. Confira-se:

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.

Para Carlos Alberto Carmona, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de

²² NERY, Ana Luiza. Arbitragem coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

²³ LIMA, Alcides de Mendonça. Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.986, p. 225.

derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a existência de convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.²⁴

Em breve síntese, a diferença entre as duas espécies de convenção arbitral reside quando elas são pactuadas.

Com efeito, nos termos do artigo 4º da Lei da Arbitragem²⁵, a cláusula compromissória será pactuada de maneira escrita, sendo autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida²⁶, antes do surgimento da lide. Dessa forma, com a sua assinatura, submetem-se ao tribunal arbitral o julgamento de conflitos futuros, que podem vir a surgir. Poderá ela ser estipulada no próprio bojo do contrato, ou, caso os estipulantes prefiram, poderá ser estipulada em um documento apartado, fazendo referência ao contrato.

O compromisso arbitral, por sua vez, nada mais é que a convenção de arbitragem mediante a qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas será dirimido através da solução arbitral e pode ser: (i) judicial, na medida em que as partes decidem colocar termo no processo judicial em andamento e submeter o conflito à arbitragem; ou (b) extrajudicial, firmado depois do conflito, mas antes da propositura de ação judicial²⁷.

Para Nelson Nery Junior²⁸, o compromisso arbitral obriga as partes a submeterem o seu conflito ao tribunal arbitral, de tal maneira que possui verdadeira função de extinguir a obrigação:

A nova lei dá ao complexo formado pela cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral o nome de convenção de arbitragem (LArb

²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

²⁵ “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.”

²⁶ “Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

²⁷ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Manual de arbitragem. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 95.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 12ª ed. ver., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 187.

3.º). O compromisso arbitral é o negócio jurídico por meio do qual as partes se obrigam a instituir o juízo arbitral fora da jurisdição estatal e a submeter-se à decisão do (s) árbitro (s) por elas nomeado (s). Pelo compromisso arbitral não se criam, se modificam ou se conservam direitos, funcionando ele como causa extintiva da obrigação, tão logo seja prolatada a sentença arbitral.

Aproxima-se da transação e, tanto quanto possível, deve seguir-lhe as regras. Aliás, a LArb 1º caput diz expressamente que só pessoas capazes podem celebrar convenção de arbitragem, que somente pode versar sobre direitos disponíveis, ou seja, as mesmas circunstâncias exigidas para a validade e eficácia da transação.

Já a cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*) cria apenas obrigação de fazer, caracterizando-se como pacto preliminar cujo objeto é a realização do compromisso arbitral futuro. A eficácia da cláusula compromissória encontra-se reforçada pelo sistema instituído pela Lei de Arbitragem, pois, inadimplida a obrigação de fazer – não cumprida a cláusula compromissória -, a parte pode ingressar com ação judicial (LArb 7.º) a fim de que seja executada especificamente a obrigação.

(...)

O compromisso arbitral é o negócio jurídico celebrado entre as partes capazes, que se obrigam a aceitar a sentença do juiz não togado por elas escolhido, para dirimir o conflito de direito disponível que se formou entre elas.

Mais especificamente a respeito da cláusula compromissória, é possível subdividi-la em duas espécies: cláusula cheia e cláusula vazia.

As cláusulas vazias são aquelas que não contemplam os elementos mínimos necessários para instituição da arbitragem. Servem, neste caso, apenas para afastar do Poder Judiciário a apreciação da controvérsia.²⁹

Já as cláusulas cheias são aquelas que contêm todos os elementos necessários à instauração do procedimento arbitral. É comum que, nesse tipo de cláusula, constem as seguintes disposições: número de árbitros (sempre em número ímpar); legislação aplicável

²⁹ No mesmo sentido, leciona Francisco José Cahali: “Importante repetir que mesmo diante de uma cláusula compromissória vazia já há pelas partes a renúncia à jurisdição estatal quanto à matéria objeto do contrato, e esta iniciativa vincula os contratantes.” CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

(aplicação do direito ou da equidade); idioma; sede da arbitragem; pagamento dos honorários dos árbitros; pagamento dos honorários periciais, etc³⁰.

O artigo 8º da Lei da Arbitragem ainda dispõe o seguinte:

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.

Trata-se, aqui, do princípio da autonomia da cláusula compromissória. Segundo este princípio, a cláusula compromissória, uma vez assinada de acordo com os ditames legais, é autônoma em relação ao instrumento que a contém.

Ou seja, qualquer discussão acerca da nulidade ou da anulabilidade contrato em que a cláusula esteja inserida não a tornará automaticamente nula ou anulada. A discussão sobre a nulidade ou anulabilidade da cláusula compromissória deverá ser dirimida pelo juízo arbitral, que decidirá pela sua validade ou não, independentemente da validade do contrato³¹.

Aliás, quem terá competência para decidir sobre possíveis defeitos ou vícios do contrato será, justamente, o tribunal arbitral, na pessoa do árbitro, nos exatos termos do parágrafo único desse mesmo artigo.

Portanto, não se mostra correto afirmar que uma vez declarada a nulidade ou anulabilidade do contrato, restará automaticamente invalidada a cláusula compromissória pactuada³².

³⁰ “De uma forma objetiva: será considerada cheia a cláusula que contempla o quanto necessário para se dar início à arbitragem (art. 19 da Lei 9.307/1996).” – CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

³¹ “As partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; esta vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviços), de modo que eventual falha que importe nulidade da avença principal não afetará a eficácia da vontade das partes (que permanecerá válida para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral.” CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 173-174.

³² No mesmo sentido: “Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consintam.” (STJ, REsp nº 1.569.422/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.4.2016).

Sobre o princípio da autonomia dessa cláusula, Francisco José Cahali³³ ensina que mesmo que se suscite eventual invalidade do contrato como um todo, a cláusula compromissória permanecerá perfeitamente válida e eficaz:

Com características e exigências próprias, o objeto do contrato principal (por exemplo, a franquia, a compra e venda, a prestação de serviço etc.) será analisado e cumprido. Se houver algum vício ou irregularidade, de acordo com a sua gravidade, o contrato pode ser invalidado. Porém, perfeita a cláusula compromissória, esta permanece íntegra, como resultado do desejo dos contratantes em submeter o conflito, inclusive com relação aos defeitos do contrato, ao juízo arbitral. 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.

Daí porque uma vez assinado o contrato que contenha a cláusula compromissória, surgem duas obrigações aos contratantes: obrigação de não fazer e obrigação de fazer.

A obrigação de não fazer implica em não ingressar com eventual ação perante o Poder Judiciário. Por decorrência lógica, essa abdicação à jurisdição estatal faz surgir a obrigação de fazer, consistente em levar os conflitos, obrigatoriamente, à solução arbitral.

À toda evidência, não se deve confundir a faculdade com a obrigatoriedade da utilização da arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos. Isso porque o que se deve entender por levar a controvérsia “obrigatoriamente à solução arbitral” diz respeito à escolha das partes capazes que, mediante livre e consciente manifestação de vontade, optaram por abdicar da jurisdição estatal e conferir jurisdição ao tribunal arbitral, prevalecendo, portanto, a obrigatoriedade deste tribunal, em sintonia com o princípio *pacta sunt servanda*.

2.2.3. Ação de execução específica de cláusula arbitral

Em que pese ser pactuada por partes capazes, em verdadeira manifestação da autonomia de suas vontades, livres e conscientes, não é raro que uma dessas partes ofereça resistência em levar a controvérsia para a arbitragem.

³³ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 126.

Para estas hipóteses, Lei da Arbitragem prevê, notadamente em seu artigo 7º, que a parte que se sentir prejudicada diante dessa situação poderá se socorrer da intervenção Poder Judiciário e requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo, a fim de lavrar-se o compromisso arbitral, em audiência específica para tanto. Confira-se:

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

Trata-se, neste caso, da chamada “ação de execução específica de cláusula arbitral”.

Sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no sistema arbitral, Aureliano Albuquerque Amorim salienta que uma das hipóteses para tanto é a resistência da parte na instituição do compromisso arbitral quando a cláusula compromissória for vazia:

É sabido que a regra sobre intervenção do Judiciário no sistema arbitral é aquela que o aceita apenas nas expressas previsões legais, sendo esta hipótese uma delas. Justamente por isso qualquer interpretação sobre a competência judicial nestas circunstâncias não poderá ser extensiva, como regra geral. Havendo recalcitrância da parte contrária na instituição do compromisso arbitral quando a cláusula compromissória for vazia, poderá o interessado na instituição da arbitragem solicitar tal providência ao juiz togado, respeitando as informações dadas no art. 7º da LA.

Ainda segundo o mencionado artigo 7º da Lei da Arbitragem, o juiz togado designará audiência específica e tentará, previamente, conciliar as partes sobre o litígio. Não obtendo sucesso, tentará conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, o juiz decidirá, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória.

Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, o juiz poderá, após ouvidas as partes, nomear árbitro único para a solução do litígio.

Por fim, a sentença que julgar procedente a ação de execução específica de cláusula arbitral valerá como compromisso arbitral, nos termos do § 7º do artigo 7º da Lei da Arbitragem.

2.2.4. Sentença Arbitral. Nulidades. Incidência da multa do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil. *Kompetenz Kompetenz*

Nos termos do artigo 31 da Lei da Arbitragem, a sentença arbitral terá eficácia de título executivo judicial, em perfeita consonância com o que dispõe o inciso VII do artigo 515 do Código de Processo Civil e, portanto, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelo juiz togado. Também por isso, a sentença arbitral prescinde de homologação pelo Poder Judiciário.³⁴

Os requisitos para a elaboração da sentença arbitral encontram-se elencados no artigo 26 da Lei da Arbitragem e correspondem aos mesmo requisitos necessários à prolação de uma sentença judicial.

Assim, a sentença arbitral deve conter: **(i)** relatório, que corresponde à identificação das partes envolvidas no procedimento arbitral, bem como um breve resumo das principais ocorrências havidas no andamento desse procedimento; **(ii)** fundamentação, que corresponde à análise expressa das questões de fato e de direito, devendo, ainda, se for o caso, haver menção expressa se os árbitros julgaram por equidade; **(iii)** dispositivo, que é a parte em que o árbitro resolverá as questões que lhe foram submetidas a julgamento, bem como estabelecerá o prazo para o cumprimento da sentença.

Ainda sobre esse ponto, cumpre registrar que, ao contrário do que ocorre na via judicial, o procedimento arbitral não admite a interposição de nenhum tipo de recurso, excepcionados os embargos de declaração, que podem ser opostos contra as decisões ou sentenças obscuras, contraditórias e omissas, nos termos do artigo 18 da Lei de Arbitragem.³⁵

³⁴ Para Nelson Nery Junior: “A LArb 18 considera o árbitro como juiz de fato e de direito e determina que sua sentença não necessita de homologação por ato do juiz estatal para ter validade e eficácia.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1372.

³⁵“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.”

Apesar de ser irrecorrível, a sentença arbitral pode ser atacada através da provocação da jurisdição estatal.

Nesse contexto, o artigo 32 da Lei da Arbitragem estabelece que será nula a sentença arbitral quando for nula a convenção de arbitragem; emanar de quem não podia ser árbitro; não contiver os requisitos previstos no artigo 26 da Lei da Arbitragem; for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; proferida fora do prazo, respeitado o disposto no artigo 12, III, da Lei da Arbitragem; e forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, § 2º, da Lei da Arbitragem.

Conforme se observa, todos os casos de nulidade que poderão ser suscitados pelas partes perante o judiciário, no prazo de 90 (noventa) dias após a notificação da sentença, dizem respeito meramente a questões formais. Ou seja, mesmo nestes casos, é completamente vedado ao Poder Judiciário analisar o mérito da sentença arbitral.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça³⁶, tratando sobre a ausência de poderes coercitivos do juízo arbitral, esclareceu que cabe ao juiz togado, mesmo na situação de execução de contrato em que tenha se convencioneado a cláusula arbitral, apenas e tão somente analisar as questões formais do título executivo judicial ou extrajudicial.

Ou seja, a instância superior deixou claro o seu entendimento, convergente com a doutrina, de que, uma vez estabelecida a convenção arbitral, a atividade do juiz togado fica restrita às questões formais da execução, de modo que resta vedado a ele, sob pena de violar o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, a análise do mérito da questão. Confira-se trechos do acórdão citado:

(...)

2. No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto.

3. Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo

³⁶ STJ, Quarta Turma, REsp 1.465.535/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.6.2016.

estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (*kompetenz* e *kompentenz*), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.

4. A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, limite-se ao exame de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação), ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, extinguir a ação sem resolução do mérito.

Tal limitação, pelo juiz togado, de análise da matéria que deveria ser levada ao juízo arbitral, deve-se, principalmente, ao princípio basilar do instituto da arbitragem denominado *Kompetenz-Kompetenz*. Incorporado do direito alemão, este princípio estabelece que cabe ao árbitro ou tribunal arbitral fixar sua própria competência.

Caso haja alguma irregularidade na arbitrabilidade ou na competência arbitral, somente poderá ser sindicada posteriormente, mediante ação de anulação de sentença arbitral. Não há controle *a priori* da competência arbitral, mas só *a posteriori*. Daí porque não há nem pode haver conflito de competência entre tribunal arbitral e juízo estatal³⁷.

A nulidade da sentença arbitral também poderá “ser discutida em sede de impugnação ao cumprimento da sentença arbitral, caso esta ocorra pela via judicial”³⁸, nos termos do artigo 1.061 do Código de Processo Civil.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade ou não de a sentença arbitral ser rescindida.

Para Nelson Nery Junior³⁹, o nosso sistema processual atual não admite a propositura de

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16^a ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.206.

³⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16^a ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.424.

³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16^a ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.052.

ação rescisória de sentença arbitral. Isso porque as hipóteses de anulação da sentença arbitral são descritas em *numerus clausus* pelo artigo 32 da Lei da Arbitragem. No entanto, a sentença ou o acórdão que julga a ação anulatória de sentença arbitral pode ser objeto de ação rescisória, caso se configure uma das hipóteses previstas no artigo 966 do Código de Processo Civil.

A ação rescisória visa atacar decisão judicial, proferida pelo Poder Judiciário, no processo civil; a ação anulatória de sentença arbitral visa atacar decisão jurisdicional privada, proferida por árbitro ou tribunal arbitral privado.⁴⁰

Anulada a sentença arbitral, outra deverá ser proferida em seu lugar pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral. Ou seja, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o pedido de anulação da sentença arbitral, deverá remeter novamente as partes ao juízo arbitral para que este profira novo julgamento da lide (*iudicium rescissorium*).⁴¹

Feitos esses importantes esclarecimentos acerca do não cabimento de ação rescisória em face de sentença arbitral, é importante registrar, ainda sobre a sentença arbitral, importante lição trazida por José Eduardo Carreira Alvim⁴², mencionando a questão que paira acerca da imutabilidade e da coisa julgada da sentença arbitral:

A eficácia da sentença distingue-se de sua imutabilidade, podendo uma sentença ser eficaz e produzir efeitos antes mesmo de tornar-se imutável, qualidade que ela só adquire a partir da preclusão do prazo para recurso de efeito devolutivo, ou de não ter cabimento nenhum recurso.

No juízo arbitral, a sentença proferida é revestida de eficácia e, portanto, é apta para produzir, imediatamente, todos os seus efeitos, porquanto a Lei da Arbitragem não admite a sua impugnação por meio de recurso.

José Eduardo Carreira Alvim salienta ainda que, quanto aos limites objetivos da coisa

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.050.

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.051.

⁴² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Direito Arbitral. 3ª ed. atualizada por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 376.

julgada arbitral, de acordo com o artigo 504 do Código de Processo Civil, se restringem ao dispositivo da sentença, não abrangendo, portanto, os motivos e a verdade dos fatos estabelecidas com fundamento na sentença.⁴³

Acerca dos limites subjetivos da coisa julgada arbitral, referido autor esclarece que seus efeitos estão restritos a quem firmou a convenção arbitral, não atingindo terceiros. Nada diferente do que sucede relativamente à sentença resultante do processo judicial.⁴⁴

Tratando ainda sobre esse tema, Aureliano Albuquerque Amorim⁴⁵ defende que, mesmo que as partes concordem, não pode uma causa que já foi julgada pelo Poder Judiciário ser levada à apreciação do tribunal arbitral:

Sendo assim, se uma demanda foi definitivamente julgada em sede judicial, não podem as partes, mesmo que concordes, levá-la novamente à discussão em sede arbitral, devendo o árbitro extinguir a reclamação por força dos efeitos públicos da coisa julgada.

(...)

Também não se pode convencionar que a sentença arbitral seja analisada pelo Judiciário, como se houvesse uma possibilidade de recurso a este. A homologação da sentença arbitral é medida há muito extirpada do sistema legal brasileiro, havendo violação às normas do art. 18 da LA quando se determina no compromisso a existência de recurso.

Diante dos esclarecimentos feitos acima, conclui-se que a sentença arbitral é dotada dos mesmos efeitos da sentença judicial, diferenciando-se pelo fato de que o árbitro que a profere possui poderes de coerção, de tal sorte que sua execução, caso haja resistência pela parte vencida, deverá ser demandada judicialmente.⁴⁶

⁴³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Direito Arbitral. 3ª ed. atualizada por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 377-378.

⁴⁴ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Direito Arbitral. 3ª ed. atualizada por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 379-381.

⁴⁵ AMORIM, Aureliano Albuquerque. A relação entre o sistema arbitral e o poder judiciário. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 114.

⁴⁶ Sobre o tema, José Eduardo Carreira Alvim esclarece que “o árbitro dispõe da *iurisdictio*, o que importa na *cognitio*, e que lhe permite fazer justiça, por convenção das partes, em nome do Estado, que é afinal quem garante a autoridade de seus julgados. Por não dispor de poder de império, não pode o árbitro determinar a condução coercitiva de uma testemunha recalcitrante. Se a testemunha deixar de comparecer sem justa causa, poderá o árbitro

Proferida a sentença arbitral, o princípio da lealdade processual traz como consequência lógica o dever de a parte vencida cumprir o julgado, o que, porém, nem sempre acontece na prática.

Para as hipóteses em que a parte vencida oferecer resistência ao cumprimento da sentença arbitral, Carlos Alberto Carmona⁴⁷ comenta a ausência do poder coercitivo do árbitro:

Em sede arbitral, porém, haverá natural problema operacional, pois o árbitro não fará desencadear as medidas de força eventualmente necessárias para o cumprimento do laudo, sendo imprescindível o concurso do Poder Judiciário. Assim, se o vencido não cumprir a determinação da sentença arbitral, o vencedor deverá propor demanda executiva (cumprimento de sentença), fazendo citar o executado.

No caso de necessitar do socorro do juiz togado para o cumprimento efetivo da sentença arbitral, dispõe o artigo 516, III, do Código de Processo Civil, que o cumprimento forçado de sentença arbitral efetuar-se-á perante “o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo”.

Em outras palavras, o que esse artigo estabelece é que o local competente para analisar eventual pedido de cumprimento de sentença arbitral será aquele que seria o responsável por julgar a causa na esfera estatal, caso a arbitragem não fosse escolhida pelas partes.

Além disso, o parágrafo único do artigo 516⁴⁸ do Código de Processo Civil trouxe importante avanço à efetividade da execução da sentença arbitral, porquanto ampliou a

ou presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que a faça conduzir, comprovando a existência da convenção de arbitragem (art. 22, §2º, LA)”. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Direito Arbitral. 3ª ed. atualizada por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 332.

⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 397.

⁴⁸ “Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:
Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.”

possibilidade de escolha do foro para execução da sentença arbitral.

Isso porque a redação desse artigo autorizou que a execução da sentença arbitral se dê no foro onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou, ainda, perante o foro onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer.

Tratou-se de um avanço substancial, que tornou mais célere e eficaz a execução de sentença arbitral.

Ainda sobre a questão relativa à competência da justiça estatal para efetivar a execução da sentença arbitral, cumpre salientar que, caso o litigante proponha a execução em foro diverso daquele estabelecido em lei, poderá a parte que se sentir prejudicada, tratando-se de incompetência relativa, suscitar a incompetência em preliminar de impugnação ao cumprimento de sentença.⁴⁹⁵⁰

Por outro lado, caso esteja diante de incompetência absoluta do foro destinado à execução da sentença arbitral, poderá o juiz conhecê-la de ofício, ou poderá a parte **(i)** requerer através de simples petição; **(ii)** requerer através de objeção de executividade e; **(iii)** por meio da impugnação de que trata o artigo 25, § 1º, do Código de Processo Civil.⁵¹

Não bastasse isso, caso a parte vencida não pague a dívida no prazo de 15 (quinze) dias⁵²,

⁴⁹ “O incidente de impugnação ao cumprimento da sentença é misto de ação e defesa e se constitui como meio de defesa do devedor contra a eficácia executiva do título e contra atos de execução. Ao contrário do que ocorria no CPC/1973, segundo o qual a impugnação somente podia ser oposta depois de seguro o juízo pela penhora, no atual sistema a impugnação deve ser oposta no prazo do pagamento, mas independentemente de penhora.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.400.

⁵⁰ “O atual CPC extinguiu a necessidade de exceção para arguir a incompetência relativa, que deve ser alegada como questão preliminar no processo de conhecimento e é alegação válida na impugnação ao cumprimento de sentença.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.407.

⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.407.

⁵² “No âmbito do cumprimento de sentença arbitral condenatória de prestação pecuniária, a multa de 10% (dez por cento) do CPC/1973 475-J [CPC 523] deverá incidir se o executado não proceder ao pagamento espontâneo no prazo de 15 (quinze) dias contados da juntada do mandado de citação devidamente cumprido aos autos (em caso de título executivo contendo quantia líquida) ou da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial (em havendo prévia liquidação da obrigação certificada pelo juízo arbitral).” NERY

o débito será acrescido das multas previstas no artigo 523 do Código de Processo Civil.

Tal aplicação gerava discussão na doutrina, que não consentia a respeito da possibilidade de incidência, ou não, das multas previstas neste artigo para o caso de sentença arbitral.

Coube ao Superior Tribunal de Justiça⁵³, por meio do julgamento do Recurso Especial Repetitivo Número 1.102.460/RJ, encerrar essa discussão e autorizar a incidência das multas previstas no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil. Confira-se:

No âmbito do cumprimento de sentença arbitral condenatória de prestação pecuniária, a multa de 10% (dez por cento) do artigo 475-J do CPC deverá incidir se o executado não proceder ao pagamento espontâneo no prazo de 15 (quinze) dias contados da juntada do mandado de citação devidamente cumprido aos autos (em caso de título executivo contendo quantia líquida) ou da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial (em havendo prévia liquidação da obrigação certificada pelo juízo arbitral).

Os respectivos Ministros entenderam, para tanto, que, tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei da Arbitragem conferem à sentença arbitral, assim como a sentença judicial, a natureza de título executivo judicial, diferenciando-se apenas no instrumento de comunicação processual do executado – nesta ocorre mediante intimação, ao passo que naquela ocorre mediante citação.

Por fim, além de incidir a multa de 10% nos casos em que o devedor não efetuar o pagamento voluntariamente no prazo legal, o Código de Processo Civil acrescentou, ainda, a aplicação da multa de 10% de honorários de advogado.⁵⁴

2.2.5. Tutelas de urgência e Arbitragem

JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.393.

⁵³ STJ, Corte Especial, REsp Repetitivo 1.102.460/RJ, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.6.2015.

⁵⁴ Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.”

Outra hipótese de intersecção entre Poder Judiciário e Arbitragem diz respeito à previsão disposta na Lei da Arbitragem, que possibilita à parte ingressar em juízo para requerer a concessão de tutela cautelar ou de urgência⁵⁵.

Antes de adentrar ao mérito dessa questão, cumpre distinguir, brevemente, a tutela cautelar e tutela antecipada. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁶, a tutela cautelar busca assegurar o direito material mediante a preservação da efetividade do processo, enquanto a tutela antecipada possui a mesma finalidade da tutela final e não depende da preservação do processo:

Como visto, a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por esta razão, é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir a sua frutuosidade. Além disso, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa de direito, que desde logo pode ser exigida, ou que, dependendo do acontecimento de certas circunstâncias, poderá ser exigida. A tutela antecipatória, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não a sua segurança – mediante cognição sumária ou verossimilhança. Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material

O Código de Processo Civil estabeleceu, portanto, que, nos casos em que ainda não estiver instituído o tribunal arbitral, as partes poderão valer-se da jurisdição estatal caso desejem a concessão de uma tutela de urgência ou cautelar.⁵⁷

⁵⁵Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

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

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

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

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Cautelar (Curso de Processo Civil, v. 4) 2ª. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 61.

⁵⁷ “Ora, enquanto não instituído o juízo arbitral a quem possa a parte requerer as providências cautelares urgentes, para preservação de seus direitos e exercício pleno do acesso à ordem jurídica, será feito o pedido de tutela perante o Poder Judiciário.” CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

Todavia, uma vez efetivada a concessão da medida requerida, deverá a parte, obrigatoriamente, no prazo de 30 (trinta) dias contados da efetiva decisão, requerer a instituição da arbitragem, sob pena de restar sem eficácia a decisão proferida pelo juiz togado⁵⁸.

Cumprindo a parte o prazo de 30 (trinta) dias e estabelecido o tribunal arbitral, caberá aos árbitros a decisão de manter, modificar ou revogar a tutela concedida pelo juiz togado⁵⁹.

Por fim, vale ressaltar que, caso já esteja instituído o tribunal arbitral e deseje a parte requer a concessão de uma tutela cautelar ou de urgência, deverá fazê-lo diretamente aos árbitros, que serão os responsáveis por analisar o pedido e julgar de acordo com seu livre convencimento motivado.

Portanto, verifica-se que os únicos momentos em que há interferência estatal no procedimento arbitral, dentre outros⁶⁰, ocorrem nos casos em que há necessidade da prática de algum ato coercitivo; descumprimento de uma cláusula compromissória; alegação de nulidade da sentença arbitral; cumprimento de forçado de sentença arbitral; e requerimento de concessão de tutela cautelar ou de urgência.

Nesses casos, o árbitro, ou as partes, poderão solicitar auxílio ao juiz togado para assegurar e efetivar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

CAPÍTULO 3: CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM

⁵⁸ “Para efeito do cumprimento do prazo de 30 (trinta) dias para a propositura da ação principal, considera-se a iniciativa da parte em provocar o início da arbitragem, por quaisquer de suas formas possíveis.” CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

⁵⁹ “Instaurado o juízo arbitral (art. 19 da Lei 9.307/1996), a jurisdição sobre o conflito passa a ser do árbitro, e, assim, a ele deve ser encaminhada, também, a questão cautelar envolvendo o litígio. O juiz estatal perde, neste instante, a jurisdição, e as decisões a respeito passam a ser de exclusiva responsabilidade do árbitro. A tutela cautelar, se deferida, prevalece. Porém, ao árbitro (ou painel) é facultada, até mesmo de ofício, a reapreciação da medida, mantendo, revogando ou alterando a decisão.” CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 231.

⁶⁰ Segundo a Lei da Arbitragem, os casos em que há relação entre o sistema arbitral e o Poder Judiciário são: ação de constituição do compromisso arbitral; requerimento de medidas cautelares ou antecipatórias; necessidade de prática de ato coercitivo; necessidade de prática de atos executórias de sentença; homologação de sentença arbitral estrangeira; e controle judicial da sentença arbitral nacional.

Esse capítulo tratará de discussão doutrinária já superada, porém interessante e necessária ao desenvolvimento deste trabalho, que existia sobre a constitucionalidade, ou não, do instituto da arbitragem em nosso ordenamento jurídico.

Assim, cumpre-nos salientar, em primeiro lugar, que o artigo 3º do Código de Processo Civil consagrou o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Segundo esse artigo, “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, sendo permitida a arbitragem na forma da lei.

A função jurisdicional nada mais é que a substituição da vontade das partes que não conseguiram resolver suas divergências de forma amigável, ou seja, o Estado através do Poder Judiciário dita qual o direito que as partes têm de cumprir, substituindo a vontade das mesmas⁶¹.

Ou seja, reiterando o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o legislador do Código de Processo Civil estabeleceu que a ninguém é dada a oportunidade de renunciar a defesa de seus direitos em razão de uma possível ameaça ou lesão, de modo que, sempre que houver necessidade e a devida manifestação de vontade da parte, deverá o Poder Judiciário atuar na causa.

Entretanto, caso as partes tenham celebrado uma convenção arbitral – negócio jurídico que possui força vinculativa inter partes – aceita e reconhecida pelo nosso ordenamento jurídico como uma forma alternativa de resolução de conflitos, ficará afastada a jurisdição estatal, devendo o conflito ser resolvido perante o tribunal arbitral, conforme prevê o artigo 3º, § 1º do Código de Processo Civil e a Lei da Arbitragem.

Em que pese esses diplomas estarem de acordo com a Constituição Federal, muitos ministros e doutrinadores⁶², a partir da entrada em vigor da Lei da Arbitragem em 1996, sustentavam pela inconstitucionalidade do instituto em nosso ordenamento jurídico.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 178-179.

⁶² É o caso, por exemplo, dos ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves, além de doutrinadores como Antônio Corrêa e Sérgio Gilberto Porto.

Segundo os defensores desta inconstitucionalidade, a arbitragem violaria o artigo 5º, XXXV da Carta Magna, uma vez que afastaria do Poder Judiciário a apreciação dos direitos das partes.

Ou seja, para eles, mesmo com a possibilidade, pelo juiz togado, de controle da sentença arbitral *a posteriori*, era vedado às partes escolherem outra forma de solucionar seu litígio que não fosse a apreciação, desde o início, pelo juiz estatal.

Por outro lado, diversos defensores da constitucionalidade da arbitragem, como Nelson Nery Junior, Carlos Alberto Carmona, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini sustentavam que a Constituição Federal não previu uma obrigatoriedade pela utilização da jurisdição estatal, mas sim apenas uma garantia de acesso à sua égide. Isto é, trata-se de um direito oferecido aos indivíduos, e não um dever.

Nesse sentido, não é a lei que exclui do Poder Judiciário a apreciação da causa, mas sim as partes capazes que, ao assinarem a convenção arbitral, através de sua livre autonomia de vontade, excluem do Poder Judiciário sua apreciação, não ofendendo, portanto, a inafastabilidade da tutela jurisdicional prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à correta delimitação feita pela Lei da Arbitragem, que determinou que somente aqueles direitos que os indivíduos podem dispor – direitos disponíveis – é que poderão ser levados à apreciação do tribunal arbitral.

Forte nesses argumentos, o Professor Carlos Alberto Carmona⁶³ esclarece que, como se não bastasse essa ausência de obrigatoriedade da instituição da arbitragem para solução de conflitos, existe, ainda, da possibilidade de a parte que se sentir lesada com algum vício contido na sentença arbitral recorrer ao juiz estatal para requerer a sua anulação:

A Constituição Federal, como se vê, não foi arranhada, até porque, além da possibilidade de promover demanda de anulação da sentença arbitral – mecanismo que substitui com vantagem, repito, o da homologação obrigatória – o legislador prevê ainda outra oportunidade para o vencido (agora tratando-se de sentença arbitral condenatória) de reagir à

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 391.

execução injusta calcada em sentença arbitral: proposta ação de execução (cumprimento de sentença), poderá o executado opor-se por meio dos embargos do devedor, nos termos dos arts. 475-L e 475-M do Código de Processo Civil, como determina o art. 33, §3, da multicitada Lei de Arbitragem, tudo a reforçar o respeito ao art. 5º XXXV, da Constituição Federal.

Analisando a questão da constitucionalidade da arbitragem sob outro ângulo, e considerando-se que a Lei Maior garante (e não obriga) o acesso ao Poder Judiciário, nada impede que, havendo conflito de interesses, os envolvidos resolvam dirimi-lo através de outras vias lícitas que não o processo patrocinado pelo Estado: a conciliação, a mediação e a arbitragem são meios cada vez mais estimulados para solucionar litígios, sendo clara a própria Constituição ao encorajar sua utilização (quanto à arbitragem, basta mencionar o art. 114, §1º, da Carta Magna para ilustrar o que estou afirmando).

Nos tribunais, tal discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal em 2001. Naquela oportunidade, em que se discutia a homologação de sentença estrangeira proveniente do Reino da Espanha (AgRg em Sentença Estrangeira n.º 5.206-7⁶⁴), a Corte Superior pôs fim à discussão, entendendo pela constitucionalidade do instituto.

No início do julgamento, o ministro Sepúlveda Pertence, relator da matéria, expôs seu voto no sentido de declarar inconstitucional o instituto da arbitragem, devido ao fato de a cláusula compromissória remeter-se a direito abstrato, ou seja, que ainda não possui objeto determinado. Confira-se trechos de seu voto:

A constitucionalidade do juízo arbitral – perdoe-se a insistência – deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação – que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV da Lei Fundamental – relativamente a uma pretensão material disponível. Mas, a renunciabilidade da ação porque direito de caráter instrumental – não existe in abstracto: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral. Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral – onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação não pode anteceder a efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de um litígio atual. A esse

⁶⁴ Tribunal Pleno, Agravo Regimental em Sentença Estrangeira n.º 5206-Espanha, rel. Min. Sepúlveda Pertence (vencido), relator para acórdão: Min. Marco Aurélio, j. 12.12.2001.

pressuposto de constitucionalidade do juízo arbitral, atende o compromisso, mas não a cláusula arbitral.

(...)

Na cláusula compromissória, entretanto, o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso: serão lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos; quando muito, na expressão de Carnelutti (ob.cit., p.550), lides determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possam vir a surgir. A renúncia, com força de definitiva, que aí se divisasse à via judicial já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto do litígio, que pressupõe a sua determinação, mas, ao contrário, consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem. Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente – dada a indeterminação de seu objeto – e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, que, só ela, lhe pode emprestar legitimidade constitucional: entendo nesse sentido a lição de Pontes (ob. cit., xv/224) de que fere o princípio constitucional invocado, hoje art. 5º XXXV, da Constituição – atribuir, ao compromisso, que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes, ‘eficácia fora do que é a vontade dos figurantes em se submeterem’. Não posso fugir, desse modo, à declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º da Lei da Arbitragem, e em consequência dos outros dispositivos que delas derivam.

Por sua vez, o ministro Carlos Velloso, defendendo a tese de constitucionalidade da arbitragem, deixou claro que o ordenamento jurídico em questão se dirige ao legislador, esclarecendo que é o Estado quem não pode excluir da apreciação lesão ou ameaça a direito. Todavia, as partes, caso queiram, podem excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário, *verbis*:

Dou pela constitucionalidade dos preceitos impugnados na Lei 9.307/96. Com efeito, a Constituição estabelece o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV). Dirige-se o ordenamento constitucional ao legislador. É dizer: este não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Entretanto, a Constituição não estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário. Ora, se a parte pode transacionar em torno de seus direitos substanciais, podendo, inclusive, desistir da ação que está promovendo, não me parece razoável, data vêniam, a afirmativa de ser

atentatório à Constituição art. 5º, XXXV, desistir a pessoa, física ou jurídica, do direito instrumental, mediante cláusula compromissória, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis. Posta assim a questão, parece-me correta a afirmativa, contida no parecer do Procurador-Geral da República, no sentido de que 'direito de ação' não quer dizer 'dever de ação judicial'. Nada impede exercer a pessoa, física ou jurídica o direito de transigir a respeito de direitos disponíveis. Não trata mal o princípio da inafastabilidade do controle judicial a pessoa que, capaz de contratar, submete à arbitragem os litígios seus, ainda mais se, ocorrendo causa de nulidade, pode ela pedir a tutela jurisdicional. O art. 33 assegura aos interessados o acesso ao Judiciário, no caso de alegação de nulidade da sentença arbitral e também prevê a possibilidade de ser arguida a nulidade em embargos do devedor (art. 33, § 3º, da Lei n. 9.307/96, c/c o art. 741 do Código de Processo Civil), conforme registra, aliás, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em trabalho de doutrina, 'A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro'. Em suma, Sr. Presidente, a lei não institui a arbitragem em termos obrigatórios, caso em que ocorreria ofensa ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, mas, simplesmente, faculta às partes prevenirem ou terminarem o litígio mediante à arbitragem. Com essas breves considerações, peço vênias ao eminente Ministro Relator, e aos que o seguiram, para acompanhar o voto do eminente Ministro Nelson Jobim, que inaugurou a divergência.

Em síntese, a fundamentação utilizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que defenderam a constitucionalidade da arbitragem no Brasil está bem sintetizada em uma parte da ementa. Confira-se:

Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.

Ao fim do julgamento, vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal, enfim, declarou a constitucionalidade do instituto em nosso ordenamento jurídico.

Além de todos os aspectos já citados, o procedimento arbitral garante, de fato, o que todos os processos judiciais deveriam garantir: a duração razoável do processo e a sua célere tramitação.

Somado a isso, há outro ponto vantajoso no procedimento arbitral: submetido o litígio ao

tribunal arbitral, crescem as chances de sua decisão ser totalmente alinhada e correspondente ao objeto principal da lide, uma vez que o árbitro, na maioria das vezes, será um indivíduo que é *expert* na matéria discutida.

Portanto, atualmente, dúvidas não pairam acerca da constitucionalidade do instituto da arbitragem no cenário brasileiro, seja entre doutrinadores, seja na jurisprudência.

CAPÍTULO 4: A ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1. A elaboração do Código de Processo Civil

Consolidada a arbitragem, a sua constitucionalidade e utilização no Brasil, é necessário tecer alguns comentários sobre como esse instituto se relaciona com o Direito Processual Civil. Para tanto, antes, vale lembrar o cenário no qual teve nascimento a ideia de se elaborar um novo diploma legal para subsistir o Código de Processo Civil de 1973.

No dia 30 de setembro de 2009, o então presidente do Senado Federal, José Sarney de Araújo Costa, por meio do Ato do Presidente nº 379/2009, instituiu uma comissão de juristas a fim de discutir e formular o anteprojeto do que seria o Código de Processo Civil.

Para esse fim, nomeou como presidente dessa comissão o então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, atualmente ministro presidente do Supremo Tribunal Federal.

Durante quase 5 (cinco) anos de debates, foram realizadas 100 (cem) audiências públicas e, segundo dados fornecidos pela comissão do anteprojeto, foram recebidos cerca de 80 (oitenta) mil emails, sem contar, ainda, com as inúmeras contribuições de acadêmicos e juristas renomados de todo o país.

Em seguida, no dia 16 de março de 2015, a então presidente Dilma Vana Rousseff sancionou o texto final do Código de Processo Civil que, segundo seus próprios idealizadores, buscou garantir maior efetividade aos princípios constitucionais, além de assegurar processos judiciais mais simples e céleres.

Assim, finalmente, em 18 de março de 2016, após um ano de *vacatio legis*, o texto final

do Código de Processo Civil entrou em vigor, trazendo muitos aspectos positivos à comunidade jurídica e outros pontos que merecem uma certa reflexão. Um deles será tratado a seguir.

4.2. Carta Arbitral

A primeira novidade trazida pela Código de Processo Civil trata-se da “Carta Arbitral”. Segundo o artigo 237, IV, do texto enviado pela Câmara dos Deputados, a existência da “Carta Arbitral” serviria como uma forma de cooperação entre o juízo estatal e o juízo arbitral, nas palavras de José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro sobre esse instrumento⁶⁵. Confira-se:

Art. 237. Será expedida carta:

(...)

IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área da sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela antecipada.

Parágrafo único. Se o ato, relativo a processo em curso na justiça federal ou em tribunal superior, houver de ser praticado em local onde não haja vara federal, a carta poderá ser dirigida ao juízo estadual da respectiva comarca.

Tal previsão restou mantida pelo texto final do Código de Processo Civil, também em seu artigo 237, IV. Esse texto final, aliás, prevê outras exigências à efetivação da Carta Arbitral, indicadas nos seus artigos 260 a 268, facilitando a comunicação dos juízes com os árbitros.

Possibilita, por exemplo, que o árbitro se comunique com o juiz estatal, a fim de informar decisões proferidas em sede arbitral, bem como requerer à autoridade judiciária que conduza testemunha renitente, tendo em vista que, como já mencionado acima, o árbitro, diferentemente do juiz togado, não possui poderes coercitivos⁶⁶ (artigo 22, §º 2 da Lei da Arbitragem⁶⁷).

⁶⁵ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 205/2012, p. 307-331. Mar, 2012. São Paulo e Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. vol. 1/2014, p. 427-452, Set, 2014, DTR/2012/2318, São Paulo.

⁶⁶ “O árbitro detém o *ius cognitio*, mas não o *ius imperium*, esse sim exclusividade do Estado, através do Poder Judiciário”. FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO André Luís. *Medidas Urgentes no Processo Arbitral Brasileiro in Temas de Arbitragem: primeira série*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121.

⁶⁷ “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

Nota-se, portanto, que a proposta de criação da Carta Arbitral, mantida no texto final do Código de Processo Civil, foi um enorme avanço à tão buscada celeridade processual e desburocratização do processo.

Alguns empecilhos que dificultavam e, em alguns casos, até mesmo impediam o cumprimento de decisões arbitrais, deixaram de existir, fato que, certamente, beneficiou e beneficia os litigantes.

4.3. A Convenção de Arbitragem no Código de Processo Civil de 1973 e nos projetos anteriores à sanção do texto final do Código de Processo Civil

A respeito do objeto central desta monografia, qual seja, o momento e o meio escolhido pelo legislador para arguição de convenção arbitral, muitas foram as alterações ocorridas durante as discussões que antecederam a aprovação do texto final do Código de Processo Civil.

No Código de Processo Civil de 1973, o artigo 301, inciso IX⁶⁸, disciplinava que o momento e o meio para que a parte pudesse alegar a existência de convenção arbitral era através da contestação, como matéria preliminar.

Em primeiro lugar, o presente estudo realizará uma breve conceituação acerca do termo “contestação”, para, então, contextualizá-lo e analisá-lo de forma conjunta com a alegação preliminar de existência de convenção de arbitragem.

Em sede de contestação, concretiza-se o que é conhecido no âmbito jurídico como “bilateralidade da ação”. Isto é, em face do direito de ação inerente a todos cidadãos, há, também, o direito do réu de se defender, efetivando o contraditório e a ampla defesa, na mesma amplitude e intensidade do pedido inicial.

(...)

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

⁶⁸ “Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

IX – convenção de arbitragem.”

Sobre a bilateralidade da ação, Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁶⁹ ensinam que, diante dos interesses contrários das partes envolvidas no conflito, a bilateralidade da ação também provoca uma pretensão do réu perante o Poder Judiciário: a de ver o pedido do autor rejeitado. Confira-se:

Dá-se a esse fenômeno o nome de bilateralidade da ação, que tem por consequência a bilateralidade do processo. Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo se desenvolve como contradição recíproca. O réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado), a qual assume uma forma antitética à pretensão do autor. É nisso que reside o fundamento lógico do contraditório, entendido como ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los; e seu fundamento constitucional é a ampla garantia do direito ao processo e do acesso à justiça.

Pode-se concluir, portanto, que a contestação é um dos modos que o réu tem para se defender das acusações feitas pelo autor do processo. Nas palavras de Humberto Theodoro Junior, citado por Eduardo Arruda Alvim, a contestação “é o instrumento processual utilizado pelo réu para opor-se, formal ou materialmente, à pretensão deduzida em juízo pelo autor.”⁷⁰

É o momento que o réu, em cumprimento ao princípio da eventualidade, deve alegar todas as matérias de defesa, sob pena de preclusão consumativa⁷¹.

Ou seja, absolutamente todas as estratégias de defesa deverão ser apresentadas na contestação, de modo que, uma vez que o réu deixe de apresentar uma defesa importante, não poderá suscitá-la em outro momento, pois estará acobertada pelo instituto da preclusão

⁶⁹ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 294.

⁷⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 429.

⁷¹ Sobre o princípio da eventualidade, José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier ensinam que: “Com a prática do ato processual pela parte, dá-se a preclusão consumativa, não se podendo praticar novamente ou corrigir o ato já praticado. Aplica-se esta regra à contestação, na qual deve o réu alegar todas as matérias de defesa (princípio da eventualidade, cf. art. 300 do CPC), ainda que entre as mesmas haja alguma contradição. Assim, por exemplo, nada impede que o réu alegue, na contestação, nulidade da obrigação e pagamento.” – MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Parte geral e processo de conhecimento. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 209.

consumativa.

Na peça de contestação, o réu não pode trazer questões a fim de ampliar o objeto em discussão. Uma vez distribuída a petição inicial, resta limitado o âmbito da atividade jurisdicional, nos termos do artigo 141 do Código de Processo Civil, de modo que o réu, nessa sede, somente poderá arguir questões impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor, limitando-se, sempre, ao pedido inicial para requerer a improcedência deles⁷².

Além de alegar fatos que possam comprometer o direito em si do autor, chamado direito material, o réu pode, também em contestação, suscitar todos os aspectos formais do processo que eventualmente não foram observados pelo autor da demanda ou mesmo pelo juiz togado. São aspectos que, caso acolhidos, podem prejudicar, inclusive, a análise do mérito da questão, isto é, do direito material propriamente dito.

Segundo os ensinamentos de Calmon de Passos⁷³, portanto, em matéria de contestação, devido à amplitude e intensidade que o réu possui para se defender, em razão da bilateralidade processual, poderá ele, além de suscitar fatos impeditivos e/ou extintivos do direito material do autor, suscitar, também, a irregularidade de aspectos formais do processo. Confira-se:

Essa duplicidade de relações leva a que a defesa também seja vista sob duplo enfoque: defesa dirigida à relação processual, ou, em outros termos, defesa dirigida ao processo ou defesa de conteúdo meramente processual, ou defesa de rito, e ao lado dela a defesa dirigida à relação de direito material, à relação conteúdo, ao mérito, também chamada de defesa de mérito ou defesa de fundo.

Assim, conforme lição colacionada acima, diz-se defesa de mérito aquela que ataca a própria pretensão do autor, ou seja, ataca o direito material propriamente dito.

Esta defesa será direta quando o réu efetivamente refutar os fatos narrados pelo autor. Por

⁷² No mesmo sentido: “É o autor quem, na petição inicial, fixa os limites da lide. É ele quem deduz pretensão em juízo. O réu, ao contestar, apenas se defende do pedido do autor, não deduzindo pretensão alguma.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 643.

⁷³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. III, p. 289.

exemplo, o autor diz que o réu não adimpliu a obrigação e o réu por sua vez, se defende dizendo que cumpriu sua obrigação, juntando aos autos comprovante de quitação. Neste caso, o ônus da prova continua a ser do autor da demanda.

Por outro lado, a defesa será indireta nos casos em que o réu alegar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, como, por exemplo, a ocorrência de prescrição ou existência de convenção arbitral, devendo o réu, neste caso, provar os fatos que alega. Ou seja, nesse caso, o ônus da prova passa a ser do réu.

Por seu turno, as defesas que suscitam matérias de cunho processual, também chamadas de preliminares⁷⁴, são matérias de ordem pública, podendo ser analisadas de ofício pelo juiz, exceto a incompetência relativa e a alegação da existência de convenção de arbitragem, e podem, caso acolhidas, prejudicar a análise do próprio mérito da questão.

No mundo jurídico, doutrinadores costumam dividir as preliminares em duas espécies: **(i) preliminares impróprias ou dilatórias** e **(ii) preliminares próprias ou peremptórias**⁷⁵.

As defesas preliminares dilatórias são aquelas que, uma vez acolhidas pelo juiz, não acarretam a extinção do processo, mas sim apenas uma dilação do curso do procedimento. São elas as que estavam previstas nos incisos I, II, VII e VIII do artigo 301 do Código de Processo Civil de 1973.

Por sua vez, as preliminares peremptórias são aquelas que, uma vez acolhidas pelo juiz, levam o processo à extinção, sem a análise do mérito da questão. São elas as que estavam previstas nos incisos III, IV, V, VI, IX, X e XI do mesmo dispositivo legal mencionado acima.

⁷⁴ Conceituando o termo “preliminar”, Nelson Nery Junior esclarece que: “As matérias enumeradas no CPC 337 são denominadas preliminares de contestação, isto é, que devem ser arguidas e examinadas antes do mérito, que é a questão final. As preliminares são defesas indiretas de mérito e, salvo a incompetência relativa (CPC 337 II) e a alegação de existência de convenção de arbitragem (CPC 337 X), são matérias de ordem pública, insuscetíveis de preclusão, que devem ser examinadas de ofício pelo juiz a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (CPC 337 §5 e CPC 485 §3).” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1006.

⁷⁵ “A defesa processual do réu pode ser do tipo própria. Naquele tipo de defesa se alega matéria que pode levar à extinção do processo sem julgamento de mérito, como, por exemplo, a litispendência ou a coisa julgada. Na defesa processual imprópria ou dilatória, alegam-se matérias que não levam à extinção do processo, como, por exemplo, a conexão ou a incompetência do juízo”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. Revista de Processo. Vol. 168/2009, p. 53-65, Fev/2009. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol. 6, p. 531-542, Out/2011, DTR\2009\158.

Nota-se, assim, que a preliminar da alegação da existência de convenção de arbitragem, prevista no inciso IX do artigo 301 do Código de Processo Civil de 1973 e mantida no texto final do Código de Processo Civil em seu artigo 337, X, é uma preliminar peremptória, a qual, uma vez acolhida pelo magistrado, põe fim à demanda, sem resolução do mérito (artigo 485, VII, do Código de Processo Civil⁷⁶).

A alegação da convenção arbitral não pode ser considerada um pressuposto processual pois, para ser examinada, precisa ser suscitada pela parte interessada, sendo, portanto, uma exceção à regra das preliminares consideradas matérias de ordem pública. Caso a parte não alegue no momento oportuno, o processo seguirá seu curso normal, sendo julgado pelo juízo estatal.

A falta de alegação da existência de convenção de arbitragem no momento processual adequado, nos termos do artigo 337, § 6º do Código de Processo Civil, acarreta a preclusão do direito de fazer suscitar essa questão em momento posterior, bem como a renúncia ao juízo arbitral, ainda que o procedimento arbitral já esteja em curso⁷⁷.

No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁷⁸:

CLÁUSULA ARBITRAL – Decisão agravada que manteve o trâmite da demanda na via judicial, afastando a aplicação de cláusula de eleição de foro arbitral – Insurgência nesta extensão – Impertinência da tese recursal – Expressa previsão legal quanto ao momento de arguição da competência do Juízo arbitral – Questão que deve ser invocada antes da defesa de mérito, como preliminar de contestação, nos termos do parágrafo 6º do art. 337 do CPC/15 – Hipótese concreta na qual, ademais, a contestação da Recorrente defende a ausência de sua responsabilidade sobre o instrumento no qual estaria inserida a cláusula compromissória, por não ser dele signatária – Mantido o entendimento de primeiro grau – Agravo não provido.

⁷⁶ “Artigo 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.

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1011.

⁷⁸ Agravo de Instrumento nº 2278999-51.2020.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 21.9.2021.

Em que pese o Código de Processo Civil ter mantido a alegação da existência de convenção arbitral como matéria a ser apresentada em preliminar de contestação, nos mesmos moldes do Código de Processo Civil de 1973, diversos textos que antecederam a sanção do seu texto final previam, acertadamente, a existência de um método próprio para tanto, que seria utilizado antes da contestação.

Com efeito, em um primeiro momento, a comissão de juristas, liderada pelo ministro Luiz Fux, apresentou o texto final do anteprojeto do Código de Processo Civil, trazendo a alegação da existência de convenção arbitral como uma matéria que deveria ser apresentada pelo réu, em contestação, antes do mérito. Isto é, como uma matéria preliminar de contestação.

Enviado o texto à Câmara dos Deputados, os parlamentares fizeram uma mudança substancial nesta parte, trazendo para o jurisdicionado uma maior efetividade e celeridade.

Por meio dessa mudança, a Câmara dos Deputados⁷⁹ propôs que a alegação da existência de convenção arbitral deveria ser feita em petição autônoma, que deveria ser apresentada no processo antes mesmo do oferecimento da contestação. Ou seja, antes de o réu apresentar ao autor absolutamente todas as suas defesas, seria dada a oportunidade de ele suscitar, em primeiro lugar, a incompetência do juízo estatal para julgar o feito.

Confira-se abaixo os artigos da proposta elaborada pela Câmara dos Deputados:

CAPÍTULO VIII

DA ALEGAÇÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Art. 345. A alegação de existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, na audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º A alegação deve estar acompanhada do instrumento da convenção de arbitragem, sob pena de rejeição liminar.

§ 2º O autor será intimado para manifestar-se imediatamente sobre a alegação. Se houver necessidade, a requerimento do autor, o juiz poderá

⁷⁹ Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei no 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS No 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”.

conceder prazo de até quinze dias para essa manifestação.

§ 3o A alegação de incompetência do juízo, se houver, deverá ser formulada na mesma petição a que se refere o caput deste artigo, que poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto no art. 341.

§ 4o Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação começará a fluir.

§ 5o Se, antes da audiência de conciliação ou de mediação, o réu manifestar desinteresse na composição consensual, terá de, na mesma oportunidade, formular a alegação de convenção de arbitragem, nos termos deste artigo.

Art. 346. Não tendo sido designada audiência de conciliação ou de mediação, a alegação da existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, no prazo da contestação.

§ 1o A alegação deve estar acompanhada do instrumento da convenção de arbitragem, sob pena de ser rejeitada liminarmente e o réu ser considerado revel.

§ 2o A alegação de incompetência do juízo, se houver, deverá ser apresentada na mesma petição a que se refere o caput deste artigo, que poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto no art. 341.

§ 3o Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação recomeçará por inteiro.

Art. 347. Se o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência.

Parágrafo único. Não havendo sido instaurado o juízo arbitral, o juiz decidirá a questão.

Art. 348. Acolhida a alegação de convenção de arbitragem, ou reconhecida pelo juízo arbitral a sua própria competência, o processo será extinto sem resolução de mérito.

Art. 349. A existência de convenção de arbitragem não pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional.

Art. 350. 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.

Segundo o texto, a alegação da existência de convenção de arbitragem deveria ser suscitada através de petição autônoma, na própria audiência de conciliação ou de mediação. Além disso, o réu deveria anexar o instrumento de convenção de arbitragem à essa petição, sob pena de sua alegação ser rejeitada liminarmente⁸⁰.

Não necessariamente deveria essa petição ser elaborada de forma escrita, como bem observado por Eduardo Talamini⁸¹, analisando esta louvável proposta apresentada pela Câmara dos Deputados. Para este doutrinador, poderia ser cogitada sua apresentação sob a forma oral, que seria reduzida a termo na própria ata de audiência. Isto porque, segundo ele, petição não é sinônimo de manifestação escrita, mas sim de um ato processual por meio do qual se postula algo ao juiz.

Caso o réu se manifestasse pelo desinteresse na realização da audiência de conciliação ou de mediação, deveria alegar, nessa mesma manifestação, a existência de convenção de arbitragem, pleiteando a incompetência do juízo estatal.

Após a resposta do autor, o juiz decidiria pelo acolhimento, ou não, da alegação da existência de convenção de arbitragem. Caso não fosse acolhida, começaria, somente a partir dessa decisão, o prazo para o réu contestar a ação e apresentar todas as suas matérias de defesa.

Por outro lado, caso acolhida a alegação, o juiz togado deveria extinguir o processo, sem resolução do mérito.

⁸⁰ Para Eduardo Talamini, “o escopo da exigência é compreensível: impedir a dilação desnecessária do incidente, viabilizando sua pronta solução. No entanto, cabem algumas ressalvas.” TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem). Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 40/2014, p. 81–103, Jan–Mar, 2014 e Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, vol. 2/2014, p. 145–170, Set, 2014, DTR\2014\999, São Paulo.

⁸¹ Analisando o artigo 345 da proposta elaborada pela Câmara dos Deputados, Eduardo Talamini assevera que: “Nessa hipótese, pode-se cogitar de sua interposição sob a forma oral: o advogado do réu formularia verbalmente tal defesa, que seria reduzida a termo, na ata de audiência. A letra do art. 345, caput, não afasta essa possibilidade. O dispositivo alude à necessidade de “petição autônoma”. Mas petição não é sinônimo de manifestação escrita. “Petição” designa o ato processual por que se postula algo ao juiz. Há petição escrita e petição oral. A liberdade e instrumentalidade das formas, reafirmadas no Projeto de novo Código, autorizam essa solução (arts. 188, 277, 282, S 1.o e 283 – cujo teor coincide com o dos arts. 154, 243, 249, S 1.o, e 250 do diploma atual).” TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem). Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 40/2014, p. 81–103, Jan–Mar, 2014 e Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, vol. 2/2014, p. 145–170, Set, 2014, DTR\2014\999, São Paulo.

Ou seja, a proposta enviada pela Câmara dos Deputados proporcionava ao réu uma chance de suscitar a existência de convenção de arbitragem antes mesmo de apresentar sua contestação, o que faria com que não fosse exposta toda a sua estratégia de defesa a um juiz que, possivelmente, seria incompetente para julgar a demanda.

Seguindo as disposições propostas pela Câmara dos Deputados, o artigo 347 reconhecia expressamente o princípio da *Kompetenz Kompetenz*, estabelecendo que, caso já estivesse sido instaurado o procedimento arbitral, o juiz togado deveria suspender a ação judicial até uma decisão final do tribunal arbitral acerca de sua competência para processar e julgar o feito.

Por fim, os artigos 349 e 350 estabeleciam que a alegação de convenção de arbitragem não poderia ser reconhecida de ofício pelo juiz togado, devendo-se aguardar a provocação da parte.

Além disso, caso não alegasse no momento adequado, restaria preclusa a matéria, ocorrendo, automaticamente, renúncia ao juízo arbitral, com a consequente aceitação de que sua causa seria julgada pelo juízo estatal.

Todavia, estes artigos destinados especificamente à alegação da existência de convenção arbitral, propostos pela Câmara dos Deputados, não foram mantidos no texto final do Código de Processo Civil, que determinou que essa alegação deveria seguir nos mesmos moldes previstos pelo Código de Processo Civil de 1973, isto é, de que deve ser suscitada somente em preliminar de contestação, fato que prejudica demasiadamente o réu da ação judicial.

CAPÍTULO 5: CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como vimos, embora tenha a Câmara dos Deputados, de maneira honrosa, tentado incluir no Código de Processo Civil artigos que dispunham especificamente sobre a alegação da existência de convenção de arbitragem, o texto final sancionado não acatou tais propostas, mantendo a determinação de que esta matéria deverá ser suscitada pelo réu em sede de preliminar de contestação.

Trata-se de um ponto que, caso fosse mantido pelo texto final do Código de Processo Civil, representaria um enorme avanço ao instituto da arbitragem, procedimento que, como demonstrado, já está consolidado e é amplamente utilizado no Brasil.

Além disso, a proposta da Câmara dos Deputados privilegiaria sobremaneira o Código de Processo Civil, tendo em vista que as alterações sugeridas conferiam maior celeridade e simplicidade ao processo. Curiosamente, apesar de não terem sido mantidas em seu texto final, tais princípios foram amplamente enaltecidos por aquele diploma legal.

Nos termos da proposta da Câmara dos Deputados, apesar de não mencionar o termo “exceção”, a alegação da existência de convenção de arbitragem obedeceria estritamente o sentido desse termo. Ou seja, tratar-se-ia de uma hipótese de defesa que, além de sustar o andamento do processo enquanto não resolvida sua questão, teria uma via própria e disciplinada de arguição⁸².

Parece-nos que, neste ponto, além de outras questões que serão tratadas neste estudo, o texto final vai de encontro, principalmente, com a primazia estabelecida pelo Código de Processo Civil, qual seja, a celeridade e a efetividade processual.

Isto porque, segundo disciplina o seu artigo 335, o prazo de 15 (quinze) dias para o réu oferecer sua contestação começará a fluir somente a partir da data da audiência de mediação ou de conciliação. Neste contexto, levando-se em conta que poderá ocorrer mais de uma audiência, ou, ainda, caso ocorra apenas uma, teremos em tramitação judicial, por meses, ou até mesmo ano (considerando a atual situação do Poder Judiciário), um processo que certamente será extinto futuramente, sem resolução do mérito.

Dessa forma, alongando injustificadamente um feito que não é de competência da justiça estatal, o legislador deu as costas para o que, nas palavras do próprio ministro Luiz Fux, foi o objetivo central do Código de Processo Civil: a celeridade processual.

⁸² TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem). *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 40/2014, p. 81–103, Jan–Mar, 2014 e *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 2/2014, p. 145–170, Set, 2014, DTR\2014\999, São Paulo.

Ora, é totalmente contraditório um diploma legal que, em diversos artigos tenha zelado pela celeridade da justiça a fim de buscar um resultado útil e satisfatório ao jurisdicionado e, ao mesmo tempo, estabelecido um prolongamento indevido de um feito de competência da jurisdição privada.

Este fato, além de prejudicar diretamente o jurisdicionado que, partindo de uma autorização legal, renunciou espontaneamente à justiça estatal, uma vez que verá sua demanda perdurar por muitos meses, ou até anos, perante um juiz incompetente, resultará, também, em prejuízo ao próprio Poder Judiciário, que já opera no seu limite de demandas e não necessita, obviamente, daquela(s) que não sejam de sua competência.

Justamente sobre esse particular, José Antonio Fichtner⁸³, de um lado, entende que o texto final do Código de Processo Civil, além de gerar indesejável insegurança jurídica, ofende diretamente um dos princípios que mais se buscou proteger neste diploma, o princípio da duração razoável do processo:

O resultado final ofende o princípio da duração razoável do processo e gera indesejável insegurança jurídica, por permitir, em tese, que existam, contemporaneamente, arbitragens contratadas pelas partes, com ações judiciais, formando verdadeira litispendência externa.

Por outro lado, em sentido contrário, existem aqueles que defendem que a alegação da existência de convenção de arbitragem deve se dar nos exatos termos previstos pelo Código de Processo Civil. É o caso de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁸⁴. Confira-se:

O inciso X trata da alegação da existência de convenção de arbitragem, que em várias das versões anteriores àquela que deu origem ao atual CPC deveria ser alegada em incidente próprio, mas que acabou por ser acertadamente eliminado do sistema processual atual, já que se tratava de um incidente de tramitação bastante complicado e que acabaria, em nosso entender, por retardar sobremaneira o curso do processo.

⁸³FICHTNER, José Antonio. Alegação de convenção de arbitragem no novo CPC. Texto publicado e disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/226957/alegacao-de-convencao-de-arbitragem-no-novo-cpc>. Acessado em 24.9.2021.

⁸⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. Curso de direito processual civil: volume 2: tutela de conhecimento (Lei nº 13.105/15 Novo CPC). 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 102-103.

Portanto, havendo contrato entre as partes no qual está prevista uma cláusula compromissória de arbitragem ou mesmo uma convenção de arbitragem, deverá o réu alegar tal matéria como preliminar, sob pena da cláusula ou da convenção ser tacitamente revogada.

Em que pese a opinião desses renomados juristas, grande parte da doutrina entende que a a proposta da Câmara dos Deputados não implicaria em retardamento do trâmite processual. Muito pelo contrário, aceleraria sobremaneira esse curso para extinção de um processo que sequer deveria ser ajuizado perante a justiça estatal.

Como se não bastassem as razões expostas acima, há mais um motivo para acreditar que o artigo 337, X, do Código de Processo Civil somente outorga ao autor da ação, que descumpriu o contrato firmado entre as partes, a benesse de tomar conhecimento, prematuramente, de toda a defesa que o réu alegaria no procedimento arbitral, em atenção ao princípio da eventualidade.

Isso porque, como detalhado nos tópicos anteriores desta monografia, a contestação é considerada por muitos juristas a peça mais importante que o réu irá apresentar durante todo o processo. Nesse contexto, estabelecer a obrigatoriedade de alegar a existência da convenção de arbitragem, juntamente com todas as suas defesas, constitui uma verdadeira injustiça ao réu que está agindo de boa-fé e cumprindo o pacto firmado com o autor.

Por fim, mas não menos importante, a propositura da ação perante o Poder Judiciário e o seu prolongamento injustificado resulta em mais um ponto negativo e que certamente foi levado em consideração pelas partes quando optaram por submeter o seu eventual conflito ao tribunal arbitral: retira da lide a sua confidencialidade.

No procedimento arbitral, embora não seja impossível – vide os casos que envolvem a administração pública – são raras as situações em que os procedimentos não sejam sigilosos, sendo a característica da confidencialidade um dos pontos que as partes levam em consideração ao firmarem seus contratos.

Inegavelmente, a confidencialidade é uma enorme vantagem aos litigantes que buscam resolver a controversia através da arbitragem, de modo que, tornar o procedimento público, em razão da atitude de má-fe do autor, é penalizar demasiadamente, mais uma vez, o réu da ação judicial.

Sobre as vantagens da confidencialidade estabelecida no procedimento arbitral, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro⁸⁵, citando doutrinas estrangeiras, corroboram esse entendimento, registrando, ainda, que essa característica da arbitragem é reconhecida internacionalmente:

Inegavelmente, a confidencialidade na arbitragem é uma qualidade reconhecida internacionalmente. A Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, em suas *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, de 1996, reconhece, na primeira parte do item 31, que “*it is widely viewed that confidentiality is one of the advantageous and helpful features of arbitration*”. A International Law Association, por sua vez, em recente relatório sobre o tema, também deixa claro que “*confidentiality is an important feature of international commercial arbitration*”.

Em pesquisa de campo realizada pela Queen Mary – University of London e a PricewaterhouseCoopers, entre os anos de 2005 e 2006 no Reino Unido, chegou-se à conclusão de que “*the top reasons for choosing international arbitration are flexibility of procedure, the enforceability of awards, the privacy afforded by the process and the ability of parties to select the arbitrators*”.

Na doutrina estrangeira especializada a opinião não é diferente. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, em sua famosíssima obra sobre arbitragem comercial internacional, deixam claro que “*one of the fundamental principles – and one of the major advantages – of international arbitration is that it is confidential*”.¹⁸

Dentre os brasileiros, João Bosco Lee explica que “um dos principais motivos para a escolha da arbitragem é a confidencialidade”.¹⁹ Como se vê, importantes entidades internacionais dedicadas ao estudo e à prática da arbitragem, bem como a doutrina estrangeira e a doutrina brasileira reconhecem a confidencialidade como uma das grandes qualidades da arbitragem.

Nesse sentido, ao levar o litígio à esfera estatal, regulado pelo Código de Processo Civil, será muito difícil, senão impossível, o juiz togado acolher algum requerimento de decretação de sigilo à demanda, tendo em vista que terá de respeitar o princípio geral da publicidade dos

⁸⁵ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 205/2012, p. 307-331. Mar, 2012. São Paulo e *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*. vol. 1/2014, p. 427-452, Set, 2014, DTR\2012\2318, São Paulo.

atos processuais⁸⁶.

Uma vez tornado público e estatal um procedimento que deveria ser sigiloso e arbitral, o réu, de boa-fé, mais uma vez, se vê prejudicado e na obrigação de abrir toda a sua defesa de mérito e expor a lide à publicidade. Trata-se, infelizmente, de mais um privilégio que o Código de Processo Civil conferiu ao autor que não cumpre o contrato.

Num mundo globalizado e, principalmente, levando-se em consideração que na arbitragem são travadas causas complexas e de altíssimo valor patrimonial, fazer com que uma parte, que livremente convencionou a arbitragem e está agindo de boa-fé, exponha a sua defesa, revelando muitas vezes as suas estratégias comerciais, pode resultar em sérios riscos à integridade de sua atividade comercial⁸⁷, bem como na exposição de fatos indesejados e/ou inverídicos pela mídia ou outros canais de comunicação.

Sobre esse ponto, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro⁸⁸ alertam para o perigo que as partes são expostas nos momentos em que precisam do auxílio da justiça estatal, tendo em vista que, em regra, nesta jurisdição prevalece a publicidade do processo judicial:

⁸⁶ “Em termos legais, isso ocorre porque o art. 155 do CPC (LGL\1973\5), em atenção à garantia constitucional da publicidade dos atos do Estado (arts. 37 e 93, IX e X, da CF/1988 (LGL\1988\3)), prevê poucas hipóteses em que é possível a decretação do chamado segredo de justiça. O mencionado dispositivo legal estabelece que “os atos processuais são públicos”, mas “correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I – em que o exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores”. Literalmente, não há possibilidade de decretação do segredo de justiça quando se leva ao Poder Judiciário o cumprimento de atos processuais tomados em arbitragem confidencial, como, por exemplo, a efetivação de uma medida urgente, a condução forçada de uma testemunha ou a própria execução da sentença arbitral.” FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 205/2012, p. 307-331. Mar, 2012. São Paulo e Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. Vol. 1/2014, p. 427-452, Set, 2014, DTR\2012\2318, São Paulo.

⁸⁷ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 205/2012, p. 307-331. Mar, 2012. São Paulo e Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. Vol. 1/2014, p. 427-452, Set, 2014, DTR\2012\2318, São Paulo.

⁸⁸ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 205/2012, p. 307-331. Mar, 2012. São Paulo e Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. Vol. 1/2014, p. 427-452, Set, 2014, DTR\2012\2318, São Paulo.

Não obstante reconhecida essa qualidade da arbitragem, o fato é que, no Brasil e em muitos outros países, sempre que o árbitro necessita do apoio do Poder Judiciário para a realização prática de algum ato processual da arbitragem – no chamado regime de cooperação, de que já se falou no item anterior –, as partes são expostas, em regra, à publicidade do processo judicial e veem desaparecer, por entre os dedos, a confidencialidade que havia sido programada, convencionada e, às vezes, decisiva para a escolha do método de resolução de conflitos, em especial naqueles casos em que grandes segredos estratégicos e comerciais estão em debate.

Para tornar essa situação ainda mais angustiante, muitas vezes a parte renitente sabe da importância da confidencialidade para a parte contrária e, propositadamente, se recusa a cumprir a ordem arbitral, impondo com isso um prejuízo ao adversário decorrente da publicidade do processo judicial. Num mundo globalizado e altamente competitivo, muitas vezes a revelação de estratégias comerciais sai mais cara ao litigante do que a própria vitória na arbitragem. E tudo isso em flagrante violação ao livremente convencionado e à boa-fé objetiva que também tem importância decisiva na arbitragem

No mesmo sentido, Fredie Didier Junior⁸⁹, comentando as regras para alegação da existência de convenção de arbitragem no Código de Processo Civil de 1973, mantidas pelo atual Código de Processo Civil, assevera justamente a prejudicialidade para o réu em decorrência da retirada do sigilo contratual da lide:

Assim, não é adequada ao sistema da arbitragem uma regra, como a do atual CPC, que imponha ao réu o ônus de alegar, ao mesmo tempo, a existência de convenção de arbitragem e todo o resto da defesa, inclusive de mérito, para a eventualidade de a primeira alegação ser rejeitada. Dessa forma, o réu se prejudica, pois não se lhe garante o sigilo, contratualmente já previsto.

Portanto, para que a atitude da parte que agiu de má-fé cause o mínimo de prejuízo possível ao réu da ação judicial, litigante de boa-fé, a melhor opção para o legislador seria a criação de uma exceção de alegação de existência de convenção de arbitragem, nos mesmos moldes do texto apresentado pela Câmara dos Deputados, que suspenderia o processo principal até que fosse decidida a jurisdição competente para julgar o feito.

⁸⁹DIDIER JUNIOR, Fredie. A arbitragem no Novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados: Dep. Paulo Teixeira). Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73-81, out./dez. 2013. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/55987/004_didierjunior.pdf?sequence=1. Acessado em 24.9.2021.

No mesmo sentido é o Enunciado nº 580 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe que “é admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação”.

Percebe-se que os juristas que participaram da edição desse Enunciado tentaram (acertadamente) “driblar” a regra do artigo 337, X, do Código de Processo Civil, mesclando, para tanto, a proposta da Câmara dos Deputados com a celebração de negócio jurídico processual (possibilidade prevista no art. 190 do Código de Processo Civil) para que o réu possa alegar a existência de convenção de arbitragem antes do oferecimento de sua contestação.

Tanto a proposta da Câmara dos Deputados, quanto o Enunciado nº 580 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, se tivessem sido acolhidos e incorporados ao Direito Processual Civil, teriam efetivamente colaborado para a pretendida celeridade processual.

Ao contrário do que ocorreu com a exceção de pré-executividade (firmada em nosso ordenamento jurídico à margem de expressa autorização legal⁹⁰), parece que, infelizmente, a jurisprudência vem ratificando a opção adotada pelo Código de Processo Civil (o que pode ser confirmado pelo recentíssimo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo mencionado na página 45 desta monografia).

Fato é que, por qualquer ângulo que se analise essa discussão, não há como concluir de forma diversa senão pela desnecessidade e descabimento de um processo que comprovadamente não é de competência da justiça estatal, tramitar por meses, ou até anos nesta esfera, para que, ao final, seja extinto sem resolução do mérito e submetido ao tribunal arbitral.

Assim, o artigo 337, X, do Código de Processo Civil prejudica o réu do processo, a arbitragem e próprio Direito Processual Civil, na medida em que não contribui para a pretendida (mas, ao que tudo indica, não alcançada) celeridade processual.

⁹⁰ FICHTNER, José Antonio. Alegação de convenção de arbitragem no novo CPC. Texto publicado e disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/226957/alegacao-de-convencao-de-arbitragem-no-novo-cpc>. Acessado em 24.9.2021.

CAPÍTULO 6: CONCLUSÃO

Como observado, os métodos para a solução de conflitos se aprimoraram ao longo da história do homem e, atualmente, o Estado que antes mantinha uma postura inerte, tem avocado para si o poder da jurisdição.

Este fato, somado aos grandes avanços econômicos e tecnológicos (e, logo, ao alargamento das relações comerciais), levou o Estado a sua capacidade máxima de demandas judiciais, resultando em verdadeiro “afogamento” do Poder Judiciário. Nesse contexto, o legislador se viu na obrigação de aprimorar ainda mais os meios alternativos para que os jurisdicionados pudessem resolver os seus conflitos com a celeridade e efetividade esperadas.

Nasce, então, o instituto da arbitragem, regulado pela Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996).

Nesse instituto, as partes capazes, por meio de um acordo de vontade, renunciam à jurisdição estatal e submetem o seu conflito para um terceiro, estranho ao procedimento, que será o responsável por julgá-lo.

Entretanto, em que pese a suposição de obrigatoriedade do cumprimento das cláusulas arbitrais assinadas pelos estipulantes, por diversas vezes observamos feitos que são da competência do tribunal arbitral tramitando perante a justiça estatal.

Nesses casos, o Código de Processo Civil é o diploma que rege o momento e o modo que a parte deverá suscitar a existência da convenção de arbitragem. Sobre esse particular, tanto o Código de Processo Civil de 1973, como o atual, não andaram bem ao determinar que tal alegação deverá ser formulada em sede de preliminar de contestação.

Em primeiro, pois tal previsão prolonga injustificadamente o trâmite de uma demanda que não é de competência da justiça estatal, indo de encontro, portanto, à celeridade e efetividade processuais, tanto enfatizadas pelo Código de Processo Civil e, assim, contribuindo para a morosidade do Poder Judiciário.

Além disso, o diploma atual outorga ao autor que descumpriu a convenção de arbitragem

a vantagem de examinar, prematuramente, em respeito ao princípio da eventualidade, toda a matéria de defesa que o réu alegaria no procedimento arbitral.

Tal benesse confere mais tempo hábil para que o autor defina e aprimore a estratégia que será adotada para rebater a defesa do réu, seja na esfera arbitral ou judicial, o que inegavelmente insere o réu em posição desvantajosa, uma vez que não contará com o elemento surpresa contra o autor.

Como se isso não bastasse, a propositura da ação perante o Poder Judiciário resulta em mais um ponto negativo que é de extrema importância e, certamente, foi levado em consideração pelas partes quando optaram pela jurisdição arbitral: retira da lide a sua confidencialidade e lhe outorga a publicidade, que é regra geral de todo processo.

Feitas tais considerações, a melhor opção para o legislador seria a criação de uma exceção de alegação de convenção de arbitragem, nos mesmos moldes do texto apresentado pela Câmara dos Deputados, que suspenderia o processo principal até que fosse decidida a jurisdição competente para julgar o feito.

Deste modo, pouparia-se esforços desnecessários, tanto do jurisdicionado, como da própria justiça estatal, que já opera no seu limite de processos e, por fim, garantiria maior efetividade e celeridade processuais, princípios tão enaltecidos pelo Código de Processo Civil e que, infelizmente, ainda não foram alcançados de forma satisfatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale. Manual de arbitragem. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- AMORIM, Aureliano Albuquerque. A relação entre o sistema arbitral e o poder judiciário. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BELLOCHI, Márcio. Precedentes Vinculantes a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem. 1ª ed., Coleção Liebman, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CAHALI, Francisco José Cahali. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem – Lei nº 9307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. Revista de Arbitragem e Mediação. v. 8, n. 28, p. 47–63, jan./mar., 2011. Disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScholarsTexts/arbitrators_impartiality_and_independence/Em_torno_do_arbitro.pdf. Acesso em 25.9.2021.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Direito Arbitral. 3ª ed. atualizada por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. A arbitragem no novo Código de processo civil: (versão da Câmara dos Deputados: Dep. Paulo Teixeira). Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73-81, out./dez. 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/55987/004_didierjunior.pdf?sequence=1. Acesso em 25.9.2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013.

FARIA, Marcela Kohlbach de. A arguição de existência de convenção de arbitragem no novo CPC e os negócios processuais. Publicado em 18 de abril de 2016 no site <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/325669740/a-arguicao-de-existencia-de-convencao-de-arbitragem-no-novo-cpc-e-os-negocios-processuais>. Acessado em 19.9.2021.

FICHTNER, José Antonio. Alegação de convenção de arbitragem no novo CPC. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/226957/alegacao-de-convencao-de-arbitragem-no-novo-cpc>. Acesso em 26.9.2021.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 205/2012, p. 307-331. Mar, 2012. São Paulo e Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. Vol. 1/2014, p. 427-452, Set, 2014, DTR\2012\2318, São Paulo.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO André Luís. Medidas Urgentes no Processo Arbitral Brasileiro in Temas de Arbitragem: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FIUZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GUERRERO, Luís Fernando. Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral. São Paulo: Atlas, 2009.

GUMIERI VALÉRIO, Marco Aurélio. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social. Revista de Direito Privado. Vol. 69/2016, p. 15-27, Set/2016, DTR\2016\23053, São Paulo.

LEME, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Cautelar (Curso de Processo Civil, v. 4) 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Parte geral e processo de conhecimento. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NANNI, Giovanni Ettore. Direito Civil e Arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 12ª ed. ver., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Ana Luiza. Arbitragem coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. Curso de direito processual civil: volume 2: tutela de conhecimento (Lei nº 13.105/15 Novo CPC). 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2016.

SALLES, Carlos Alberto. Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem, Mediação e Conciliação. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem). Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 40/2014, p. 81–103, Jan–Mar, 2014 e Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. Vol. 2/2014, p. 145–170, Set, 2014, DTR\2014\999, São Paulo.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. Revista de Processo. Vol. 168/2009, p. 53-65, Fev/2009. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol. 6, p. 531-542, Out/2011, DTR\2009\158, São Paulo.