

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**PÓS GRADUAÇÃO – ESPECIALIZAÇÃO
COGEAE – PUC/SP**

TUTELAS ESPECÍFICAS NA ARBITRAGEM

Camila Mansur Haddad de Oliveira Santos

São Paulo - SP

TUTELAS ESPECÍFICAS NA ARBITRAGEM

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil pelo Curso COGEAE – PUC/SP, sob orientação da Professora-Orientadora Thais Matallo Cordeiro.

São Paulo - SP

Março / 2014

AGRADECIMENTOS

Devo este trabalho a todos que contribuíram para o meu crescimento acadêmico, principalmente os professores que me acompanharam durante os dois anos de estudo no curso de especialização em Direito Processual Civil no COGEAE-PUC/SP. Agradeço, com carinho especial, todos os familiares que me motivaram a continuar os estudos em Processo Civil.

Agradeço, por fim, a Professora Thais Matallo Cordeiro, que me orientou na elaboração do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho de monografia abordará o tema das tutelas de urgência na arbitragem, à luz do direito brasileiro.

Trata-se de estudo que inicialmente abordará aspectos gerais da arbitragem, seu histórico no Brasil e evolução (nacional e internacional) desta tão inspiradora matéria. O trabalho também abordará temas correlatos aos poderes e deveres dos árbitros.

O tema das tutelas específicas será primeiramente trazido à luz do Código de Processo Civil Brasileiro em vigor e, na sequência, será traçado o paralelo entre o conceito e o estudo processual do tema, com as aplicações pertinentes na esfera da arbitragem.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	PÁG. 6
2. BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL	PÁG. 9
3. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	PÁG. 17
4. ARBITRABILIDADE: O ASPECTO OBJETIVO E O SUBJETIVO.....	PÁG. 23
5. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA E COMPROMISSO.....	PÁG. 29
6. O ÁRBITRO	PÁG. 34
6.1. DEVERES DO ÁRBITRO	PÁG. 34
6.2. PODERES DO ÁRBITRO	PÁG. 39
7. TUTELA ESPECÍFICA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	PÁG. 48
8. TUTELA ESPECÍFICA NA ARBITRAGEM	PÁG. 59
9. CONCLUSÃO	PÁG. 65
10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	PÁG. 67

1. INTRODUÇÃO

O instituto da arbitragem atualmente é regulamentado no Brasil pela Lei nº 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”). Ou seja, com quase vinte anos de vigência de norma específica sobre o tema, já que antes não possuíamos nenhuma lei exclusiva (apenas dispositivos esparsos em legislações) a arbitragem vem ganhando grande destaque no Brasil, o que traz reconhecimento na esfera internacional como grande potência utilizadora do instituto.

Se analisarmos mais detidamente, contudo, os últimos anos têm sido de desenvolvimento intenso do tema, com estudos cada vez mais exclusivos, aprimoramento de regulamentos das Câmaras Arbitrais brasileiras e, mais importante, a difusão entre estudiosos de um modo nunca antes visto.

Trata-se de verdadeira propagação da arbitragem no Brasil que, diante da morosidade – para se dizer o mínimo - do Judiciário Brasileiro, é vista por muitos como meio mais vantajoso para aqueles interessados em soluções mais céleres de seus litígios.

Dentre as vantagens da arbitragem podemos também destacar, além da celeridade, o sigilo e a possibilidade de escolha do julgador da demanda arbitral, sendo que esta última característica certamente também refletirá no conhecimento específico ou técnico dos árbitros sobre a matéria colocada em discussão.

Ainda, importante um comentário, ainda que breve, acerca de outra vantagem da arbitragem defendida, principalmente, pela professora Selma Lemes Ferreira¹: o seu aspecto econômico.

Trata-se de característica que deve ser analisada sob o enfoque da análise econômica do direito, conforme preleciona a doutrinadora:

“(…) eventuais conflitos surgidos no âmbito dos contratos integram os custos de transação (custos de negociação, redação e garantia de

¹ FERREIRA, Selma Maria Lemes, *Revista Resultado*, março/abril 2008, p. 25.

cumprimento do contrato), seja a via eleita a judicial ou arbitral. Ocorre que o fator tempo acrescido dos demais motivos acima mencionados quando considerados conjuntamente e mesmo atentando para o fato de que o processo arbitral é custeado pelas partes (os árbitros e a eventual instituição arbitral eleita para administrar a arbitragem são remunerados), na análise da relação custo benefício, a arbitragem revela-se mais vantajosa do que a demanda judicial. Os custos do componente “cumprimento do contrato e solução de eventuais conflitos” que integra o custo de transação será menor.”

A referida autora conclui que, considerando tais aspectos, em projeção simulada, verificou-se uma economia de mais de 58% nos custos processuais incorridos. E a consequência é a de que o custo do contrato irá diminuir, e o preço ofertado pela empresa pode ser mais competitivo e menor.

Assim, seja por conta das características atraentes do instituto da arbitragem, seja pela difusão decorrente dos últimos anos, cada vez mais temos visto o aprofundamento de estudos de temas relacionados com a arbitragem.

Nesse sentido, inclusive, destacamos o Projeto de Lei nº 406 relativo à arbitragem que tramita no Congresso Nacional. O texto é resultado do trabalho realizado durante cinco meses por uma comissão de juristas presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, sobre a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996).

Entre as alterações sugeridas pela comissão estão, principalmente, a extensão do uso da arbitragem para as questões trabalhistas, contratos públicos e para os interesses dos consumidores.

Não obstante a possibilidade de alteração da Lei de Arbitragem, entretanto, hoje ainda não está em vigor nenhuma alteração legislativa, razão pela qual o presente trabalho limitar-se-á aos conceitos atuais sobre o tema.

Nesse sentido, dentre uma vasta gama de interessantes temas palpitantes sobre a arbitragem – muitos dos quais se relacionam intimamente com o Direito Processual Civil Brasileiro – o presente estudo abordará de modo detalhado a utilização, e eventuais limitações, das tutelas específicas na arbitragem.

2. BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

O conceito da arbitragem é antigo, sendo certo que é um dos meios mais remotos de resolução de conflito, sofrendo, ao longo dos séculos, diversas evoluções até culminar nos conceitos e regras que hoje utilizamos.

Assim, antes de adentrarmos na abordagem sob o enfoque do direito brasileiro, é necessária uma breve introdução sobre o instituto em sua origem internacional, até mesmo pelo fato de que o seu surgimento no Brasil é relativamente recente se comparado com a história estrangeira.

Temos conhecimento de que o instituto da arbitragem existe desde a Grécia antiga, fazendo-se presente no mundo greco-romano e em diversas tribos primitivas, com forte expansão e desenvolvimento na Idade Média.

Nesse sentido, vejamos considerações de Platão, que retratou a arbitragem como forma de solução mais justa de conflitos²:

“Que os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a que o nome de árbitros convém mais que o de juízes; que o mais sagrado dos Tribunais seja aquele em que as partes tenham criado e eleito de comum acordo”.

O desenvolvimento da arbitragem, desde os tempos antigos, sempre esteve diretamente relacionado com a aceleração do intercâmbio comercial entre as comunidades, inserindo-se nas sociedades antigas e primitivas principalmente por conta do aspecto libertário, que diferia – e muito - da justiça comum na qual o juiz (Estado) decidia questões de ordem privada ou pública.

Nesse sentido é a lição do doutrinador LUIS OLAVO BAPTISTA³:

² Platão (428-347 A.C.) In *De Legibus* Livros 6 e 12.

“A prática da arbitragem deriva, por assim dizer, naturalmente de organismos primitivos de direito; e depois que os tribunais foram estabelecidos pelo Estado e o recurso a eles tornou-se o método natural de resolver disputas, a prática continua porque as partes em uma disputa desejam resolvê-la com menos formalidade que as envolvidas com o recurso aos tribunais.”

Na Europa Antiga a arbitragem consolidou-se propriamente com o direito romano, que criou um sistema de solução de conflitos e a figura do “*arbiter*”. Este, apesar de não se caracterizar por sua natureza essencialmente privada como os árbitros de hoje em dia, possuía certa liberdade para decidir, e esse ponto certamente o diferenciava dos juízes de Estado da época.

Conforme acima destacado, por conta do desenvolvimento comercial entre os Estados, a arbitragem foi ganhando espaço e, apesar de não uniforme, desenvolveu-se na Idade Média, para chegar a uma delimitação mais precisa ao longo dos séculos e, após a Revolução Francesa ganhar espaço por conta das codificações, constituições e convenções internacionais. Estas serão abordadas ao final do capítulo, após a análise específica do desenvolvimento da arbitragem em nosso país.

No direito brasileiro, por certo que a existência da arbitragem não remonta aos tempos mais primitivos. Importante destacar, contudo, que desde 1603, por meio das Ordenações Filipinas (Livro III), instituídas no Brasil Colônia durante o reinado de D. Felipe II, a arbitragem já era prevista em nosso direito.

Após, em 1824, a primeira constituição promulgada em nosso país também abordou o tema, conforme redação do artigo 160⁴:

³ HODSWORTH, W. S. *History of English Law*, Methuen & Co, Vol. XIV, 1964, p. 187 – tradução livre do autor – BAPTISTA, Luis Olavo, *Arbitragem Comercial e Internacional*, Ed. Lex Magister, São Paulo: 2011, p. 22.

⁴ Constituição do Império de 1824.

"Nas (causas) cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as mesmas Partes".

Em 1850, o Código Comercial instituía em seu artigo 294, a questão da arbitragem como solução obrigatória de conflitos entre sócios e sociedades comerciais para determinadas situações, e no artigo 245, a previsão da arbitragem para contratos de locação mercantil:

“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.”

*

*

*

“Art. 245 - Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.”

No mesmo ano (1850), foi promulgado o Regulamento nº 737 de 1850, elaborado por uma comissão integrada por José Clemente Pereira, Nabuco de Araújo, Carvalho Moreira, Caetano Alberto e Irineu Evangelista de Souza. Trata-se da primeira norma processual de grande relevância no Brasil, que abordava de modo amplo o instituto da arbitragem no Título III, “Do Juízo Arbitral” (artigos 411 a 475).

Em 1916, passou a vigorar no Brasil o antigo Código Civil, que também disciplinava a arbitragem conforme redação dos artigos 1.037 a 1.048.

Apesar de alguns anos com certa lacuna sobre o instituto em nossa legislação, a Constituição Federal de 1934 voltou a abordar o tema, prevendo como competência privativa da União a função de legislar sobre normas fundamentais da “arbitragem comercial” (art. 5º, inciso XIX).

A Constituição de 1937 também fez menção ao instituto, conforme redação do seu artigo 18, alínea “d”, que conferia aos Estados a possibilidade de legislarem sobre o tema da arbitragem.

Em 1939, foi promulgado o antigo Código de Processo Civil, que também continha previsão acerca do tema, conforme Livro IX - “Do Juízo Arbitral” (artigos 1.031 a 1.046).

Ocorre que, apesar de sempre terem existido previsões sobre o tema no Brasil, certo é a arbitragem não passava de um instituto de pouca aplicação pelos operadores do direito, sem a grande utilização que possui nos dias de hoje.

Assim, apenas em 1981 iniciou-se verdadeiro debate sobre a necessidade de uma lei específica de arbitragem, diante da apresentação de um anteprojeto que seria o primeiro de uma sequência de três (1981; 1986; e 1988).

Mesmo com tantos projetos, as leis possuíam falhas e aspectos importantes a serem corrigidos como, por exemplo, a não utilização do Código Civil e a necessidade de homologação do laudo arbitral condenatório⁵. As vantagens não existiam, e o instituto tendia a uma estagnação ou mesmo má-formação.

Foi então que se criou a denominada “*Operação Arbiter*”, inaugurada por Petrônio Muniz em conjunto com o Instituto Liberal Pernambucano⁶.

Assim formou-se uma comissão de advogados diretamente envolvida na referida operação, que mais tarde seria aquela que verdadeiramente teve um papel fundamental na Lei de Arbitragem tal qual como conhecida hoje. Selma Lemes Ferreira, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, após intensos debates inaugurados por diversos estudiosos sobre o tema, utilizaram-se da legislação espanhola e da Lei Modelo da UNCITRAL para redigirem o texto que temos hoje como a Lei nº 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”).

⁵ Carlos Alberto; *Arbitragem e Processo – um comentário à Lei nº 9.307/96*, Ed. Atlas, 3ª Edição, São Paulo: 2009, p. 4.

⁶ CARMONA, Carlos Alberto; obra citada, p. 6.

Infelizmente, nem tudo ocorre como planejado, e a Lei de Arbitragem, aprovada com apenas duas alterações de seu projeto original (artigo 4º, § 2º e ausência de revogação do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor), foi questionada por meio de Arguição de Inconstitucionalidade⁷ logo após a aprovação.

Na realidade, a referida arguição de inconstitucionalidade foi instaurada no curso de uma homologação de um laudo de sentença arbitral, na qual se questionava especialmente o artigo 7º da referida lei⁸.

Após longos 5 (cinco) anos de espera, em 2001, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal considerou a lei constitucional⁹. Vejamos trecho da ementa:

“(…)

3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

⁷ STF, SE 5206, julgada em 12.12.2001.

⁸ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

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

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

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

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

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

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

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

⁹ O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

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. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parágrafo único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).”

Portanto, o Supremo Tribunal Federal assegurou que a lei é, de fato, constitucional, com destaque à sempre franqueada escolha do instituto, uma vez que as partes poderão, livremente, optar pela arbitragem ou pela jurisdição estatal.

De se destacar que a atual Constituição Federal em vigor (1988) também autoriza a utilização do instituto da arbitragem, ao prever, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”.

Por fim, ainda dentro do contexto histórico da arbitragem, interessante é o destaque aos principais tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário.

Conforme acima mencionado, a arbitragem teve significativo desenvolvimento internacional na idade moderna justamente por conta de tratados e convenções. O mais

relevante tratado que inaugurou a discussão do tema em âmbito internacional foi a Convenção de Haia de 1899 que, revista em 1907, na Segunda Conferência da Paz (Haia), resultou em outro tratado¹⁰.

Após, diversos foram os acordos que trataram do tema, como, por exemplo, o Tratado de Montevideo (1889); o Protocolo sobre Cláusulas Arbitrais (1923); a Convenção para a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Genebra (1927); o Código Bustamante (1928); e a Convenção Interamericana para a validade extraterritorial de laudos arbitrais (1979).

Em 1992, o Brasil firmou junto com Argentina, Paraguai e Uruguai, o “Protocolo de Las Lenãs”, que trata sobre a cooperação judiciária internacional entre os países que compõem o MERCOSUL. Ainda, o referido protocolo trata diretamente sobre a execução e o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras.

Em 1996, o Brasil firmou com os países acima referidos o “Protocolo de Buenos Aires”, por meio do qual se regulou a autorização da escolha da arbitragem pelas partes como meio de solução alternativa de controvérsias e, nesse sentido, a previsão da autonomia da vontade das partes para escolherem a jurisdição competente para resolução de conflitos oriundos de contratos internacionais.

No mesmo ano (1996), o Brasil ratificou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, ou “Convenção do Panamá”, de 30 de janeiro de 1975.

Mas, sem dúvida alguma, o tratado internacional mais expressivo sobre o tema foi a Convenção de Nova York (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*), assinada em 1958.

A vinculação do Brasil à referida convenção foi deveras tardia, já que apenas em 23 de julho de 2002, por meio do Decreto nº 4.311 assinado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, a referida legislação passou a vigorar plenamente em território nacional.

¹⁰ BAPTISTA, Luis Olavo, obra citada, p. 24.

Por fim, ainda que brevemente, vale um destaque à Lei Modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional sobre Arbitragem Comercial Internacional), que contou com a adesão de diversos países, por meio da Resolução nº 40/72 de 11.12.1985, da Assembléia Geral das Nações Unidas.

No Brasil, apesar de não termos participado da adesão à referida Lei Modelo, utilizamos seu texto como base para a elaboração de nossa Lei de Arbitragem, conforme já mencionado.

Verificado, assim, o breve histórico que introduziu a arbitragem em nosso direito, bem como as principais discussões que se sucederam sobre o tema, é evidente a plena eficácia da arbitragem no Brasil, que cresce e se amplia a cada ano que se passa, provando que aqui, o instituto, de fato, atraiu os olhares até dos menos curiosos sobre o tema.

O Brasil possui hoje índices expressivos e padrão internacional sobre o tema, ficando entre os cinco países do mundo que mais utilizam a arbitragem¹¹.

¹¹ FERREIRA, Selma Maria Lemes, *in* Jornal Valor Econômico, Suplemento Especial – Arbitragem, 01 de dezembro de 2011, p. 10/11. “Aplicação no Brasil atinge padrão internacional, afirma advogada”.

3. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Passado o aspecto histórico do instituto da arbitragem, ainda como ponto fundamental à sua completa análise, faz-se necessário um estudo sobre as concepções acerca da natureza jurídica da arbitragem e os seus desdobramentos sobre o tema.

Primeiramente, abordaremos brevemente o conceito de jurisdição (do latim, “*jus dicere*”, ou seja, dizer o direito).

A noção de jurisdição sempre esteve relacionada ao Estado, sendo vista como um dos poderes que o Estado possui face à sociedade que governa. Esta seria mais uma de suas capacidades, traduzida no poder de decidir e fazer impor suas decisões.

Hoje em dia, entretanto, o Estado já não exerce mais o monopólio que exercia antes. A intervenção privada nas atividades que antigamente eram exercidas exclusivamente pelo Estado ganhou espaço na sociedade moderna, e por certo refletiu também na atividade judicial.

Além do Poder Judiciário, existem outros meios de dizer ou fazer o direito, como, por exemplo, a arbitragem. Tal instituição não está ligada ao Poder Público (Judiciário) Estatal, mas nem por isso as decisões proferidas por árbitros deixam de possuir caráter de definitividade ou obrigatoriedade.

No Brasil trabalhamos com duas principais correntes acerca da teoria jurisdicional da arbitragem: aqueles que entendem por seu caráter privatista, e aqueles que entendem por seu caráter jurisdicional.

Primeiramente, analisaremos a corrente privatista. Autores, a exemplo de Cassio Scarpinella Bueno e Alexandre Freitas Câmara, defendem que a arbitragem possui caráter nitidamente privado, aproximando-se de conceitos ligados à relação contratual e, por assim dizer, de um negócio jurídico.

Segundo CASSIO SCARPINELLA BUENO¹², “a jurisdição pode ser entendida como a função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com animo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos”.

O referido autor entende, ainda, que a jurisdição não se resumiria a dizer (declarar) o direito, mas, também, se refere à sua realização (cumprimento ou execução), mesmo que tal realização seja forçada. Nesse sentido, o árbitro não possuiria a segunda característica, já que apesar de declarar direitos, não poderia realizá-los.

Assim, a arbitragem possuiria caráter nitidamente contratual, o que a afastaria da concepção de “jurisdição” que seria intrínseca ao Estado-juiz. Desse modo, a jurisdição do árbitro não se confundiria com aquela que é característica do Magistrado (Poder Público), porquanto eminentemente privada e oriunda de um contrato particular.

No mesmo sentido é a lição de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA¹³:

“Ao empregar a denominação aqui combatida, a Lei de Arbitragem, ao meu sentir, provoca um desprestígio do Poder Judiciário, o que contraria o próprio espírito da lei. Sentença é, e será sempre, ato jurisdicional. O árbitro não exerce função com esta natureza, uma vez que o processo arbitral não é um processo jurisdicional. Assim sendo, por um silogismo extremamente simples, há de se chegar à conclusão de que a decisão do árbitro deve ser chamada, simplesmente, de laudo arbitral.”

Por outro lado, em contraposição à corrente privatista, existem autores que defendem a corrente jurisdicional da arbitragem (“publicista”).

¹² BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. 1, Editora Saraiva, São Paulo: 2009, p. 238.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei nº 9.307/96*, Editora Lumen Juris, 4ª edição, Rio de Janeiro: 2005, p. 110.

Tais autores, hoje, talvez a maioria dentre os principais estudiosos sobre o tema no Brasil, entendem que a arbitragem (e o árbitro) possui característica de jurisdição, existindo, por conseguinte, semelhança na atuação do Estado-juiz com a figura do árbitro.

A principal justificativa para se afirmar que a arbitragem possuiria característica jurisdicional estaria na própria lei de arbitragem, por conta da expressa redação dos artigos 17, 18 e 31. Vejamos:

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

*

*

*

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

*

*

*

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

Nesse sentido, inclusive, muitos doutrinadores vêm pregando que a “jurisdição” não seria, nos dias atuais, um monopólio do Estado. Ou seja, apesar do fato de que, no passado, o Estado controlava muito mais de perto a função do Poder Judiciário, hoje essa característica é muito mitigada.

Como ensina J. E. CARREIRA ALVIM¹⁴:

"Sem dúvida, a arbitragem brasileira, por natureza e definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da Lei nº

¹⁴ ALVIM, J. E. Carreira, *Tratado geral de arbitragem*, Ed. Mandamentos, Belo Horizonte: 2000, p. 68.

9.037/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes."

A jurisprudência pátria também reconhece a característica jurisdicional da arbitragem, tal como aquela conferida ao poder estatal. Vejamos interessante trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁵:

"O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não a jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional."

Ocorre que ao analisarmos detidamente o conceito de jurisdição trazido acima, surge outra questão para análise, tocante às limitações da jurisdição arbitral face a jurisdição estatal.

Vejamos as palavras de GILBERTO GIUSTI¹⁶:

“A atividade jurisdicional exercida pelo árbitro, por seu turno, encontra limitações no que pertine a alguns dos elementos acima. De plano, pode-se identificar o exercício, pelo árbitro investido da função de juiz de fato e de direito para o conflito específico que lhe é submetido pelas partes (desde que relativo a direitos patrimoniais disponíveis), o exercício da *notio*, da *vocatio* e do *iudicium*.”

Ou seja, o que o ocorre é que, partindo do conceito de jurisdição trazido por Cassio Scarpinella Bueno (acima destacado), constatamos que o árbitro possui limitações em sua jurisdição se comparado ao juiz togado.

Nesse sentido, não existem dúvidas de que o árbitro, devidamente nomeado pelas partes para a solução de determinado litígio, possua plena capacidade para dizer o direito.

¹⁵ Agravo de Instrumento nº 9036083-91.2002.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Elliot Akel, data de julgamento: 20.8.2002.

¹⁶ GIUSTI, Gilberto, *O Árbitro e o Juiz: Da Função Jurisdicional do Árbitro e do Juiz*, RBAr nº 5 - Jan-Mar/2005.

Trata-se da capacidade cognitiva, atribuída nos limites da convenção de arbitragem, que não se confunde com a capacidade de realizar a sua decisão (executá-la, por assim dizer).

Assim é que, dentro das cinco características da jurisdição (i) *notio*; (ii) *vocatio*; (iii) *iudicium*; (iv) *coertio* e; (v) *executio*¹⁷, verificamos que os árbitros não exercem plenamente, tal como juízes togados, as duas últimas. Tal fato se deve, principalmente, pela característica de suas funções e atividades, traçadas expressamente pela Lei de Arbitragem - assunto que será mais profundamente abordado nos próximos capítulos.

Por fim, podemos concluir, na esteira da maior parte dos doutrinadores, que a arbitragem possui característica nitidamente jurisdicional, na medida em que, tanto ao árbitro, como ao juiz togado, é confiada a solução de determinado litígio com base nos princípios fundamentais do devido processo legal e do contraditório.

Nos termos do artigo 31 da Lei de Arbitragem, a decisão arbitral não precisa ser homologada para produzir efeitos entre as partes que se submeteram à arbitragem. A semelhança nas duas modalidades de sentenças já é indicio bastante forte para verificar a característica jurisdicional da arbitragem.

Mais do que isso, toda a semelhança do processo e do procedimento que levam à prolação de uma sentença, a busca pela verdade na solução do litígio e, antes disso, a fase inaugural das atividades do juiz togado e do árbitro (rompimento da inércia da jurisdição), faz concluir que, nos dois casos, temos verdadeira atividade jurisdicional.

Assim, é possível se verificar, em certa medida, que apesar de não ser unânime, o tema da jurisdição na arbitragem revela pouca aplicação prática, já que acabou por se tornar apenas uma grande e contínua discussão na esfera acadêmica, com inúmeras e variadas abordagens, que pouco interfere no exercício dos aplicadores do direito.

Nesse sentido são as interessantes colocações do professor CARLOS ALBERTO CARMONA¹⁸:

¹⁷ GIUSTI, Gilberto, obra citada.

¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto, obra citada, p. 26/27.

“O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas correntes. A verdade, porém, é que o debate aqui adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma.”

Portanto, defendida pelo viés público, ou defendida pelo viés contratual, fato é que a arbitragem, nos dias de hoje, não possui limitações de uso ou aplicação por conta das discussões que giram em torno do tema da sua natureza jurídica. As permissões ou autorizações conferidas aos árbitros e aos juízes togados estão colocadas nas legislações vigentes em nosso país, cabendo, tanto ao primeiro, quanto ao segundo, uma atuação imparcial para solução do litígio que lhe foi posto para julgamento.

4. ARBITRABILIDADE: O ASPECTO SUBJETIVO E OBJETIVO

O presente capítulo abordará a questão da arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Ou seja, a primeira seria o estudo daqueles sujeitos que poderão se submeter à arbitragem, enquanto a segunda seria o estudo das matérias que podem ser trazidas para arbitragem.

A Lei de Arbitragem assim dispõe em seu artigo inaugural:

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

Assim, analisando primeiramente a arbitrabilidade subjetiva, devemos nos atentar para a análise da capacidade daqueles que podem sujeitos da arbitragem, verificando os requisitos para tal de acordo com o Código Civil.

O Código Civil prevê em seu artigo 1º:

“Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

O referido artigo trata da capacidade jurídica da pessoa humana, que seria a aptidão em se tornar sujeito de deveres e direitos (capacidade de direito). Todas as pessoas nascem com essa característica, que não pode ser recusada ao indivíduo,

Por outro lado, devemos ter em mente que a capacidade jurídica acima mencionada não se confunde com a capacidade de fato (ou exercício de ação). Esta seria limitada em comparação com a capacidade jurídica, pois nesta a pessoa pode gozar de um direito, sem, contudo, executá-lo.

Nesse sentido é que determinadas pessoas podem não possuir todos requisitos conferidos pela lei para a prática de determinados atos (questões de idade ou de saúde, por exemplo).

Assim, considerando-se que a instauração do juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, os incapazes ou aqueles que possuem apenas poderes de administração, não poderão fazê-lo. Contudo, caso possuam autorização, tais partes podem se valer da arbitragem¹⁹.

Assim, os entes despersonalizados, desde que autorizados para tal (autorização da assembléia de condôminos, por exemplo, quando se tratar de condomínio), poderão instaurar arbitragem, já que são capazes (capacidade de ser parte e de estar em juízo) de acordo com a lei brasileira.

De se destacar, por fim, que a questão da arbitrabilidade subjetiva, por estar intimamente relacionada com o conceito de capacidade inerente à legislação de cada país, possui variedade na visão global do tema.

A arbitrabilidade objetiva se relaciona com a análise das matérias que poderão ser resolvidas por meio da arbitragem, ou seja, esta intimamente relacionada com o conceito de direito patrimonial disponível.

Nesse sentido é a lição de CARLOS ALBERTO CARMONA²⁰:

“Diz-se que um direito é disponível quando ele 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 infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”.

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto, obra citada, p. 37.

²⁰ CARMONA, Carlos Alberto, obra citada, p. 38.

Assim, para que a matéria seja resolvida por meio da arbitragem, é necessário verificar se trata de direito patrimonial disponível, uma vez questões afetas ao direito patrimonial indisponível não poderão ser submetidas à arbitragem.

Vejamos a seguir algumas delas.

Alguns doutrinadores defendem que a arbitragem não se aplicaria ao direito do trabalho, já que o caráter protetivo da justiça laboral se perderia com a adoção do instituto arbitral. Outros doutrinadores, como Carlos Alberto Carmona defendem que matérias afetas ao direito do trabalho (tanto relativas ao direito individual, quanto ao direito coletivo) poderiam ser submetidas à arbitragem.

Assim, apesar da pouca prática, existem hipóteses nas quais situações relacionadas com direito do trabalho são submetidas à arbitragem, sem qualquer nulidade. Destaque-se, nesse sentido, que talvez muito mais por uma questão cultural não defendemos tão intensamente a utilização da arbitragem no direito do trabalho²¹.

Analisaremos agora, ainda que brevemente, as hipóteses relacionadas com solução de litígios envolvendo direito público e contratos públicos. A matéria é um pouco controversa, pois nem todos admitem a utilização de arbitragem em tais hipóteses.

A fim de ilustrar a situação, vejamos o primeiro caso emblemático acerca do tema: o “Caso Lage”. Trata-se do primeiro caso relevante no qual foi regulada a possibilidade da administração pública se submeter à arbitragem, que tratava de uma expropriação de bens no Governo de Getúlio Vargas.

Na referida desapropriação, feita em 1942, a União incorporou bens e direitos da Organização Lage e do espólio de Henrique Lage, proprietários de empresas de navegação, estaleiros e portos. Em razão de impasses na negociação, o advogado da família Lage, Levi

²¹ Frise-se que nos Estados Unidos, onde a interferência do Estado nas relações trabalhistas nunca foi intensa, a arbitragem apresenta-se como modalidade mais utilizada para solução de dissídios trabalhistas.

Carneiro, sugeriu então ao Presidente da República a instauração de um procedimento arbitral para resolver o litígio, e isso de fato ocorreu²².

O Tribunal Arbitral decidiu pela necessidade de indenização à família Lage, ao que a União tentou, por meio de seu Procurador-Geral, a anulação do procedimento. Ao final, por meio de ação ordinária proposta pela família Lage, que foi levada até o Supremo Tribunal Federal²³, a União foi condenada ao pagamento da indenização fixada pela via arbitral.

Nesse contexto, é possível concluir que o Estado só poderá ser parte em procedimentos arbitrais naquelas hipóteses que pratica “atos de gestão”. Nessa situação, o Estado se iguala a um particular, já que atua com interesse público secundário.

O interesse público primário, por outro lado, seria aquela hipótese na qual há indisponibilidade absoluta de direitos e, portanto, a matéria não poderá ser submetida à arbitragem. Tratam-se das hipóteses nas quais o Estado age como ente público (e não como particular), e toma decisões de Estado, nas quais ninguém poderá exercer influência.

Apesar de pouca jurisprudência sobre a matéria no Brasil, existem alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que abordam a matéria, mas são mais limitados à energia elétrica e comércio atacadista de energia (REsp nº 612.439-RS e MS nº 011.308-DF).

Assim, possível é a relação entre arbitragem e poder público, desde que aquilo que se discuta se limite aos efeitos patrimoniais do ato administrativo (limitado ao contrato pactuado), e não o ato administrativo em si.

Por fim, analisaremos o tema da arbitrabilidade objetiva sob outro aspecto hoje muito discutido, que é a utilização da arbitragem no direito societário, especificamente sob a perspectiva das sociedades anônimas.

²² BOLFERR, Sabrina Ribas, *Clássicos da Arbitragem*, RBAr nº 14 - Abr-Jun/2007.

²³ Agravo de Instrumento nº 52.181, interposto contra decisão que não admitiu o processamento do Recurso Extraordinário proposto pela União, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 14 de novembro de 1973.

Hoje com a importância das sociedades anônimas para a economia, e a necessidade de solução rápida de conflitos, verificou-se que a arbitragem e a mediação vêm ganhando espaço nessa esfera.

Nesse sentido, destacamos o artigo 109, § 3º, da Lei nº 10.303/2001, que introduziu a arbitragem para resolução de disputas societárias:

“Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I - participar dos lucros sociais;

II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;

III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;

V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

§ 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral.

§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.”

Verificando o teor do referido parágrafo 3º, notamos que o principal problema sobre esse tema estaria relacionado com a vinculação subjetiva dos acionistas à cláusula compromissória, e se isso operaria eficácia legal, ou não.

Assim, a solução adotada é que se a cláusula arbitral for inserida no contrato, desde que por maioria de votos, e for afeta à relação entre sócios, não poderá ser utilizada. Isso

porque, nesse contexto ela diz respeito a interesses particulares e patrimônio individual, fugindo, assim, do conceito de direito patrimonial disponível previsto em lei.

Por outro lado, caso a questão em discussão se relacione com questões entre os sócios e a sociedade, aí sim, verifica-se válida e eficaz a cláusula arbitral, porquanto afeta a interesses mais abrangentes e superiores (coletividade).

Vejamos a lição de PEDRO BATISTA MARTINS²⁴, que entende que a maior parte das questões societárias podem ser resolvidas por meio de arbitragem:

“Discute-se, na doutrina, a sujeição ou não do acionista ausente na reunião de sócios e daquele que, presente à Assembléia geral, por si ou por representante, vota contra a modificação do estatuto e, por conseguinte, dissente da substituição da jurisdição estatal pela arbitral. Penso que a deliberação assemblear que aprova, por maioria, a inserção de cláusula compromissória estatutária é válida, eficaz e vincula a todos os sócios, presentes, ausentes ou dissidentes.”

Verificamos que o referido doutrinador entende que em relação à sujeição do acionista contrário ou ausente na reunião que delibera a modificação do estatuto e, por conseguinte a inclusão de cláusula compromissória, opera-se eficácia (portanto, vinculação) desde que a aprovação do estatuto venha por maioria de votos.

Em conclusão, existem diversas discussões na arbitragem, relacionadas principalmente aos aspectos objetivos, ou seja, acerca da matéria que será objeto de litígio pela via arbitral.

Assim, diante das possibilidades trazidas pela Lei de Arbitragem, e das inúmeras discussões em doutrina, cabe ao operador do direito, diante do caso concreto, verificar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos. Muitas vezes, diante de novas interpretações ou conceitos, o direito amolda-se aos aspectos formais da lei, trazendo aos casos práticos interpretações que melhor se coadunam com a atual da arbitragem no país.

²⁴ MARTINS, Pedro Antônio Batista, *A Arbitrabilidade Subjetiva e a Imperatividade dos Direitos Societários como Pretense Fator Impeditivo para a Adoção da Arbitragem nas Sociedades Anônimas* – site de Pedro A. Batista Martins.

5. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA E COMPROMISSO

Conforme acima narrado, a arbitragem é meio alternativo de solução de conflitos e possui como uma de suas características fundamentais a autonomia da vontade das partes. Em comparação com as disputas judiciais, regidas por regras (leis) pré-estabelecidas, a autonomia da vontade revela-se como interessante aspecto, já que nessa modalidade de resolução de conflitos, as partes podem estabelecer quais leis aplicáveis ao litígio, escolher os árbitros, entre diversas outras características.

Assim, tocante à convenção de arbitragem como gênero, analisaremos a seguir as suas duas espécies: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral, previstas no artigo 3º da Lei de Arbitragem²⁵.

Enquanto a primeira serve para disputas que ainda não surgiram em relação à determinada controvérsia, a segunda é criada justamente após o aparecimento da disputa entre as partes. Mas, tanto em relação ao tribunal arbitral, como em relação às partes, a vinculação à convenção de arbitragem (seja ela cláusula ou compromisso) é imediata e imutável, a partir do momento que se opte por tal meio de solução alternativa de conflito.

Nesse sentido, considerando-se que a escolha pela via arbitral afasta a jurisdição da justiça estatal, a parte poderá arguir preliminar em defesa, alegando a existência de cláusula arbitral no contrato em discussão, nos termos do artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil. O Magistrado, por seu turno, deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que nessa situação o magistrado não poderá analisar o mérito da questão, diante da renúncia expressa das partes pela jurisdição estatal. Os limites de atuação do juiz togado estão previstos na lei de arbitragem, de sorte que não lhe é conferido o poder de apreciar nenhuma questão de mérito de matéria que esteja inserida em convenção de arbitragem e, do mesmo modo, lhe é vedada apreciação da validade da cláusula arbitral antes de decisão final pelo árbitro.

²⁵ “Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

Nesse sentido destacamos o posicionamento de CARLOS ALBERTO CARMONA²⁶:

“Consequência da autonomia da cláusula compromissória é a possibilidade de o próprio árbitro decidir acerca de qualquer controvérsia que diga respeito à convenção de arbitragem. [...] Significa dizer que o dispositivo legal comentado trata de duas questões distintas, o caput disciplinando a autonomia da cláusula e o parágrafo estabelecendo o princípio da Kompetenz-Kompetenz (competência do árbitro para decidir sobre sua própria capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral).

A decisão que o árbitro tomar a respeito da questão que vier a ser submetida acerca da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem não será, de qualquer modo, inatacável, eis que poderá a parte eventualmente inconformada utilizar-se do expediente de que trata o art. 32 para impugnar a decisão final. Não existe qualquer preclusão que possa impedir eventual ataque do laudo sob a alegação de invalidade da convenção arbitral: tenham ou não as partes arguido a questão durante o procedimento arbitral, poderá o juiz togado, mediante provocação do interessado, anular o laudo por reconhecer, por exemplo, que a convenção arbitral era nula (o inciso I do art. 32, equivocadamente, reporta-se apenas ao compromisso), o que envolve a forma da convenção (menos rígida para a cláusula, mais rigorosa para o compromisso), a arbitrabilidade da controvérsia (art. 1º da Lei), extensão dos poderes do árbitro (pode dar-se no caso de cláusula arbitral limitada a certas questões contratuais, que não incluam aquela a respeito da qual o árbitro decidiu), entre tantas outras.”

²⁶ CARMONA, Carlos Alberto, “Arbitragem e processo”, São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 175-176.

Analisando mais detidamente a Cláusula Compromissória (Lei de Arbitragem, art. 4º), notamos que ela é aquela convenção de arbitragem que produz efeitos desde logo, caracterizando-se como negócio jurídico processual para litígios determináveis.

Ainda, de acordo com ao artigo 8º da Lei de Arbitragem, ela é autônoma em relação ao contrato que está inserida, e distingue-se do Compromisso Arbitral por ser genérica, já que o número de litígios a serem por ela resolvidos não é específico, enquanto no Compromisso Arbitral, a controvérsia já é existente e definida (específico).

De se destacar, nesse sentido, que a Cláusula Compromissória convive com a cláusula de eleição de foro sem qualquer espécie de nulidade. Inclusive, é desejável que exista a previsão de cláusula de eleição de foro dentro de um contrato que possua Cláusula Arbitral, haja vista a facilidade para solução de questões relacionadas (medidas cautelares, execução de sentença, etc.).

Importante de se destacar também no universo da Cláusula Compromissória, a diferenciação entre a cláusula cheia e a cláusula vazia.

A cláusula cheia é aquela que desde logo possui o detalhamento acerca da resolução do conflito por meio da arbitragem. Ao contrário da cláusula vazia, por meio da cláusula cheia já se sabe, desde logo, mínimos detalhes acerca da arbitragem que será instaurada (sede da arbitragem, número de árbitros, etc.).

Por outro lado, a cláusula vazia é aquela que não possui os referidos detalhamentos, já que apenas indica que será resolvida por meio da arbitragem eventual controvérsia que surgir no contexto de determinado contrato.

Passemos agora o conceito de Compromisso Arbitral (Lei de Arbitragem, artigo 9º), iniciando com uma distinção bem apresentada por LUIS OLAVO BAPTISTA²⁷:

“Para os que fazem a distinção entre compromisso arbitral e cláusula compromissória, esses são elaborados em momentos diferentes e são

²⁷ BAPTISTA, Luis Olavo, obra citada, p. 96.

desdobramentos de um mesmo instituto, a convenção de arbitragem. Ora, à sucessão e à autonomia de ambos, compromisso e cláusula compromissória, associam-se a funções diferentes. Seria ilógico, inútil, e até mesmo perigoso que, sendo sucessivos, cláusula compromissória e compromisso tivessem as mesmas funções.”

Assim, independentemente da Cláusula Compromissória, o Compromisso Arbitral é criado a partir da existência do conflito, e possui como objeto exclusivamente a solução daquele conflito.

Dáí que, de acordo com LUIS OLAVO BAPTISTA²⁸, o termo de vida dos dois institutos difere, pois a Cláusula Compromissória irá existir enquanto a relação entre as partes prevista no contrato perdurar (inclusive, porque ela é autônoma em relação ao contrato em que esta inserida).

Nesse sentido, tiramos mais um ponto para análise acerca dos institutos: tanto a Cláusula Compromissória, quanto o Compromisso Arbitral, deverão ser feitos por escrito, conforme expressa previsão legal (art. 4º, § 1º e art. 9º, § 2º, da Lei de Arbitragem).

Surge então outra situação interessante para considerarmos sob a perspectiva da cláusula e do compromisso arbitral. E se estivermos tratando de um caso no qual a parte não assinou a convenção de arbitragem, existiria a possibilidade de aceitação tácita?

A jurisprudência internacional diverge sobre o tema, pois, por exemplo, na Inglaterra se considera que acordo escrito seria tudo aquilo que pode ser comprovado documentalmente. Ou seja, mesmo que o acordo (ou parte dele) tenha sido verbal, mas posteriormente venha ser comprovado por correspondência eletrônica, por exemplo, é válido.

Já na França, se admite a aceitação tácita, por exemplo, de que uma mera participação em reunião na qual houve vinculação das partes à arbitragem, seria suficiente para comprovar o estabelecimento do vínculo.

²⁸ BAPTISTA, Luis Olavo, obra citada, p. 98.

O Brasil, por sua vez, vem discutindo o assunto e, na realidade, podemos afirmar que possuímos alguma jurisprudência sobre o tema. O Superior Tribunal de Justiça já deixou de homologar três sentenças estrangeiras decorrentes de convenções de arbitragem que não continham a assinatura de alguma das partes, enquanto o mesmo tribunal já admitiu a possibilidade de se discutir por arbitragem contratos que não possuam (por escrito) a cláusula arbitral, mas estejam relacionados com algum que possua, por conta da chamada “cláusula por referência” (SEC 856).

A cláusula por referência seria aquela que está inserida no contrato principal, mas não está inserida em contratos correlatos. Nesse sentido, a possibilidade de discussão de todos os contratos pela via arbitral, de uma só vez, seria vista como uma espécie de aceitação tácita da cláusula compromissória naqueles contratos que não a possuem, já que um contrato estaria intimamente vinculado ao outro.

Por fim, mas não menos importante, vale o destaque de que, entendido o conceito das duas modalidades de convenção de arbitragem acima destacadas, chegamos à conclusão de que o Compromisso Arbitral poderá ser celebrado sem qualquer previsão anterior, e a Cláusula Compromissória poderá anteceder a pactuação de um Compromisso Arbitral, na medida em que este poderá rever condições e previsões daquela.

Nesse sentido, destacamos o exemplo do caso ARAMCO, no qual determinada estipulação adotada pelas partes na cláusula arbitral foi modificada posteriormente quando da assinatura do Compromisso Arbitral. Nesse sentido, alterou-se o local da arbitragem, que antes era a Holanda, e após a alteração no Compromisso Arbitral, passou a ser Suíça²⁹.

Em conclusão, portanto, vemos que hoje as duas modalidades de convenção de arbitragem se relacionam entre si e não se confundem.

²⁹ 27, ILR 117 - Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (LUIS OLAVO BAPTISTA, obra citada, p. 105).

6. O ÁRBITRO

Passados os aspectos conceituais acerca da arbitragem sua abrangência e suas limitações, iniciaremos propriamente o estudo da figura do árbitro e de suas funções, para ao final abordamos o tema das tutelas específicas, primeiramente à luz do Código de Processo Civil vigente e, em seguida, a interpretação do tema inserida na arbitragem.

Antes de se ingressar em seus poderes, contudo, analisaremos conceitualmente a sua figura, além dos princípios da arbitragem que estão intimamente relacionados com a sua existência.

6.1. Deveres do árbitro

O árbitro, em conjunto com as partes e advogados, é figura essencial na arbitragem. Ainda mais do que as outras partes, o árbitro é a pedra angular na arbitragem, exercendo diversas funções e atividades essenciais ao desenvolvimento do procedimento arbitral.

De acordo com o caput do artigo 13 da Lei de Arbitragem, “*pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes*”.

Dispondo apenas sobre a questão da capacidade (aquela prevista pelo Código Civil) e da confiança, a Lei de Arbitragem não prevê, assim, a necessidade do árbitro ser especialista ou bacharel em direito, e tampouco a necessidade de ser cidadão brasileiro.

A outra característica prevista pela Lei de Arbitragem trata da confiança das partes em relação ao árbitro indicado. Por óbvio, tal definição não se confunde com qualquer proximidade da parte com o árbitro, tampouco acerca de eventual decisão favorável a parte que o indicou.

Nesse sentido, é expressão comum no meio arbitral que a arbitragem irá valer o quanto valem os árbitros que nela atuam³⁰. Podemos, assim, frisar a importância da figura do árbitro

³⁰ FERREIRA, Selma Maria Lemes, RBAr Nº 26 - Abr-Jun/2010, p. 23.

na arbitragem, e a importância de uma atuação fidedigna com aquilo que minimamente se espera de uma pessoa investida com tamanho poder.

Nesse contexto, dois princípios fundamentais que não se confundem (pois conceitualmente distintos) devem ser lembrados: a independência e a imparcialidade do árbitro. Enquanto a primeira característica pode ser objetivamente apurada, a segunda, na realidade, é vinculada a critérios subjetivos que, na prática, são de difícil aferição, já que externam um verdadeiro estado de espírito (uma regra de conduta).

Vejamos os ensinamentos de SELMA LEMES FERREIRA³¹ sobre os referidos princípios:

“Os princípios da independência e da imparcialidade do árbitro são de ordem pública, posto que governam o ato de julgar, seja para o juiz como para o árbitro, tanto nas arbitragens de direito como por equidade.”

Nesse sentido, considerando-se a maior dificuldade para verificação da imparcialidade do árbitro, uma vez que intrinsecamente relacionada a aspectos subjetivos, são utilizadas as regras do previstas no Código de Processo Civil sobre o tema. Inclusive, não apenas as hipóteses que abordam a imparcialidade, mas também aquelas que revelam impedimentos poderão ser utilizadas dentro da arbitragem (artigos 134 e 135, do Código de Processo Civil, que não são taxativos).

E vale o destaque: o árbitro deverá se manter imparcial e independente ao longo de todo o procedimento arbitral.

Nesse sentido é o princípio geral nº 1 previsto no *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*³²:

³¹ FERREIRA, Selma Maria Lemes, RBAr Nº 26 - Abr-Jun/2010, p. 24.

³² “(1) General Principle
Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so during the entire arbitration proceeding until the final award has been rendered or the proceeding has otherwise finally terminated”.

“(1) Princípio geral.

Todo árbitro deve ser imparcial e independente em relação às partes ao aceitar sua nomeação, e assim permanecer durante todo o processo arbitral até que prolatada a sentença final ou de outra forma extinto o processo em caráter definitivo.”

(tradução em português fornecida no website da *International Bar Association*³³)

Assim, nos termos do artigo 15 da Lei de Arbitragem, tão logo verificada alguma hipótese que justifique a arguição de impedimento ou suspeição, a parte interessada deverá, justificadamente, fazê-lo, apresentando a manifestação diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral:

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

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

Do mesmo modo o árbitro também possui esse ônus. Estamos falando do tão abordado dever de revelação do árbitro, que é muito trabalhado pela doutrina e jurisprudência, já que esse é um dos principais argumentos para se tentar anular uma sentença arbitral.

Destaque-se que o dever de revelação possui, nesse contexto, verdadeiro objetivo social em proporcionar o devido processo legal (Constituição Federal, artigo 5º, incisos LIV e LV) no curso da arbitragem. Trata-se de garantir às partes que a ampla defesa e o contraditório não serão abalados, pois será proferida uma sentença arbitral por um árbitro que terá independência para julgar com imparcialidade.

³³ www.ibanet.org.

O dever de revelação dos árbitros é previsto na Lei de Arbitragem (artigo 14, § 1º):

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

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

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

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.”

Trata-se, por assim dizer, do dever intrínseco ao árbitro de revelar todo e qualquer fato que sob a ótica da parte, possa gerar dúvida justificada sobre a sua independência ou imparcialidade que, conforme acima destacados, são princípios básicos da atuação jurisdicional.

De acordo com CARLOS ALBERTO CARMONA³⁴:

“O dever de revelação é considerado contínuo durante todo o procedimento arbitral: se houver fatos novos surgidos e que o árbitro

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto, obra citada, p. 254.

julgue dignos de nota, deve comunicar às partes, até porque pode dar-se o caso de descobrir o árbitro, depois de iniciados os procedimentos, que estaria ligado indiretamente a uma das partes (suponha-se que descubra ter havido relacionamento comercial importante de empresa que tenha dirigido com uma das partes, ou que tenha prestado serviços a uma empresa que descubra estar ligada por laços societários a uma das partes contendentes).”

Nesse contexto, algumas questões interessantes aparecem. Seria um fato público e notório necessário de ser revelado? O dever se estenderia a um advogado ou escritório?

A fim de acalmar algumas dúvidas, o IBA (*International Bar Association*) criou diretrizes (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*³⁵) relacionadas ao dever de revelação partindo de algumas premissas que se estendem aos escritórios de advocacia. Assim, existindo alguma dúvida, a orientação é a de que o árbitro deva revelar, e que a impugnação da parte deva ser expressa.

Nesse contexto, a fim de dar um pouco mais de praticidade às diretrizes criadas, o IBA estabeleceu no guia exemplos e orientações específicas, analisadas de acordo com a jurisprudência de diversos países, de acordo com cores.

Assim, A Lista Vermelha (*Red List*), dividida em duas partes (“Lista Vermelha irrenunciável” e “Lista Vermelha renunciável”), contém uma enumeração não-taxativa de situações específicas que, à luz dos fatos pertinentes a uma determinada controvérsia, poderiam suscitar dúvidas justificáveis a respeito da imparcialidade e independência do árbitro. Como exemplo de evento irrenunciável, citamos: “*O árbitro possui interesse financeiro significativo em uma das partes ou no resultado da arbitragem*”.

³⁵ Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional (versão em português encontrada no site IBA): “As Diretrizes refletem o entendimento do Grupo de Trabalho quanto Às melhores práticas internacionais atualmente adotadas, as quais serviram para nortear os preceitos consignados nos Princípios Gerais. Ao elaborar os Princípios Gerais e as Listas de Aplicações, o Grupo de Trabalho baseou-se na convicção e na experiência individual de seus integrantes, assim como nas leis e jurisprudências emanadas das jurisdições em que atuam os próprios membros do Grupo de Trabalho e outras partes envolvidas em arbitragem comercial internacional.”

A Lista Laranja constitui uma enumeração não-taxativa de situações específicas que (à luz dos fatos pertinentes a uma determinada controvérsia) possam, aos olhos das partes, suscitar dúvidas justificáveis quanto à imparcialidade ou independência do árbitro. Como exemplo, citamos: “*O árbitro atuou, nos três anos anteriores, como consultor jurídico contra uma das partes ou coligada de uma das partes, em assunto não relacionado.*”.

A Lista Verde, por fim, contém uma enumeração não-taxativa de situações específicas em que inexistente conflito de interesses aparente ou efetivo, sob uma ótica objetiva relevante. Como exemplo, podemos citar: “O árbitro detém um volume insignificante de participações societárias em uma das partes ou em coligada de uma das partes, se empresas de capital aberto.”

Trata-se, portanto, de interessante guia que deve servir de base para estudos aprofundados sobre o tema da revelação do árbitro e suas consequências.

Principalmente nos dias atuais, onde a globalização faz com que as relações comerciais e profissionais entre as pessoas seja muito relacionada, principalmente entre grandes sociedades de advogados e grandes grupos econômicos, verifica-se a real importância do dever de revelação do árbitro.

Verificado o dever de revelação do árbitro, podemos ainda destacar outra característica importante, notada principalmente a partir do crescimento da arbitragem no Brasil: a disponibilidade. O árbitro tem que se dedicar ao máximo ao caso concreto que atua, sob pena de serem verificados prejuízos para as partes por conta de má administração de tempo ou mesmo financeira.

6.2. Poderes do árbitro

Passada a análise dos deveres do árbitro, faz-se necessário o estudo de outro tema intimamente relacionado: os poderes de um árbitro.

Antes do advento da Lei de Arbitragem no Brasil o Código de Processo Civil de 1973 trouxe ao ordenamento pátrio um critério de limitação da responsabilidade dos árbitros, assimilando-a aquela do juiz togado, conforme redação inserida no revogado capítulo dedicado ao juízo arbitral: “Art. 1.033 – Aplicam-se aos árbitros, no que couber, as normas estabelecidas neste código acerca dos deveres e responsabilidades dos juízes.”³⁶

Não é incomum a percepção de que o árbitro se assemelharia em função ao juiz togado, na medida em que também conduz um processo, determina atos e, ao final, julga, proferindo uma decisão que vincula diretamente as partes envolvidas.

Assim, o árbitro possui, assim como o juiz togado, o poder cognitivo sobre toda e qualquer questão relacionada à matéria que lhe foi submetida. Daí que a sua capacidade cognitiva afasta por completo qualquer possibilidade de apreciação do mérito da questão pelo Magistrado, visto em capítulo anterior.

Vejamos nesse sentido acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça³⁷:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL
PREMATURO. REABERTURA DE PRAZO RECURSAL.
RATIFICAÇÃO. PARTE SEM PODERES PARA A PRÁTICA
DESSE ATO PROCESSUAL. ADITAMENTO DE RECURSO
ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.

DIREITO CIVIL. ARBITRAGEM. PRETENSÃO DE
INVALIDAÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL.
INADMISSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO PREMATURA DO
TEMA.

1.- Nos termos da Súmula 418/STJ: É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

³⁶ JUNIOR, Luiz Perissè Duarte e GUIMARÃES, Virginia Santos Pereira, *Limites da Responsabilidade civil do árbitro por erro in judicando – um paralelo necessário*; Revista do Advogado nº119, Abril de 2013, p. 112.

³⁷ Recurso Especial nº 1355831/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/04/2013.

- 2.- Inadmissível a uma das partes a ratificação das razões de recurso especial apresentadas por outra.
- 3.- Não se admite, em sede de recurso especial, a alegação de ofensa a dispositivo da Constituição Federal.
- 4.- Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual, se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que inadmissível a prematura judicialização estatal da questão.
- 5.- Recurso especiais improvidos.

Neste sentido, PEDRO ANTÔNIO BATISTA MARTINS³⁸:

“A arguição de nulidade, invalidade e ineficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória deverá ser posta, preliminarmente, ao crivo do árbitro. Somente após a sua manifestação é que o caso poderá ser levado à apreciação do Judiciário. O árbitro é o primeiro juiz de sua jurisdição. É dele o benefício da dúvida. É do árbitro a competência para apreciar sua própria competência.”

No mesmo sentido é a lição de LUIZ ANTONIO SCAVONE JUNIOR³⁹:

“O significado do dispositivo, portanto, indica que qualquer alegação de nulidade do contrato ou da cláusula arbitral, diante de sua existência e seguindo o espírito da lei, deve ser dirimida pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário.

³⁸ MARTINS, Pedro Antônio Batista, *As três fases da arbitragem*, Revista do Advogado nº 87. Setembro de 2006.

³⁹ JÚNIOR, Luiz Antonio Scavone, *Manual de Arbitragem*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo: 2010, p. 87.

A lei pretendeu, neste sentido, "fechar uma brecha" que permitiria às partes, sempre que alegassem a nulidade da cláusula arbitral ou do contrato, ignorar o pacto de arbitragem e acessar o Poder Judiciário para dirimir o conflito.

Em resumo, ainda que o conflito verse sobre a nulidade do próprio contrato ou da cláusula arbitral, a controvérsia deverá ser decidida inicialmente pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário, ainda que as partes tenham resiliado bilateralmente o contrato e a controvérsia verse sobre o distrato.

Este foi o espírito da lei (*mens legis*).”

Assim, é expressamente vedado ao juiz togado a análise de qualquer questão de mérito que envolva matéria adstrita à contemplação por arbitragem. O poder cognitivo, nesse sentido, é conferido exclusivamente ao árbitro.

Na condução do procedimento arbitral, decerto que o árbitro não apenas pode, como deve, praticar todos aqueles atos necessários à correta condução, sempre atento aos princípios do contraditório e devido legal, evitando-se a produção de atos que eventualmente poderão ser arguidos como nulidade posteriormente.

Mas, para a prática de tais atos, imperiosa se faz a vinculação do árbitro aos exatos limites da lide que lhe foi imposta. Ou seja, deve limitar-se ao contrato estabelecido com as partes, ao Termo Arbitral, enfim, ao mecanismo restrito que lhe confere a jurisdição sobre aquele determinando litígio.

Nesse sentido ensina LUIS OLAVO BAPTISTA⁴⁰:

“Como vimos, é a extensão da sua jurisdição, estabelecida pela lei (ou pela vontade das partes) que limita o poder do árbitro na concessão de medidas provisórias. A jurisdição do árbitro tem as limitações decorrentes da própria natureza da arbitragem; nascida de contrato, a jurisdição arbitral não vai além dos limites deste. Tais limites quanto às pessoas abrangidas são as

⁴⁰ BAPTISTA, Luis Olavo, obra citada, p.225.

parte, quanto aos direitos e fatos, são aquelas que constituem o objeto da arbitragem”.

Os árbitros, assim, possuem certos poderes que, aparentemente, podem estar limitados por conta da expressa redação da Lei de Arbitragem. Em relação à tutela específica, o tema será tratado em capítulo oportuno.

Importa, nesse momento, abordar brevemente as demais espécies de poderes do árbitro.

Em relação aos poderes instrutórios, evidentemente que o árbitro também é o destinatário das provas, assim como o juiz togado. O árbitro assume a função jurisdicional com o ônus de buscar a verdade, valendo-se de todos os mecanismos que possua para isso.

Nesse sentido, equiparar os poderes instrutórios do árbitro com o do juiz togado traz conclusões relevantes, no sentido de que, assim como faria o juiz, o árbitro poderá requisitar documentos públicos ou informações a órgãos estatais; determinar exames e vistorias; oitivas de testemunhas não arroladas pelas partes, entre outras atividades⁴¹.

Ademais, ainda que as regras sobre as provas não estejam tão detalhadas na Lei de Arbitragem (como são no Código de Processo Civil), alguns princípios e regras, como, por exemplo, o tratamento isonômico e o contraditório, deverão reger a condução das provas pelos árbitros no procedimento arbitral.

Por outro lado, enquanto no Código de Processo Civil prevalece o princípio inquisitório das provas, na arbitragem, o árbitro possui mais liberdade e autonomia em relação ao mesmo tema.

Destaque-se, nesse sentido, que não existe uma ordem de provas a serem produzidas no procedimento arbitral, já que elas serão realizadas de acordo com as solicitações dos árbitros e se entendem, ou não, pertinente ou conveniente. Há alguns autores que defendem,

⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto, obra citada, p. 313.

inclusive, que o árbitro poderá rejeitar determinada prova solicitada por uma das partes caso entenda que ela não será importante, ou relevante, para o deslinde da controvérsia.

Em relação às medidas cautelares ou antecipatórias na arbitragem, devemos destacar que o árbitro, assim como o juiz, também possui poder de cautela para a prática de atos, já que medidas de urgência poderão ser apreciadas pelo tribunal arbitral. A parte que desejar a aplicação de uma medida cautelar solicitará ao árbitro que, considerando presentes os requisitos para tal (*fumus bonus iuris e periculum in mora*), concederá, ou não, a medida.

É como entende o doutrinador CARLOS ALBERTO CARMONA, “*se a parte em face de quem for decretada a medida conformar-se com a decisão, a ela submetendo-se, não haverá qualquer intervenção do Poder Judiciário; se, ao contrário, caracterizar-se resistência, o árbitro solicitará o concurso do juiz togado, não para que este delibere se é caso ou não de conceder-se a medida pleiteada, mas apenas e tão somente para concretizá-la*”⁴².

Mas, não são todos os doutrinadores que entendem que o árbitro possui competência para a concessão de medidas de urgência. Humberto Theodoro Junior entende: “*da mesma forma, as medidas liminares coercitivas, sejam cautelares ou de antecipação de tutela, não cabem aos árbitros, mas aos juízes regulares do Poder Judiciário (art. 22, § 4º)*”⁴³.

Assim, para o referido processualista, os árbitros devem solicitar ao juiz togado tanto a concessão, como também a execução, se necessário, da medida.

Entendemos que, de certa forma, tal entendimento é superado, pois já verificamos que o árbitro (assim como o juiz togado) também possui função jurisdicional e, dentro dos limites que possui para resolução da controvérsia que lhe foi imposta, ou seja, naquilo que não é vedado pela legislação, poderá atuar. Portanto, para a concessão de medidas de urgência ou antecipatória, deve a parte solicitar ao árbitro a sua concessão e, apenas em caso de impossibilidade de execução da medida, deve o árbitro socorrer-se do poder judiciário.

⁴² CARMONA, Carlos Alberto, obra citada, p. 323.

⁴³ JUNIOR, Humberto Theodoro, A arbitragem como meio de solução de controvérsias, RF: 353/107-116, Ed. Forense Rio de Janeiro: 2001.

O árbitro pode, por assim dizer, determinar a aplicação de uma medida cautelar ou antecipatória e, apenas para a sua execução forçada (em caso de descumprimento, ou mesmo para fins coercitivos), solicitar ao juiz togado a sua execução com caráter impositivo, nos termos do artigo 22, § 4º da Lei de Arbitragem⁴⁴.

Nesse sentido é a lição de CANDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁵:

“A convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII), não é impeditiva da execução forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada.”

Há, inclusive, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que ao árbitro não é conferido o poder de coerção, cabendo tal atividade ao juiz togado.

Vejamos⁴⁶:

“PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DE TÍTULO QUE CONTÉM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE AFASTADA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DEVIDA.

Deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não se exige que todas as controvérsias

⁴⁴ “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.
(...)”

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

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. IV, Editora Malheiros, São Paulo: 2004, p. 83.

⁴⁶ RESP 944.917-SP e REsp 1297974-RJ.

oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo.

Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens. - São devidos honorários tanto na procedência quanto na improcedência da exceção de pré-executividade, desde que nesta última hipótese tenha se formado contraditório sobre a questão levantada. Recurso Especial improvido.”

*

*

*

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.

2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

5. Recurso especial provido.”

Nesse sentido destacamos trecho do voto da MIN. NANCY ANDRIGHI, no acórdão acima destacado:

“Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens. Essa é a interpretação que se extrai dos arts. 22, §4o, e 31, Lei 9.307/96, bem como do art. 475N, IV, CPC (correspondente ao antigo art. 584, VI, CPC), que exigem procedimento judicial para a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral e para a efetivação de outras medidas semelhantes”.

Portanto, verificamos que aos árbitros não são conferidos os mesmos poderes coercitivos do que aqueles conferidos aos juízes togados. Há evidente limitação que remonta à realidade da jurisdição de caráter estatal que é conferida aos últimos, enquanto aos árbitros, a própria Lei de Arbitragem limita a atuação.

A conclusão não poderia ser diferente, já que o árbitro não possui o poder de polícia investido pelo Estado ao juiz togado. Analisaremos a seguir uma específica modalidade de poder, que se refere à tutela específica, primeiramente à luz do Código de Processo Civil, e na sequência, a sua aplicação na arbitragem.

7. TUTELA ESPECÍFICA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Verificadas questões relacionadas com a arbitragem e, especificamente, os poderes e deveres dos árbitros, cabe, nesse momento, uma análise acerca do instituto da tutela específica à luz do Código de Processo Civil, para posteriormente analisarmos a relação entre as conclusões que aqui serão tratadas, com a aplicação das tutelas de urgência na arbitragem.

O Código de Processo Civil prevê em seu artigo 461 (*caput* e parágrafos) verdadeiro procedimento para a concessão das tutelas específicas. Vejamos:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

O artigo 461-A complementa em relação à obrigação para entrega de coisa:

“Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.”

Primeiramente resta oportuno destacar que o referido dispositivo do Código de Processo Civil foi introduzido no diploma processual por meio da lei 8.952/1994. A referida legislação, por seu turno, ao estabelecer a redação do artigo, sofreu forte influência do artigo

84 do Código de Defesa do Consumidor que, desde 1990, já possuía previsão da tutela específica⁴⁷.

Assim, verificada uma obrigação específica de fazer, não fazer ou entregar, resta a sua realização pela contraparte no processo civil. Ao juiz, caberá a adoção de medidas complementares, a fim de compelir a satisfação da obrigação tal como contratada.

Conceitualmente, a tutela específica caracteriza-se pela pretensão jurisdicional de um credor de uma obrigação, por meio da qual se busca a maior identidade possível entre o resultado da tutela jurisdicional pretendida e a realização da obrigação, caso não houvesse a ameaça ou lesão⁴⁸.

É o que preleciona CASSIO SCARPINELLA BUENO⁴⁹:

“(...) Por tutela específica, sem prejuízo das considerações apresentadas pelo nº 8.1 do Capítulo 1, da Parte III do vol. 1, deve ser entendida a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação caso não houvesse ocorrido lesão ou, quando menos, ameaça de direito no plano material. Embora jurisdicionalmente o que o autor pretende obter é mesmo resultado que decorreria do cumprimento espontâneo da obrigação no plano de direito material”.

⁴⁷ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. 3, Ed. Saraiva, 2009, p. 415.

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella, obra citada, Vol. 3, p. 415.

Assim, o artigo 461 do CPC determina que, em primeiro lugar, o juiz conceda a tutela específica da obrigação e, apenas em caso de impossibilidade de cumprimento, assegure o resultado prático equivalente.

Oportuno se destacar, inclusive, que o chamado “resultado prático equivalente” deverá ser aplicado de forma residual, pois é caracterizado como uma tutela inespecífica.

Neste sentido preleciona Cassio Scarpinella Bueno⁵⁰: *“É correto, desta perspectiva de análise, o entendimento de que a diferença entre a tutela específica e o resultado prático equivalente ao do adimplemento repousa nas técnicas a serem empregadas jurisdicionalmente – na atividade jurisdicional executiva a ser desempenhada, portanto – para a obtenção do cumprimento da obrigação (pedido imediato), isto é, para perseguição do bem da vida pretendido pelo autor (pedido mediato).”*

Considerando-se que o Magistrado buscou o cumprimento da obrigação e, diante da impossibilidade de cumprimento, buscou o seu resultado prático equivalente, mas, ainda assim, o Autor não obteve a tutela jurisdicional pretendida, é permitido ao juiz a conversão da obrigação no seu equivalente em perdas e danos, conforme autoriza o acima transcrito § 1º, do artigo 461, do CPC.

Neste sentido, é o seguinte acórdão do STJ⁵¹:

“RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE REVISTAS - OBRIGAÇÃO DE FAZER - COMPROVAÇÃO, PELA EDITORA-RÉ, DA INVIABILIDADE ECONÔMICA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, EM RAZÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA - ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE,

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella, obra citada, p. 416.

⁵¹ REsp 1055822/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 26/10/2011.

NA PRESENTE VIA RECURSAL - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE TUTELA ESPECÍFICA E DA OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE - CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS - POSSIBILIDADE, INCLUSIVE DE OFÍCIO - APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE - POSSIBILIDADE, IN CASU - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

II - Independentemente de a impossibilidade ser jurídica ou econômica, o cumprimento específico da obrigação pela recorrida, no caso concreto, demandaria uma onerosidade excessiva e desproporcional, razão pela qual não se pode impor o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção por esta modalidade ressarcimento;

III - É lícito ao julgador valer-se das disposições da segunda parte do § 1º do art. 461 do Código de Processo Civil para determinar, inclusive de ofício, a conversão da obrigação de dar, fazer ou não-fazer, em obrigação pecuniária (o que inclui o pagamento de indenização por perdas e danos) na parte em que aquela não possa ser executada (...)"

Verifica-se, nesse sentido, a conversão da obrigação de fazer, em obrigação pecuniária, porquanto aquela se tornou impossível de ser realizada. A bem da verdade, a referida obrigação, caso cumprida, acarretaria uma onerosidade excessiva ao obrigado, pois os custos seriam imensamente desproporcionais ao resultado prático visado, tornando economicamente impossível a prestação.

O Magistrado deve tentar, ao máximo, com que a obrigação seja cumprida tal como estipulada anteriormente. Ao Judiciário, caberá impor obstáculos que a não consecução da medida acarretará, de modo que ao devedor se torne mais vantajoso o cumprimento da obrigação do que o não cumprimento, com as sanções que tal situação acarretará.

É o que também preleciona CANDIDO RANGEL DINAMARCO⁵²:

“A irreversibilidade da situação a ser criada pela imperativa imposição das medidas de apoio não deve sentir de freio à sua concessão: removam-se pessoas ou bens, façam-se buscas e apreensões, imita-se o dono na posse, requisite-se força policial etc., porque; esses são meios hábeis e legítimos para fazer prevalecer o preceito que o obrigado descumpriu”

Ainda, o parágrafo 5º do artigo 461 acima citado prevê, de modo exemplificativo, as chamadas medidas de apoio que o Magistrado poderá utilizar a fim de obter a tutela específica ou do resultado prático equivalente.

Assim, as medidas de apoio são verdadeiras técnicas executivas apresentadas ao juiz para a obtenção da tutela específica (ou perseguição do resultado prático equivalente). Vejamos algumas delas detalhadamente.

A multa (também denominada astreintes) é uma das principais medidas de apoio utilizadas pelos magistrados, sendo disciplinada pelos parágrafos 5º e 6º do artigo 461.

De se destacar, inicialmente, que a multa não possui caráter punitivo (compensatório, indenizatório ou sancionatório), mas, ao contrário, possui caráter eminentemente intimidatório a fim de que aquele que seja compelido execute ou deixe de executar a obrigação. Assim, a multa é coercitiva na medida em que será mecanismo de influência nas atitudes daquele que é obrigado.

Importante de se mencionar, inclusive, que a referida multa difere daquela prevista no artigo 14, do Código de Processo Civil, pois esta possui um caráter sancionatório. Neste sentido, defende-se que é possível a cominação dos dois tipos de multa, pois possuem natureza diversa.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma da reforma*, Editora Malheiros, São Paulo: 2002, p. 245.

Disso se conclui, ainda, que o valor da multa deverá ser bem observado pelo Magistrado. Isto é, deverá ser alto o suficiente que intimide o executado e não de valor tão irrisório a ponto de não estimular o cumprimento.

Por fim, em relação à multa, vale um destaque interessante a um ponto que ainda se discute doutrinariamente. Quem seria o beneficiário da multa: o exequente (credor) ou o Estado?

Após intensos debates na doutrina, muitos doutrinadores, a exemplo do processualista CASSIO SCARPINELLA BUENO, curvou-se à opinião de que o destinatário da multa é o autor da demanda⁵³.

Vejam também as considerações sobre o tema abordadas pelo processualista VICENTE GRECCO FILHO⁵⁴:

"A multa é instituída em favor do credor e sem prejuízo das perdas e danos causadas pela conduta lesiva do devedor. Todavia não pode ser infinita. O juiz, verificando que a multa não alcançou seu efeito compulsivo deve determinar sua cessação, convertendo a obrigação pessoal em perdas e danos, que serão liquidadas na própria execução"

No mesmo sentido, destaque-se julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁵:

“PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA CERTA. MEDICAMENTOS. ASTREINTES. FAZENDA PÚBLICA. MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA. CABIMENTO. NATUREZA. PROVEITO EM FAVOR DO CREDOR. VALOR DA MULTA PODE ULTRAPASSAR O VALOR DA PRESTAÇÃO. NÃO PODE

⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella, obra citada, p. 424.

⁵⁴ FILHO, Vicente Greco, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 18ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo: 2006, p.74.

⁵⁵ Recurso Especial nº 770.753/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2007.

INVIABILIZAR A PRESTAÇÃO PRINCIPAL. NÃO HÁ LIMITAÇÃO DE PERCENTUAL FIXADO PELO LEGISLADOR.

1. A obrigação de fazer permite ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, ainda que seja a Fazenda Pública, consoante entendimento consolidado neste Tribunal. Precedentes: AgRg no REsp 796255/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeiro Turma, 13.11.2006; REsp 831784/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 16.10.2006; REsp 851760 / RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, 11.09.2006.

2. A multa processual prevista no caput do artigo 14 do CPC difere da multa cominatória prevista no Art. 461, § 4º e 5º, vez que a primeira tem natureza punitiva, enquanto a segunda tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial.

3. Os valores da multa cominatória não revertem para a Fazenda Pública, mas para o credor, que faz jus independente do recebimento das perdas e danos.

Consequentemente, não se configura o instituto civil da confusão previsto no art. 381 do Código Civil, vez que não se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor.

4. O legislador não estipulou percentuais ou patamares que vinculasse o juiz na fixação da multa diária cominatória. Ao revés, o § 6º, do art. 461, autoriza o julgador a elevar ou diminuir o valor da multa diária, em razão da peculiaridade do caso concreto, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva, sempre com o objetivo de compelir o devedor a realizar a prestação devida.

5. O valor da multa cominatória pode ultrapassar o valor da obrigação a ser prestada, porque a sua natureza não é compensatória, porquanto visa persuadir o devedor a realizar a prestação devida.

6. Advirta-se, que a coerção exercida pela multa é tanto maior se não houver compromisso quantitativo com a obrigação principal,

obtemperando-se os rigores com a percepção lógica de que o meio executivo deve conduzir ao cumprimento da obrigação e não inviabilizar pela bancarrota patrimonial do devedor”.

Outros autores, entre os quais se destaca LUIZ GUILHERME MARINONI, defendem que o destinatário da multa é o Estado, pois o intuito maior da multa é fazer com que a determinação judicial (proferida pelo Estado-juiz) seja cumprida, e não o benefício econômico do Autor.

Vejamos a seguir a posição do mencionado processualista LUIZ GUILHERME MARINONI⁵⁶:

“O art. 461 afirma em seu § 2º que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa. Além disso, este artigo não contém qualquer disposição direcionada a autorizar o Estado a cobrar o valor da multa, o que impõe a conclusão de que a multa é devida ao autor e não ao Estado.

Parece-nos, entretanto, que não deveria ser assim. A multa, ainda que mediamente tenha por fim tutelar o direito do autor, visa, precipuamente, a garantir a efetividade das decisões do juiz. Sem a multa não seria possível ao Estado exercer plenamente a atividade jurisdicional, até porque a sentença mandamental se constituiria em mera recomendação, a refletir a falta de capacidade do Estado para tutelar efetivamente os direitos. É ela, portanto, instrumento indispensável para o Estado exercer seu poder. Prova disso está no fato de o Código de Processo Civil admitir ao juiz impor a multa de ofício na tutela antecipatória, na sentença, e ainda na fase executiva (art. 461, §§ 4º e 6º). No direito francês, aliás, onde se admite que o juiz imponha a astreinte de ofício, argumentam Pierre Hébraud e Pierre Raynaud que é ilógico enriquecer o patrimônio de um particular em detrimento de sua vontade, em razão de um fim que lhe é estranho e exprime um interesse público.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª Edição, São Paulo: 2003, p. 218.

Além disso, a cumulação das perdas e danos com a multa não espelha o direito do autor. O autor, no caso de direito patrimonial, deve ser indenizado por perdas e danos; por outro lado, no caso de direito não patrimonial, não é o valor da multa que será capaz de remediar alguma coisa, já que, se a indenização é insuficiente para a tutela desses direitos, não será o valor da multa que compensará adequadamente o autor pela lesão sofrida.

A multa, mesmo quanto postulada pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não parece racional a ideia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional.”

Analisadas as duas posições, ao contrário do primeiro posicionamento citado, entendemos que o destinatário da multa é o Estado, e não o Autor. Prestigiar o contrário seria privilegiar um verdadeiro desvirtuamento do instituto da multa cominatória, que visa dar efetividade do provimento jurisdicional e não à compensação de prejuízo.

Por fim, podemos destacar que a multa cominatória, tal como analisada neste trabalho, pode ser aplicada para cumprimento mensal, diário, ou mesmo por segundos. O critério utilizado pelo Magistrado deve ser o mais fiel possível às características da obrigação e ao caso concreto que julga.

Assim, concluímos que o artigo 461, do Código de Processo Civil, aqui brevemente analisado, confere ao Magistrado um poder elevadíssimo, ora concedendo medidas coercitivas que julga aplicáveis, ora aumentando ou reduzindo o valor de eventual multa aplicada.

O juiz é um verdadeiro protagonista da tutela jurisdicional e deve sempre atuar como uma peça dinâmica no processo, atuando com sua plenitude na busca da solução justa para o

litígio que lhe foi imposto, satisfazendo o exequente, sem que isso signifique a dilapidação completa do executado⁵⁷.

Nesse sentido, diante da questão que se coloca entre os interesses do exequente e do executado, é que se colocam o princípio da razoabilidade e os meios mais eficazes para a efetivação da tutela jurisdicional executiva.

Por esta razão é que a aplicação da tutela específica e de seus desdobramentos, ainda que não uniformizados na doutrina e jurisprudência, deve ser aplicada de forma equitativa e fidedigna à luz do caso concreto e, quando possível, visando a obtenção, desde logo, do objeto tal qual pretendido pelo Autor no momento em que rompeu a inércia da jurisdição e pleiteou a tutela jurisdicional ao Estado-juiz.

Assim, verificadas as diversas discussões sobre o tema da tutela específica na arbitragem, passaremos, a seguir, a abordar o tema sob a perspectiva da arbitragem.

⁵⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *O devido processo legal e a execução civil*, In *Execução Civil, Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior – Coordenação de Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007, p. 115.

8. TUTELA ESPECÍFICA NA ARBITRAGEM

Verificadas questões atinentes ao procedimento arbitral, e especialmente os poderes e deveres dos árbitros, analisamos na sequência as tutelas específicas no Código de Processo Civil. Cabe, nesse momento, verificar em que medida as tutelas específicas são adotadas na arbitragem, e os desdobramentos práticos que implicam na sua aplicação.

Conforme acima constatado, o poder dos árbitros não é totalmente irrestrito como o dos juízes togados.

O limite de atuação de um árbitro está, primeiramente, limitado ao contrato que instituiu a arbitragem e, em segundo momento, limitado às condições estabelecidas pelas partes para a sua atuação.

Nesse sentido, conclui-se de suma importância a previsão das regras que serão aplicáveis na arbitragem.

Tal momento, como já visto, é aquele que antecede a assinatura do termo arbitral e, conforme algumas previsões de regulamentos, trata-se da denominada “Audiência Preliminar” (Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por exemplo). E a importância desse momento está, justamente, na definição de alguns limites que serão impostos aos árbitros e, ainda, a autorização para utilização de determinadas regras ou medidas.

De todo modo, constatada a importância das previsões acerca das regras do jogo, nos vemos diante de um procedimento muito mais flexível e dinâmico, no qual as partes podem livremente acordar sobre diversas regras procedimentais, e os árbitros, dentro dos limites legais que lhes são conferidos, poderá atuar de modo muito mais dinâmico do que um juiz togado.

Nesse aspecto, podemos colocar que a utilização de regras processuais dentro da arbitragem pode beneficiar, ou não, o deslinde do procedimento.

É preciso ter muita cautela com as regras (aplicáveis, em princípio, exclusivamente ao modelo processual civil) a serem utilizadas, sob pena de desvirtuação das principais características do instituto.

Nesse sentido, são as palavras de CARLOS ALBERTO CARMONA⁵⁸:

“(…) a processualização da arbitragem, o engessamento do procedimento arbitral e o formalismo exagerado são males que precisam ser evitados. Isto não quer dizer que o processo arbitral seja descontrolado ou arbitrário (e o art. 21, parágr. 2º da Lei de Arbitragem mostra que existem princípios que não podem ser desrespeitados). Mas é preciso entender que o árbitro, tendo obrigação de fornecer às partes um excelente trabalho, no que diz respeito à solução do litígio que lhe for submetido para decisão, deve ter necessariamente a possibilidade de flexibilizar até mesmo as normas regulamentares escolhidas pelas partes, de tal sorte que o processo e seus cânones não destruam as grandes vantagens clássicas da arbitragem, entre elas a celeridade!”

Na mesma linha, verificamos posicionamento da professora MARISTELA BASSO⁵⁹:

“(…) O maior problema está na mentalidade formalista e estatizante impregnada na sociedade e, em especial, nos advogados, que endurecem e enferrujam a noção de ordem pública elevando-a a tal extremo que acabam por afastar toda e qualquer iniciativa de autocomposição voluntária. Daí porque, o reconhecimento da arbitragem como excelente método de solução de controvérsias não dependerá apenas da nova lei, mas de mudanças profundas na mentalidade de todos os operadores jurídicos”.

⁵⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Dois palavras sobre o procedimento arbitral*. CCBC, 18.02.2005. Disponível em <http://www.ccbc.org.br/download/duas_palavras_sobre_o_procedimento_arbitral.pdf> Acessado em 20.02.2014, às 17:00h.

⁵⁹ BASSO, Maristela, *Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil e realça nova modalidade de julgar*, Vol. 9, nº 1, Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília: 1997, p. 149-161.

Na arbitragem, a livre estipulação de regras pelas partes e a autonomia conferida aos árbitros constroem um procedimento muito mais dinâmico e flexível, sem a rigidez e imutabilidade que, se aplicáveis, engessariam o procedimento arbitral.

No mesmo sentido é o ensinamento de RODRIGO BERNARDES BRAGA⁶⁰:

“Os jus processualistas tendem a encarar o processo arbitral como um processo judicial que a este se assemelha em conceito, método, princípios e fins. Entretanto, não é bem assim que acontece. O processo arbitral difere e muito do processo judicial. Reduzi-lo a seu equivalente judicial significa contaminá-lo com todas as deficiências e contradições que têm assinalado o processo tradicional ao longo de todos esses anos, o que levou a moderna escola processualista a repensar seus fundamentos, criando mecanismos para torná-lo mais célere e menos sujeito aos caprichos de uma parte que litiga de má-fé, valendo-se de todos os meios processuais para retardar o cumprimento da decisão de mérito.

(...)

Definitivamente, o processo arbitral deve estar livre da armadura pesada e anacrônica do processo judicial. Deve ser mais leve e arejado do que este. Deve assimilar, entre os seus fundamentos, as vicissitudes experimentadas pelo livre comércio e pela economia de mercado, assentadas no diálogo, na boa-fé, na celeridade, na informalidade ou desformalização – como prefere a Professora Maristela Basso -, na simplificação de atos e procedimentos, na cooperação entre as partes, tudo a conduzir a um resultado efetivamente útil por meio da entrega do laudo arbitral, esgotando a missão institucional dos árbitros”.

Confira-se, nesse sentido, precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁶¹:

⁶⁰ BRAGA, Rodrigo Bernardes, *Teoria e prática da arbitragem*, Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2009, p. 113 e 114.

“Sentença arbitral - Ação de nulidade - Decisão que não deixou de apreciar as alegações do apelante - Irrelevância da apresentação simultânea das alegações finais - Oitiva do apelante, em depoimento pessoal, sem a assistência do seu advogado - Não demonstração do prejuízo, imprescindível diante da flexibilidade do procedimento arbitral”. (grifos acrescidos).

Desse modo, verificamos a necessidade de cautela na aplicação das regras processuais na arbitragem, visando sempre estimulação e manutenção deste procedimento como algo muito mais flexível do que aquele (processual).

Ocorre que, conforme já visto ao longo desse trabalho, não obstante a flexibilidade claramente existente na arbitragem, principalmente em relação à execução de medidas coercitivas, verificamos que os árbitros possuem restrição, inclusive legal (Lei de Arbitragem).

Assim, analisando especificamente o tema das tutelas específicas na arbitragem, temos a colocação sob alguns enfoques.

Primeiramente, analisaremos a questão sob a perspectiva do direito material e, por assim dizer, a obrigação de dar, fazer ou não fazer. Na sequência, observaremos a perspectiva das medidas de apoio para o cumprimento da tutela pretendida.

Analisando a questão sob a ótica do direito em si, não encontramos grandes dificuldades diante de tudo o que já foi exposto ao longo desse trabalho. O árbitro deverá se limitar à apreciação da questão material e, por consequência, é o único que poderá averiguar a necessidade de concessão das medidas (tutelas antecipadas, medidas de urgência ou de apoio).

Nesse sentido, o árbitro solicitará ao magistrado a atuação do Poder Judiciário apenas para a execução das medidas, com fundamento no artigo 22, § 4º da Lei de Arbitragem, e não para a sua concessão.

⁶¹ TJSP, Apelação Cível nº 427.901-4/0, Relator Des. Waldemar Nogueira Filho, Julgamento: 18.10.2007.

Tal assertiva se justifica, principalmente, pelo fato de que a capacidade cognitiva da matéria sujeita à arbitragem é exclusiva do árbitro. O magistrado não pode decidir questões afetas ao mérito da questão e, assim, não poderá decidir sobre o cabimento (ou não) de uma medida coercitiva, da necessidade de concessão de tutela antecipada ou mesmo medida cautelar.

Portanto, ainda que superficial, a cognição (e apreciação de mérito) é fator imperioso para que se decida por determinada prática (ou abstenção) de obrigações pelas partes envolvidas na arbitragem. A decisão da tutela antecipada em si caberá ao árbitro, porquanto imprescindível de análise de mérito para sua concessão.

No mesmo sentido preleciona CARLOS ALBERTO CARMONA⁶²:

“O que importa nestes comentários é frisar – ainda que à exaustão – que qualquer decisão relativa a eventual antecipação de tutela somente poderá ser tomada pelo árbitro, cabendo ao juiz togado, se for necessário, as providências para execução do provimento.”

O árbitro não deve atuar sempre em busca da verdade e, para tal, possui poderes e deveres conferidos pela Lei de Arbitragem, para que consiga apreciar o mérito da questão de forma ampla e suficiente para, ao final, prolatar uma sentença de mérito, com o mesmo caráter de uma sentença proferida pelo magistrado.

Já em relação ao cumprimento (execução) da tutela, temos alguns desdobramentos.

Partindo do pressuposto de que o árbitro possui atuação limitada, caso necessite de medidas de apoio durante o curso da arbitragem poderá determinar todas as medidas que entender necessárias, mas não poderá executá-las (pois não possui poder coercitivo).

⁶² CARMONA, Carlos Alberto, obra citada, p. 329.

Ou seja, em caso de descumprimento da medida, ou verificado que a atuação do Poder Judiciário é necessária desde cedo, tal como acima destacado, o árbitro deverá solicitar o auxílio para a execução das medidas de apoio, já estudadas em capítulo anterior.

Do mesmo modo se estivermos falando da obtenção do resultado prático equivalente. Considerando-se que o árbitro é livre para decidir o litígio posto em discussão do melhor modo, poderá na própria sentença, verificada a impossibilidade de execução da medida tal como contratada, poderá determinar a indenização pelo resultado prático equivalente.

Assim, do mesmo modo como colocado em capítulo específico ao processo civil brasileiro, na arbitragem o árbitro também deverá pautar-se na aplicação das medidas mais efetivas e eficazes para a solução do litígio do modo menos oneroso para as partes, mas que ao mesmo tempo signifique uma efetiva prestação de tutela jurisdicional.

Portanto, a maior complexidade do tema reside na situação de que, para a efetivação das medidas, o árbitro dependerá da cooperação do Estado, principalmente quando a parte não executa a medida de modo espontâneo, pois o árbitro não possui poderes de *executio* e de *coertio*, próprios da justiça estatal⁶³.

Nesse sentido, reiteramos que a atuação do juiz togado está afeta aos limites impostos pela Lei de Arbitragem. Sem apreciar o mérito da questão, ele deverá se pronunciar apenas nos limites daquilo que lhe foi imputado (execução forçada de uma multa, por exemplo).

Nesse sentido, não há razão para se entender que o juiz togado poderá, por exemplo, interferir na medida concedida, de forma a reduzir ou aumentar valores, ou então de modo a substituir a medida por outra que entender mais pertinente, na medida em que tal atuação ultrapassaria a sua linha de atuação, pois entraria em análise de mérito.

⁶³ COLOMBO, Manuela Correia Botelho, *Medidas de urgência no processo arbitral brasileiro*, Revista de Processo – REPRO 183, p. 266.

9. CONCLUSÃO

As questões levantadas no presente trabalho não têm o condão de esgotar a discussão sobre o assunto, mas, ao contrário, proporcionam uma noção inicial sobre as inúmeras discussões sobre o tema das tutelas específicas na arbitragem no Brasil, antecipadas por uma noção geral sobre a utilização do instituto da arbitragem no Brasil.

Assim, seja no âmbito interno, seja no âmbito do direito internacional, envolvendo Estados ou mesmo particulares, a arbitragem é um meio seguro e célere para a solução de litígios que envolvam direitos disponíveis. Após épocas de poucas discussões, seguidas de momentos repletos de debates, a arbitragem veio se consolidar em nosso país, com uma extensa utilização do instituto no direito brasileiro.

Apesar das alterações legislativas que estão em fervoroso debate em nosso país atualmente, buscando o aprimoramento do instituto frente aos demais países, verificamos que hoje o que se construiu no Brasil enriqueceu suficientemente doutrinadores e operadores do direito, com um saldo extremamente positivo em nossa sociedade.

Resta evidente, assim, que a arbitragem hoje é vista e reconhecida como um procedimento jurisdicional, apresentando-se, na visão de muitos, como um método eficiente e adequado para a solução de controvérsias.

A característica jurisdicional da arbitragem faz com que o árbitro possua também essa característica, de modo que detém, dentro daquele litígio que lhe foi submetido, pleno e exclusivo poder cognitivo. Falta-lhe, apenas, o pleno poder coercitivo e de execução, inerentes ao Poder Judiciário, que podem ser determinados dentro da arbitragem, mas não poderão ser executados dentro desta esfera.

Assim, tal qual o Magistrado, o árbitro poderá proferir decisões declaratórias, condenatórias e executivas. Contudo, para a implementação da decisão (i.e., atos de coerção), a arbitragem demandará do papel conferido ao juiz togado.

Nesse sentido, verificamos que há, de fato, certa limitação na atuação do árbitro se comparado ao juiz togado. Tal limitação decorre, principalmente, da Lei de Arbitragem, conforme redação de seu artigo 22, § 4º.

Contudo, não podemos deixar de ressaltar novamente que a relação entre jurisdição estatal e arbitral deve, sempre, ser harmônica. Não há usurpação de poderes de uma à outra, mas, ao contrário, uma complementação de poderes entre o Poder Judiciário e o árbitro.

Diante de uma lide que possua convenção de arbitragem, o magistrado nada poderá fazer em relação ao mérito daquele litígio. O pleno poder cognitivo compete, nessa situação, sempre ao árbitro que será escolhido pelas partes para compor o litígio, momento no qual assume a integralidade da competência para solução daquela controvérsia.

De outro lado, verificada a prolação de uma sentença arbitral que demande atos de coerção, caberá ao árbitro solicitar a verdadeira cooperação do juiz togado para a execução da medida que se revele necessária.

Assim, caso a sentença arbitral não seja espontaneamente cumprida, por exemplo, caberá à parte interessada promover a sua execução perante o poder judiciário, pois a sentença é título executivo judicial, conforme redação do artigo 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil⁶⁴.

Concluimos, portanto, que o árbitro deverá, sempre pautado nas normas e termo arbitral, que lhe foram impostos como verdadeiras balizas, atuar sempre na busca da melhor solução para determinado litígio, impondo medidas coercitivas, determinando a imposição de multas, enfim, atuando - assim como o magistrado - na busca pela mais efetiva prestação da tutela e resolução completa do litígio.

⁶⁴ “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:
(...)
IV – a sentença arbitral”

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

____ ALVIM, j. E. Carreira, *Tratado geral de arbitragem*, Ed. Mandamentos, Belo Horizonte: 2000.

____ BAPTISTA, LUIS OLAVO, *Arbitragem Comercial e Internacional*, Ed. Lex Magister, São Paulo: 2011.

____ BASSO, Maristela. *Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil e realça nova modalidade de julgar*, Vol. 9, nº 1, Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília: 1997.

____ BOLFER, Sabrina Ribas, *Clássicos da Arbitragem*, RBAr nº 14 - Abr-Jun/2007.

____ BRAGA, Rodrigo Bernardes, *Teoria e prática da arbitragem*, Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2009.

____ BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. 3, Editora Saraiva, São Paulo: 2009.

____ Constituição do Império do Brasil de 1824.

____ CARMONA, Carlos Alberto; *Arbitragem e Processo – um comentário à Lei nº 9.307/96*, Ed. Atlas, 3ª Edição, São Paulo: 2009.

____ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo*, Editora Atlas, São Paulo: 2009.

____ CARMONA, Carlos Alberto.
“Duas palavras sobre o procedimento arbitral”, in CCBC, 18.02.2005. Disponível em <http://www.ccbc.org.br/download/duas_palavras_sobre_o_procedimento_arbitral.pdf>
Acessado em 20.02.2014, às 17:00h.)

____ CÂMARA, Alexandre Freitas; *Arbitragem – Lei nº 9.307/96*, Editora Lumen Juris, 4ª edição, Rio de Janeiro: 2005.

____ COLOMBO, Manuela Correia Botelho, *Medidas de urgência no processo arbitral brasileiro*, Revista de Processo – REPRO 183.

____ DINAMARCO, Cândido Rangel; *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. IV, Editora Malheiros, São Paulo: 2004.

____ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma da reforma*, Editora Malheiros, São Paulo: 2002.

____ FERREIRA, Selma Lemes, *in* Jornal Valor Econômico, Suplemento Especial – Arbitragem, 01 de dezembro de 2011, p. 10/11. “Aplicação no Brasil atinge padrão internacional, afirma advogada”.

____ FERREIRA, Selma Lemes, *Revista Resultado*, março/abril 2008.

____ FERREIRA, Selma Maria Lemes, RBAr nº 26 - Abr-Jun/2010.

____ FILHO, Vicente Greco, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 18ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo: 2006.

____ GIUSTI, Gilberto, *O Árbitro e o Juiz: Da Função Jurisdicional do Árbitro e do Juiz*, RBAr nº 5 - Jan-Mar/2005.

____ JUNIOR, Luiz Perissè Duarte e GUIMARÃES, Virginia Santos Pereira, *Limites da Responsabilidade civil do árbitro por erro in judicando – um paralelo necessário*; Revista do Advogado nº119, Abril de 2013.

____ JÚNIOR, Luiz Antonio Scavone, *Manual de Arbitragem*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo: 2010.

____ JUNIOR, Humberto Theodoro, *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*, RF: 353/107-116, Ed. Forense Rio de Janeiro: 2001.

____ MARTINS, Pedro Antônio Batista, *As três fases da arbitragem*, Revista do Advogado n° 87. Setembro de 2006.

____ MARTINS, Pedro Antônio Batista, *A Arbitrabilidade Subjetiva e a Imperatividade dos Direitos Societários como Pretensão Fator Impeditivo para a Adoção da Arbitragem nas Sociedades Anônimas* – site de Pedro A. Batista Martins.

____ MARTINS, Pedro Antônio Batista, *As três fases da arbitragem*, Revista do Advogado. Ano XXVI, n° 87. Setembro, 2006.

____ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª Edição, São Paulo: 2003.

____ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *O devido processo legal e a execução civil*, In Execução Civil, Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior – Coordenação de Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007.

____ Platão (428-347 a.C.) in *De Legibus*, Livros 6 e 12.

____ WEBSITE: International Bar Association (IBA) - www.ibanet.org.