

UNIVERSIDADE SALGADO DE OLIVEIRA
CURSO DE DIREITO

DIOGO GONÇALVES FERREIRA

CORTES DE CONCILIAÇÃO MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO
BRASIL

Goiânia
2009

DIOGO GONÇALVES FERREIRA

CORTES DE CONCILIAÇÃO MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO BRASIL

Monografia apresentada à Disciplina de Orientação Metodológica de Trabalho de Conclusão de Curso, requisito indispensável à obtenção do grau de bacharel em Direito, pela Universidade Salgado de Oliveira

Orientador: Prof. Esp. Eder Francelino Araújo

Goiânia
2009

“A arbitragem é o meio de não ganhar completamente um bom processo, nem perder completamente um mau processo.” (Cícero)

RESUMO

A arbitragem existe no Brasil desde a colonização lusitana, e já foi compulsória no direito brasileiro. No direito Internacional, o Barão de Rio Branco atuou em várias arbitragens que envolviam as fronteiras brasileiras. O protocolo de Genebra de 1923, o Código de Bustamante, a convenção Internacional sobre a Arbitragem comercial Internacional, em que o Brasil é signatário, referem –se a arbitragem.

O Código Civil, de 1916, e o código de Processo Civil, de 1973, trazem em seu objetivo a arbitragem sujeita a homologação pelo poder judiciário.

O código Civil de 1916, e o Código de Processo Civil, de 1973, trazem em seu bojo a arbitragem, sujeita á homologação pelo Poder Judiciário.

O conceito de arbitragem não é novo. No código Civil, cujo nascimento data de 1916, os artigos 1037 a 1048, tratavam “ Do compromisso “ ; e os artigos 1072 a 1102 do Código de Processo Civil de 1973, trataveam “ Do Juízo Arbitral”.

Porém esses dispositivos legais eram inoperantes, do modo como estava tipificada a arbitragem.

A lei 9307, 23 de setembro de 1996, chamada Lei de Arbitragem, revogou aquela legislação antiquada, e conceituou a arbitragem, dentro de uma sistemática moderna.

Sejam bem vindos ao mundo da Arbitragem.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – AS CORTES DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO BRASIL	8
1.1 Notas introdutórias.....	8
1.2 Breve abordagem histórica.....	8
1.3 Introdução ao Direito Brasileiro.....	11
CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ARBITRAGEM	13
2.1 Introdução.....	13
2.2 Princípios Jurisdicionais arbitrais.....	14
2.2.1 Da investidura	14
2.2.2 Da aderência ao território.....	14
2.2.3 Da indelegabilidade.....	15
2.2.4 da indeclinabilidade.....	15
2.2.5 Do juiz natural	15
2.2.6) Da inércia.....	16
2.3 Princípios norteadores da arbitragem	16
2.3.1) Do Contraditório.....	17
2.3.2) Da igualdade das partes	18
2.3.3) Da imparcialidade do árbitro	18
2.3.4) Do livre convencimento do árbitro.....	18
CAPÍTULO 3 – QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA LEI DE ARBITRAGEM	20
3.1 Cláusula compromissória nos contratos de adesão	20
3.2 Qualidade técnica dos árbitros e mediadores.....	23
3.3 A anulação das sentenças arbitrais	25
REFERÊNCIAS.....	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

Cortes de conciliação, mediação e arbitragem no Brasil.

Uma abordagem histórica, sua consolidação e mazelas decorrentes de uma nova forma de resolução dos conflitos.

Solucionar litígios entre os homens teria sido o do emprego da força, solução puramente física que não enseja a paz e que, portanto torna impossível a coexistência harmônica dos seres humanos, a vida em consonância, a segurança, a tranquilidade e a ordem.

Por isso o homem, muito cedo, recorreu a uma forma de solução transacional, resultante do acordo entre litigantes, com transigência de parte a parte: solução econômica, utilitária pelo menos para aqueles casos em que a generosidade de qualquer das partes em conflito não levasse a uma solução negociada. Qualquer dos três tipos de desenlace – físico, econômico, ou moral, não assegurado a justiça, porque nem sempre é dado a cada um o que lhe é devido. Daí a necessidade de confiar a um terceiro, alguém fora do conflito, a tarefa de dirimi-lo. Surgiu assim a arbitragem e com ele a figura do árbitro.

A história da arbitragem tem acompanhado o desenvolvimento da humanidade desde os tempos mais remotos, dos quais se têm algum registro. Tem-se conhecimento deste instituto na Grécia (século VI a C) e Roma (século VIII a. C), havendo também informações de sua utilização no oriente ao longo de sua história.

Na Grécia a uniformidade cultural em muito favoreceu o desenvolvimento da Arbitragem, sendo que em 445 a.C o tratado entre Esparta e Atenas já continha o que hoje denominamos “ cláusula compromissória “, numa tentativa de solucionar por via pacífica os conflitos de interesse.

A arbitragem existe no Brasil desde a colonização lusitana, e já foi compulsória no direito brasileiro. No direito Internacional, o Barão de Rio Branco atuou em várias arbitragens que envolviam as fronteiras brasileiras. O protocolo de Genebra de 1923, o Código de Bustamante, a convenção Internacional sobre a Arbitragem comercial Internacional, em que o Brasil é signatário, referem-se a arbitragem.

O Código Civil, de 1916, e o código de Processo Civil, de 1973, trazem em seu objetivo a arbitragem sujeita a homologação pelo poder judiciário.

O código Civil de 1916, e o Código de Processo Civil, de 1973, trazem em seu bojo a arbitragem, sujeita á homologação pelo Poder Judiciário.

A lei dos Juizados Especiais Cívies e Criminais de 1995 prevê a atuação de um árbitro, escolhido pelas partes, mas sujeitando o seu lado á homologação judicial.

O conceito de arbitragem não é novo. No código Civil, cujo nascimento data de 1916, os artigos 1037 a 1048, tratavam “ Do compromisso “ ; e os artigos 1072 a 1102 do Código de Processo Civil de 1973, trataveam “ Do Juízo Arbitral”.

Porém esses dispositivos legais eram inoperantes, do mofo como estava tipificada a arbitragem.

A lei 9307, 23 de setembro de 1996, chamada Lei de Arbitragem, revogou aquela legislação antiquada, e conceituou a arbitragem, dentro de uma sistemática moderna.

CAPÍTULO 1 – AS CORTES DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO BRASIL

1.1 Notas introdutórias

Antes de tudo, é necessário

“A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”. (ALVIM, 2007, p. 01)

1.2 Breve abordagem histórica

Celso D. Albuquerque de Mello, citado por Carreira Alvim, assim expõe sobre a arbitragem:

Arbitragem é um dos institutos jurídicos da vida internacional mais antigos. O direito arbitral tem origem consuetudinária e é encontrado, segundo alguns (Tod), no tratado entre Eanatum e os homens de Umma em 3100 a.C. No entanto, foi na Grécia, seu verdadeiro "berço" (Taube), que ele teve o seu desenvolvimento. Em Roma, anota o mesmo jurista, a arbitragem, que pressupõe Estados soberanos, e, em consequência, juridicamente iguais, quase desapareceu. (ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso D. Direito internacional público. 10a ed., Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, p. 1.156.)

Carreira Alvin faz a seguinte abordagem histórica acerca da arbitragem:

Quem se disponha a fazer uma busca sobre a origem da arbitragem por certo vai encontrá-la, na sua forma mais civilizada, em Roma, primeiro de forma exclusiva e, depois, concorrendo com a justiça estatal. A arbitragem, mais do que um fenômeno internacional, é um fenômeno intercultural. No princípio, quando ainda inexistia o Estado, como poder político, os conflitos de interesses eram resolvidos pelos próprios litigantes, ou pelos grupos a que pertenciam, sendo a transposição dessa modalidade de justiça privada para a justiça pública produto de uma lenta e segura evolução. (ALVIM, 2007, p. 02)

Assim, Alvim, apresenta a evolução no direito romano da arbitragem em quatro etapas, conforme depreende-se:

No direito romano - o registro é ainda do emérito romanista - encontram-se exemplos de cada uma dessas quatro etapas: da primeira, na pena de talião (vingança privada: olho por olho, dente por dente), estabelecida ainda na Lei das Doze Tábuas; da segunda, durante toda a evolução do direito romano, pois sempre se admitiu que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros escolhidos pelos litigantes, sem a interferência do Estado; da terceira, nos dois primeiros sistemas de processo civil romano - o das *legis actiones* e o *per formulas*; da quarta, no terceiro desses sistemas - a *cognitio extraordinária*. (ALVIM, 2007, p. 03)

Os sistemas das *legis actiones* e *per formulas*, em que o arbitramento era obrigatório, compunham a *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos processos civis), em que a instância se dividia em duas fases sucessivas: a primeira, *in iure*, perante o pretor (um magistrado); a segunda, *in indicio*, perante o *iudex* ou *arbiter* (um particular). No sistema da *cognitio extraordinária*, desaparecem as fases *in iure* e *in indicio*, concentrando-se o processo numa única fase que se desenvolvia diante do pretor, que era um juiz, funcionário do Estado.

Nesse contexto histórico, é importante citar Oliveira Filho, citado por Alvim (2007: p. 4):

O organismo do compromisso arbitral - anota Oliveira Filho - encontra-se na Lei das Doze Tábuas, no direito romano (*Digesto*, Livro 4, Título 8, *De receptis, qui arbitrium receerunt, ut sententiam dicant*; *Código*, Livro 2, Título 56, *De receptis arbitris*), no canônico (Decr., Tít. *De arbitr.*, 1,42 - C. 14) e em quase todos os estatutos da Idade Média.

Agora em roma existem duas modalidades de arbitragem: a arbitragem facultativa, contratualmente estabelecida pelos litigantes, ao largo da atividade judicial (*De receptis*); e a arbitragem necessária (obrigatória), típica do período da *ordo iudiciorum privatorum*, que vigorou até a extinção do sistema formulário, substituído pelo sistema da *cognitio extraordinária*.

Carreira Alvim (ALVIM, 2007, p. 04), cita Foustoucos:

Foustoucos, diz Jarrosson, estima que a arbitragem teria aparecido na Grécia Clássica (século VI a IV a.C), tendo inumeráveis arbitragens tido lugar nas cidades gregas a partir do século IV a.C. Solon introduziu-a nas suas

reformas, e Aristóteles distinguiu o juiz do árbitro: "O árbitro visa à equidade, o juiz à lei; a arbitragem foi inventada para que a equidade fosse aplicada."

Desta forma, em Roma, a arbitragem era conhecida da mais alta Antiguidade: no período arcaico (século VII a VI a.C), conhecia-se o *arbitrium liti aesti-mandae*, pelo qual o árbitro fixava o montante da reparação devida pelo culpado, após o juiz (*iudex*) ter pronunciado o julgamento sobre a sua culpabilidade. Em seguida, a arbitragem *ex compromisso* foi moeda corrente; é a Cícero que se atribui a ideia de que "*a arbitragem é o meio de não ganhar completamente um bom processo, nem perder completamente um mau processo*".

No Baixo-Império, a justiça arbitral desenvolveu-se entre os cristãos, com os bispos arbitrando as diferenças entre os membros das comunidades cristãs. Essa modalidade de arbitragem teria sido encorajada por Constantino, e também era conhecida pelos visigodos. A arbitragem não é uma instituição unicamente greco-romana, pois o Corão distingue o *hakam* (árbitro) do *qadi* (juiz), e a Bíblia faz também menção a ela.

Na França, na Idade Média, a arbitragem foi frequente, notadamente nos foros. Depois das ordenanças reais de 1510, 1516 e 1535, o édito de François II, de 1150, confirmado pela Ordenança de Moulins, as ordenanças de 1629, 1667 e 1673 levaram esta instituição até o período revolucionário quando ela continuou o seu apogeu.

Alvim, ao citar Oliveira Filho invocando Mello Freire (*Inst.*, Liv. I, T. 2, § 21, nota), dispõe sobre a arbitragem em Portugal:

Portugal já era admitido o uso de recorrer-se aos amigáveis compositores ou compromissários do direito romano no século XIII; recebido esse direito e o canônico nas escolas e no foro, suas disposições sobre o juízo arbitral foram coordenadas no Livro 3º, Título 118, das Ordenações Affonsinas; Título 81 das Ordenações Manuelinas; e Título 18 das Ordenações Filipinas, legislação esta que passou a vigor no Brasil em virtude da carta de lei de 20 de outubro de 1823. (ALVIM, 2007, p. 05)

Desta forma a arbitragem se direciona ao Brasil, conforme será abordado no próximo item.

1.3 Introdução ao Direito Brasileiro

Conforme ensina Alvim, a arbitragem surgiu no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1824, que em seu art. 160 previa que *“nas cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”*.

Em seguida, a Resolução de 26 de julho de 1831 admitia o juízo arbitral para o julgamento das causas de seguro, e a Lei nº 108, de 11 de outubro de 1837, para as locações de serviços.

Conforme ensina Alvim, a arbitragem também foi inserida no Código Comercial de 1850:

Na linha do Código Comercial francês de 1807, o Código Comercial brasileiro de 1850, no seu art. 20, em aberto confronto com a Constituição do Império, instituiu o juízo arbitral necessário (forçado ou obrigatório) para determinadas causas, dentre as quais as surgidas entre sócios de sociedades comerciais, durante a sua existência ou por ocasião da sua liquidação e partilha. (ALVIM, 2007, p. 05)

Vitor Barbosa Lenza (LENZA: 1999, p.10) faz uma abordagem histórica, assim, vejamos:

O famoso Regulamento 737, de 1850, foi o disciplinador do processo comercial. Fez perfeita distinção entre a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária, impôs limitações ao poder dos árbitros que deveria julgar de acordo com as normas comerciais e cláusula do compromisso. Em 1866, foi editada a Lei n. 1.350, sendo esta a primeira lei a dispor sobre o arbitramento. Em 1867 foi promulgada a lei que regulamentou o processo arbitral. O Decreto 3.900 permitia ao árbitro julgar por equidade, caso assim declarasse o compromisso; ampliou-se o poder dos árbitros, mas extinguíu-se a arbitragem compulsória, que o Código Comercial previa no artigo 302. Com o início da República, os Estados-membros do Brasil puderam editar os seus próprios Códigos de Processo, contudo, houve grande frustração porque os Estados que chegaram a editar seus códigos fizeram apenas compilações do Regulamento Ribas, somente os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Bahia trouxeram contribuições significativas para novas tendências em suas normas processuais. O Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, que vigeu a partir de 1930, tratou da arbitragem em 17 artigos, servindo de base para o Código de Processo Civil de 1939. Muito antes do Código Paulista e do Código de Processo Civil de 1939, o Código Civil regulamentou a matéria, abordando o compromisso arbitral, retirando-lhe o caráter contratual, sem fazer qualquer menção à cláusula

compromissória, talvez por ser ela despida de valor jurídico, na visão do sistema anterior à nova lei de arbitragem.

De 1939 a 1973, tivemos o Código Civil regulamentando o compromisso, e o Código de Processo Civil, regulando o procedimento arbitral. Com a vigência do atual Código de Processo Civil, foram revogadas as disposições do Código Civil, pelo fato de ser lei posterior que regula a matéria de que cuidava a lei anterior.

Após essa evolução normativa, a CF/88 assim dispõe sobre arbitragem, conforme ensina Alvim (ALVIM: 2007, p. 07):

A Constituição de 1988, diferentemente das suas antecessoras, consagra expressamente a arbitragem, nos §§ 1º e 2º do art. 114 (Seção V - Dos Tribunais e Juizes do Trabalho, do Capítulo III - Do Poder Judiciário, do Título IV - Da Organização dos Poderes), tendo a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, disciplinado, em nível infraconstitucional, a arbitragem.

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ARBITRAGEM

2.1 Introdução

Alvim ao nos ensinar sobre princípios arbitrais cita Greco Filho:

"Princípios", doutrina Vicente Greco Filho, são proposições de caráter geral que informam determinado ramo do conhecimento. "Segundo a extensão de sua aplicabilidade, podem ser omnivalentes quando informam toda uma ciência; plurivalentes quando informam vários ramos da mesma ciência; monovalentes quando atuam em um ramo de determinada ciência. Segundo o modo de atuação, podem ser deontológicos ou epistemológicos: são deontológicos quando se situam no plano do ideal, do de-ver-ser; são epistemológicos quando atuam diretamente sobre a realidade, deles se extraindo consequências práticas interpretativas ou integrativas."

Deve ser observado que alguns princípios, pela sua importância, têm residência na Constituição (são constitucionalizados), para melhor se adequarem aos seus objetivos, como são o do devido processo legal, da isonomia, do juiz natural, do direito de ação (e de defesa), do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, da fundamentação das decisões.

No entanto, interessam apenas os "princípios jurisdicionais", assim denominados porque concernentes à jurisdição, enquanto função ou atividade, para o fim de determinar-se em que medida são também aplicáveis à arbitragem.

A opção se justifica, com o ensinamento de Carreira Alvim:

Princípios não cobrem com a mesma tonalidade a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral; não porque tenham natureza ou finalidade diversa, porque não têm, mas devido à própria estrutura de seus órgãos e a forma como se constituem (uma é permanente; a outra, transitória), e ao procedimento que, num caso, é necessariamente legal, e, noutro, convencional.

2.2 Princípios Jurisdicionais arbitrais

2.2.1 Da investidura

O princípio da investidura significa que a arbitragem só pode ser exercida por quem tenha sido nomeado pelas partes, se houver acordo, ou, não havendo, pelo juiz, na eventual ação de lavratura de compromisso. A investidura, na jurisdição arbitral, obedece às regras expressas na Lei n° 9.307/96, e cuja inobservância compromete a validade da sentença. O árbitro deve ser nomeado no compromisso arbitral, se não tiver sido delegada a sua indicação a uma entidade determinada (art. 10, II, LA¹), instituindo-se a arbitragem quando aceita a nomeação (art. 19, *caput*, LA²). Com a "aceitação" da nomeação, o árbitro está legitimamente investido da jurisdição arbitral, só a perdendo nas hipóteses previstas na lei (arts. 14 e 12, III, LA).

2.2.2 Da aderência ao território

O princípio da aderência ao território tem grande significação na arbitragem tanto quanto na jurisdição estatal.

A jurisdição arbitral adere ao território, se assim se convencionou, caso em que deve desenvolver-se toda ela num determinado território (sede da arbitragem), ou em mais de um (art. II, I, LA), devendo as partes indicar, necessariamente, o lugar onde será proferida a sentença arbitral (art. 10, IV, LA). O território adquire tal importância, na arbitragem, que a Lei n° 9.307/96 considera sentença arbitral estrangeira a proferida fora do território nacional (art. 34, parágrafo único). O local onde deve desenvolver-se a arbitragem é requisito facultativo do compromisso (art. 11, I, LA), mas o lugar em que será proferida a sentença é requisito obrigatório (art. 10, IV, LA), podendo a sua falta comprometer a eficácia do julgado. Se as partes convencionarem que a sentença será proferida no território

¹ Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

² Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

nacional, não poderá ser proferida no estrangeiro. Pode-se dizer que, na arbitragem, a jurisdição adere ao território nos limites da convenção das partes.

2.2.3 Da indelegabilidade

O princípio da indelegabilidade significa que o árbitro deve exercer a sua função pessoalmente, não podendo delegá-la a terceiro. Tendo recebido o encargo (que é ao mesmo tempo uma função) dos compromitentes, por força do compromisso é defeso ao árbitro confiar a outrem a prática de atos arbitrais; se algum ato tiver de ser praticado fora do local da arbitragem, deve o árbitro dirigir-se àquele local para praticá-lo, salvo se o contrário tiver sido convencionado pelas partes.

2.2.4 da indeclinabilidade

O princípio da indeclinabilidade é bastante rarefeito, na jurisdição arbitral, mas não de todo ausente. O árbitro pode escusar-se do encargo antes de aceitar a nomeação, com o que se extingue o compromisso (art. 12,1, LA), não lhe podendo ser imposta a nomeação contra a sua vontade. Mas, aceita a nomeação, não pode, sob pena de responsabilidade, declinar do seu ofício, salvo na hipótese de suspeição superveniente no curso da arbitragem. Na jurisdição arbitral, pode também o árbitro declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo.

2.2.5 Do juiz natural

O princípio do juiz natural, doutrina Leonardo Grego, citado por Alvim (ALVIM: 2007, p. 112) é uma das mais sagradas garantias constitucionais dos direitos fundamentais, e significa que todo cidadão tem o direito de ser julgado por órgão jurisdicional instituído como competente antes do surgimento da lide, circunstância que reveste o juiz-pessoa física da presunção de imparcialidade necessária a um julgamento independente. É o que a doutrina italiana denomina pre-constituição legislativa do juiz, segundo a qual não se conciliam com esse princípio as normas que conferem a órgãos não-legislativos poderes discricionários, capazes de influir na determinação *in concreto* das competências jurisdicionais, com aquelas

que conferem tal poder a órgãos judiciários. A escolha discricionária *poí litem* do órgão julgador compromete o órgão escolhido com a presunção absoluta de parcialidade.

Ao celebrarem a convenção de arbitragem, as partes não estão abrindo mão do seu juiz natural, senão valendo-se dele, pois também o juízo arbitral é um juízo constitucional (previsto na Constituição, art. 114, §§ 1º e 2º), organizado pela Lei nº 9.307/96; nem poderiam as partes se socorrer de um órgão capaz de emitir uma sentença com a mesma eficácia da sentença judicial, não fosse o juízo arbitral também um juízo natural ou constitucional. Após a nova Lei de Arbitragem, com o alcance que tem o seu art. 18, o juízo natural foi duplamente direcionado: *a)* no sentido da jurisdição legal (estatal) e *b)* no sentido da jurisdição convencional (arbitral).

Nessa linha posiciona-se Nelson Nery Júnior, citado por Carreira Alvim (ALVIM: 2007, p. 113), para quem a escolha pelas partes de um árbitro, para solucionar as lides existentes entre elas, não ofende o princípio do juiz natural.

2.2.6) Da inércia

O princípio da inércia significa que a jurisdição arbitral não é auto-movimentada, dependendo de provocação da parte. A imparcialidade que caracteriza seus órgãos jurisdicionais (órgãos-pessoa) impede-os de exercer suas funções, senão a pedido de quem alegue uma lesão ou ameaça de lesão a um direito. Considerando que os direitos subjetivos são, em princípio, disponíveis, também o acesso à jurisdição arbitral fica entregue ao poder dispositivo da parte.

A jurisdição arbitral depende sempre da celebração do compromisso e, ao contrário da jurisdição estatal, que admite exceções ao princípio da inércia, não admite *nenhuma exceção*, com o que prestigia, em toda a sua plenitude, o princípio da demanda.

2.3 Princípios norteadores da arbitragem

Carreira Alvim (ALVIM, 2007, p. 136), ao estabelecer os princípios diretores do processo arbitral, entende que todo processo, no plano ideal, é

informado por determinados princípios *deontológico* assim enumerados: a) lógico; b) jurídico; c) político; d) econômico, assim, vejamos:

- a) Lógico: escolha dos meios mais seguros e expeditos para procurar e descobrir a verdade e evitar o erro.
- b) Jurídico: proporciona aos litigantes igualdade na demanda e justiça na decisão, atendendo à finalidade do processo, que é a declaração da vontade concreta da lei.
- c) Político: máxima garantia social dos direitos com o mínimo de sacrifício individual de liberdade, atribuindo-se força para o processo no sistema de equilíbrio dos poderes do Estado e da garantia de direitos da pessoa.
- d) Económico: as lides não devem ser tão dispendiosas a ponto de deteriorar o seu objeto ou discriminar os pobres na obtenção da Justiça.

No plano concreto, observa-se, inclusive, os princípios *epistemológicos* (Vicente Greco Filho) do contraditório; da iniciativa das partes; do impulso oficial; da ordem consecutiva legal; da prova formal e da persuasão racional na apreciação da prova; da oralidade e imediação; da publicidade; da lealdade processual; da economia processual; da pluralidade de graus de jurisdição -, podendo informar um determinado ordenamento jurídico, mas não outro.

A arbitragem, *ex vi legis*, é informada por alguns princípios (art. 21, § 2º, LA), aos quais, em razão da função que cumprem, denomino de princípios "diretores" do processo arbitral. São eles os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento.

Assim, Alvim (ALVIM, 2007, p. 136), estabelece uma diferença entre processo arbitral e judicial com base nos princípios:

Aliás, a grande diferença entre o processo arbitral e o judicial não está na natureza jurídica de ambos - que é precisamente a mesma -, mas em permitir a arbitragem que as partes escolham árbitros (juizes) e as regras do procedimento arbitral, o que não se admite no processo judicial.

2.3.1) Do Contraditório

O princípio do contraditório é de fundo constitucional, garantindo às partes o direito (ou faculdade) de se manifestarem, reciprocamente, uma sobre as alegações da outra. Em outros termos, impõe a participação, no processo, dos destinatários dos efeitos do ato final, que é a sentença, para dizer e contradizer. O contraditório, registra Aroldo Plínio Gonçalves, não é apenas "*a participação dos*

sujeitos no processo", mas garantia de participação em *simétrica paridade*, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os "interessados", ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.

2.3.2) Da igualdade das partes

O princípio da igualdade das partes tem o objetivo de lhes garantir um tratamento paritário, evitando que uma seja beneficiada em detrimento da outra. Denomina-se também princípio da paridade de tratamento, e vem expresso no art. 125, I, do Código de Processo Civil, conhecido, ainda, como princípio da paridade de armas (Ihering), no sentido de justiça interna no processo, quando as mesmas oportunidades são igualitariamente distribuídas às partes.

2.3.3) Da imparcialidade do árbitro

O princípio da imparcialidade do árbitro é uma garantia, primeiramente das partes, que desejam um julgamento imparcial, e do Estado, que quer que a arbitragem proporcione a resolução do litígio de acordo com a estipulação das partes, na convenção de arbitragem. No entanto, a imparcialidade, no juízo arbitral, não atua com a mesma intensidade que no juízo judicial, porquanto, mesmo sabendo as partes da existência de motivos de impedimento ou suspeição, não ficam coarctadas de indicar, como árbitro, uma pessoa que, apesar disso, tenha a sua confiança; mas sem possibilidade de reclamar, no futuro, da falta de imparcialidade ou de suspeição. O árbitro não deve ter outro interesse no processo, senão o de que o litígio seja resolvido de acordo com as regras ajustadas na convenção de arbitragem.

2.3.4) Do livre convencimento do árbitro

O princípio do livre convencimento do árbitro lhe assegura valorar a prova segundo a sua livre convicção, sem qualquer imposição legal, só encontrando limites na autonomia da vontade das partes, expressa na convenção arbitral, salvo quando a própria lei imponha expressa restrição a determinada prova. Deve, tanto

quanto qualquer juiz, ater-se aos fatos sobre que versa a controvérsia e à prova constante dos autos. Assim, se as partes convencionaram um julgamento de acordo com os usos e costumes, não pode o árbitro decidir de acordo com os princípios gerais de direito; se convencionaram um julgamento de equidade, não pode o árbitro preferir julgar de acordo a norma legal. Neste sentido, dispõe o art. 131, do Código de Processo Civil, que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Convencimento livre, mas fundamentado, consoante exigência constitucional (art. 93, IX, CF).

CAPÍTULO 3 – QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA LEI DE ARBITRAGEM

3.1 Cláusula compromissória nos contratos de adesão

A Lei de Arbitragem impõe maior rigor formal na celebração da cláusula compromissória nos contratos de adesão do que nos demais contratos, , determinando seja convencionada por escrito, em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou "visto" especialmente para essa cláusula, e estabelecendo ainda que a sua eficácia depende de o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição.

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo proponente, sem que o aderente possa discutir ou modificar, total ou parcialmente, o seu conteúdo.

Conforme Alvim, a denominação "contrato de adesão", ao citar Nelson Néry Junior, foi dada a essa técnica de contratação por Salcilles, quando analisou a parte geral do BGB alemão, c, embora tenha sofrido críticas da doutrina," ganhou aceitação tanto no Brasil como no exterior.

Nos contratos tipicamente de adesão, uma das partes simplesmente adere aos termos do ajuste sem qualquer possibilidade de interferir nas suas cláusulas. Não existe um objeto predeterminado para tais contratos, os quais podem referir-se a qualquer negócio em que haja, em tese, um acordo de vontades (locação, compra e venda). Há quem negue validade a essa modalidade de contrato, justamente porque falta a vontade livremente manifestada por uma das partes, que se limita a submeter-se às cláusulas elaboradas pela outra. Se houver coação do proponente sobre o aderente, para que este empreste sua adesão a um contrato já contendo a cláusula compromissória, esta será, então, de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

A exigência de estipulação "por escrito e documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula" faz pressupor que, na generalidade dos casos, a parte aderente nunca lê o contrato que assina, mesmo porque, se ler e discordar de alguma de suas cláusulas, não dispõe do poder de modificá-la. O Código de Defesa do Consumidor estabelece que os contratos de

adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor (art. 54, § 3º).

Geralmente o objeto de tais contratos são produtos e serviços monopolizados ou prestados por um grupo tão reduzido de proponentes que limita o universo de opção dos aderentes, vendo-se estes obrigados a aderir à proposta formulada. Em tais contratos, a vontade do aderente é livre apenas em tese (*a priori*), pois, se decidir contratar, quem dita as regras é a parte proponente.

A garantia que o § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem assegura, nos contratos de adesão, consiste na previsão legal de que a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição.

É sabido que, quando um dos contratantes quer impor uma determinada cláusula ao outro, o mínimo obstáculo que encontra são as determinações legais. Embora suponha a lei que o aderente assina o contrato de adesão sem ler, o que, na verdade, acontece é que ele não dispõe do poder de barganha, ficando, por isso mesmo, submetido às imposições do proponente; e para esse problema não há solução.

Assim é a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, sobre os requisitos para a validação da cláusula compromissória em contrato de adesão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE IMPORTÂNCIA PAGA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA – FORÇA OBRIGATÓRIA – CONTRATO DE ADESÃO. REQUISITOS DA LEI DE ARBITRAGEM. SENTENÇA DE EXTINÇÃO CASSADA. A cláusula compromissória formaliza a submissão dos contratantes ao Juízo Arbitral, para a solução de eventuais litígios advindos da avença. Nos contratos de adesão ela só terá eficácia se for instituída com os requisitos exigidos pelo parágrafo segundo, do art. 4º, da Lei nº 9.307/96, quais sejam, vir negritada e receber o visto específico. Portanto, cassada será a sentença extintiva do feito quando tomar por base cláusula compromissória que desrespeite tais exigências. II – MÉRITO APRECIADO DE OFÍCIO (ART. 515, § 3º, CPC). Cassada a sentença de extinção, versando a causa sobre questão de direito e estando em condições de julgamento, pode o Tribunal apreciar de ofício o mérito. III – RESTITUIÇÃO EM DOBRO DE IMPORTÂNCIA INDEVIDAMENTE COBRADA. A aplicação da pena prevista no art. 940, do Novo Código Civil, pressupõe o ajuizamento de demanda com malicioso pedido de pagamento de dívida já paga ou de quantia maior do que a realmente devida. Não restando caracterizadas tais hipóteses, e estando o valor da dívida em consonância com o disposto no contrato, impõe-se a improcedência do pedido. APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. MÉRITO APRECIADO DE OFÍCIO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (Apelação nº 137596-8/188, TJ-GO, 2ª Câmara Cível, DES. JOÃO WALDECK FELIX DE SOUSA, DJ 350 de 08/06/2009)

A redação do § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem não é das mais satisfatórias. A expressão "se o aderente concordar, expressamente, com a sua instituição" significa que a arbitragem - ao contrário do que aparenta dizer o preceito - pode ser instituída pela outra parte, caso em que a sua eficácia depende da concordância do aderente. Mas, se são duas as condições de eficácia da cláusula - se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem *ou* concordar, expressamente, com a sua instituição -, o adverbio "só" não tem na frase qualquer função sintática. Ademais, se a parte aderente, apesar de não ter tido a iniciativa de instituição da arbitragem, concordar, se convocada pela outra parte, em assinar o compromisso, estará satisfeita a condição legal, equivalendo sua atitude à concordância expressa de que fala a lei.

Fica, contudo, a indagação se o aderente pode, ou não, ser parte na demanda de instituição de arbitragem (art. 7º, *caput*, LA) promovida pelo proponente. A resposta deve ser positiva. O § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem atribui ao aderente uma dupla vantagem, no juízo arbitral: de tomar ele próprio a iniciativa de instituir a arbitragem *ou* concordar, expressamente, com a sua instituição (evidentemente quando a iniciativa não for sua). Mas, de qualquer modo, ele firmou uma cláusula compromissória, tendo a outra parte o indiscutível direito de convocá-lo, *extrajudicialmente*, para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral, como também de fazê-lo, *judicialmente*, nos termos do art. 7º da Lei de Arbitragem.

A concordância expressa de que fala o § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem pode ser tanto extrajudicial (art. 6º, LA) quanto judicial (art. 7º, LA), bastando que o aderente consinta na instituição do juízo arbitral. Se comparecer, mas não consentir o aderente com a arbitragem, devem as partes ser remetidas às vias judiciais, não podendo o juiz formalizar judicialmente o compromisso. Se, porém, não acudir o aderente à citação para a lavratura do compromisso, pode o juiz decidir a respeito, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei de Arbitragem.

Embora inexistam os efeitos legais da revelia no procedimento arbitral, fato é que o disposto no § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem não exige o aderente do ônus de acudir à citação, manifestando, expressamente, a sua recusa na instituição da arbitragem; se não o fizer, deve a sua ausência ser interpretada, no mínimo, como falta de interesse em se opor à lavratura do compromisso; em outros termos, o silêncio importa aceitação.

O disposto no § 6º do art. 7º da Lei de Arbitragem aplica-se a qualquer cláusula compromissória, independentemente da natureza do contrato. Os dois preceitos (§ 2º do art. 4º e § 6º do art. 7º, LA) devem ser harmonizados da seguinte forma: tendo firmado cláusula compromissória em contrato de adesão, o aderente, se não concorda com a arbitragem, deve comparecer à audiência (art. 7, *caput*, LA), ocasião em que poderá oferecer defesa, que se resumirá na sua oposição à celebração do compromisso (poder potestativo); se não comparecer, cabe ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

Superada a fase da formalização judicial do compromisso, com a procedência do pedido (art. 7º, § 7º, LA), poderá ter início a instituição da arbitragem propriamente dita, a requerimento da parte proponente.

A Lei de Arbitragem não autoriza o aderente a fazer *tabula rasa* da cláusula compromissória, se e quando instado a firmar o compromisso arbitrai. Não fosse essa a *mens legis*, teria, simplesmente, proibido a arbitragem nos contratos de adesão. Por outro lado, não deve ser tolerado que o proponente imponha ao aderente, na hora da celebração do contrato, que um terceiro consinta por ele na instituição da arbitragem, afastando-se todas as variantes do "contrato consigo mesmo".

3.2 Qualidade técnica dos árbitros e mediadores

Conforme Nilton César Antunes da Costa, em sua obra "Poderes do Árbitro", já preocupado com a formação dos árbitros e o reflexo na qualidade das decisões arbitrais, faz a seguinte indagação:

A justiça participativa insere-se no quadro do acesso à justiça, mas será que os julgamentos proferidos pelos árbitros e juizes leigos, além dos acordos decorrentes da conciliação e da mediação, são razoáveis e qualitativamente inferiores aos proferidos pelos juizes togados, que integram a jurisdição estatal?

Costa, em sua obra (COSTA: 2002, p. 25) faz referência a Mauro Cappelletti que destacou as questões árduas dos métodos alternativos da solução

dos conflitos - arbitragem, mediação e conciliação - elucidadas pelo Prof. Richard L. Abel e rebatidas por aquele doutrinador:

Entre as questões árduas a encarar incluem-se: (1) Quais as melhores espécies de instituições a promover: arbitragem, mediação, conciliação, e naturalmente uma fileira de procedimentos simplificados, assim como juizados de pequenas causas? (2) Quais as melhores espécies de pessoas para trabalhar em tais instituições? Leigos e, com grande frequência (por exemplo, nos tradicionais tribunais do comércio, onde os juizes eram comerciantes, como ainda é o caso nos *tribunaux de commerce* franceses), pessoas envolvidas e pessoalmente familiarizadas com o mesmo tipo de interesses e problemas das partes? Isso é típico, v.g., em matéria de trabalho e agricultura, a exemplo dos *conseils de Prud 'Hommes* na França e, nesse mesmo país, dos *tribunaux paritaires des baux ruraux*. Em ambas essas instituições francesas, sobressaem procedimentos conciliatórios. Outra questão árdua é a de determinar os padrões e garantias mínimos a ser mantidos nessas espécies alternativas de órgãos julgadores e procedimentos. O risco, obviamente, é o de que a alternativa só proporcione uma justiça de segunda classe, porque é quase inevitável que falte aos julgadores nos tribunais alternativos, pelo menos em parte, as salvaguardas de independência e treino de que dispõem os Juizes ordinários.

Assim, Cappelletti dá a resposta e não vê, em hipótese alguma, que os métodos alternativos de resolução do conflito (arbitragem, conciliação e mediação) sejam justiça de *segunda classe*, tão-só por ter sido produzida por quem não integra a justiça ordinária (juiz togado), referindo que "*há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de 'segunda classe' são melhores, até qualitativamente, do que os resultados dos processos contenciosos*".

Costa defende a eficácia da arbitragem baseada na especialidade do árbitro, assim vejamos:

Na arbitragem, a vantagem é que o árbitro geralmente é um *expert* no assunto que lhe é colocado para julgamento. Os conhecimentos prévios do árbitro das peculiaridades da demanda aproxima-o mais intimamente dos fatos e lhe proporciona uma melhor visão do problema, para que o mesmo profira um julgamento mais justo. (COSTA: 2002, p. 26)

A verdade é que os profissionais que optarem por conciliar, mediar e arbitrar devem estar conscientes de sua *relevante função social* e muito bem preparados para o exercício de tal mister, fato que, aliás, pode ser controlado pelas próprias partes previamente ou pelo magistrado que nomeia o árbitro

compulsoriamente (art. 7.º, §§ 6.º e 7.º, da Lei 9.307/ 96), na seleção do profissional adequado que o caso exige.

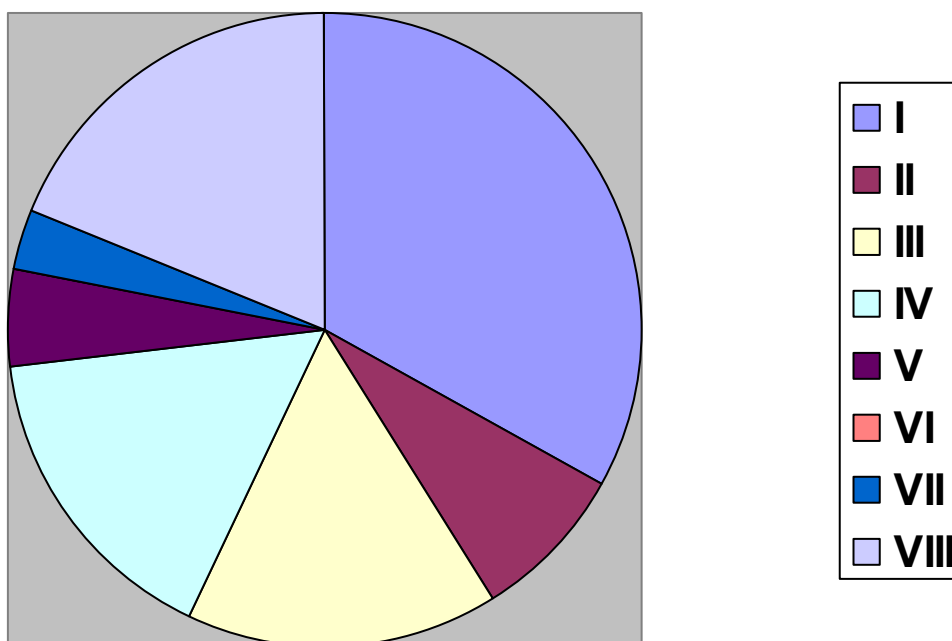
Por fim, Costa cita o Dr. René Bourdin, então presidente da Corte Internacional de Arbitragem, da Câmara de Comércio Internacional de Paris, falando no Congresso Interestadual sobre Arbitragem Comercial, realizado no Brasil em 1985, já acentuava que *"a qualidade dos árbitros será, na maioria das vezes, a da arbitragem"*. (COSTA: 2002, p. 27)

3.3 A anulação das sentenças arbitrais

Uma pesquisa do Comitê Brasileiro de Arbitragem, apontou os fatores que levam o Poder Judiciário a anular decisões arbitrais.

A pesquisa apontou as situações mais corriqueiras em que levam a anulação das decisões, quais sejam, as hipóteses do artigo 32 da Lei de Arbitragem, conforme depreende-se do gráfico abaixo:

z



São as hipótese previstas no art. 32 da lei de arbitragem:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nulo o compromisso;**
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;**
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;**
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;**
- V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;**
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;**
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei;**
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.**

Assim o primeiro dado importante a ser lembrado é que há grande número de arbitragens que transcorrem sem percalços e cujas sentenças são cumpridas voluntariamente. Só um número reduzido chega a também envolver algum tipo de ação judicial, o que nem sempre se revela inadequado. Das 678 decisões relativas à aplicação da lei 9.307/96 que foram coletadas e tabuladas na, desconsiderando-se as 112 decisões do Tribunal de Justiça de Goiás, dadas as peculiaridades da utilização da arbitragem no Estado, apenas 33 decisões tratam diretamente do mérito da invalidação da sentença arbitral, ou seja, menos do que 5%. Nesses casos, houve a invalidação da sentença arbitral em apenas 14 decisões.

Nessas 14 decisões, em que pesem alguns equívocos de ordem conceitual (especialmente na aplicação do artigo 6º da lei 9.307/96 e na distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, conforme detalhado abaixo) e certos excessos na análise do mérito das decisões dos árbitros, a maioria das anulações foi feita de forma técnica, tomando-se em consideração os elementos fornecidos nas próprias decisões.

Não foi encontrado nenhum acórdão do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal tratando do mérito da anulação de uma sentença arbitral. Das decisões dos Tribunais de Justiça dos diversos Estados, nas 14 vezes em que o Judiciário anulou a sentença, somente há dúvidas quanto à correção de uma decisão, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no caso Raça Humana Indústria e Comércio de Confecções Ltda. vs. Blink - Confecções Brasília Ltda. Dessa forma, em 93% dos casos a anulação pode ser considerada correta (reitere-se, do total de 14).

Assim percebe-se que “o Judiciário brasileiro, de forma geral, aplicou a lei de arbitragem tecnicamente, o que só fortalece o instituto da arbitragem”.

Quando se diz que a lei de arbitragem foi aplicada de forma técnica, o que se pretende deixar claro, na verdade, é que a anulação da sentença arbitral foi correta e que o Judiciário respeitou (1) as estritas hipóteses do artigo 32 da lei de arbitragem (ainda que não as indicando expressamente), (2) a convenção de arbitragem, quando existente, válida e eficaz e (3) o poder dos árbitros de decidir o conflito, limitando-se a analisar eventuais erros in procedendo, tudo de acordo com a doutrina mais referenciada no âmbito nacional e internacional. Mesmo quando a lei de arbitragem foi aplicada de forma técnica no sentido que acabou de ser exposto, por vezes ocorreram algumas imprecisões ou imperfeições na fundamentação das decisões judiciais, conforme ressalvas que serão feitas oportunamente, mas sem que isso prejudicasse o acerto da própria anulação da sentença arbitral.

CONCLUSÃO

A implementação da recente Lei de Arbitragem, por seus dispositivos modernos, traz em seu bojo a exigência de uma mudança cultural.

Para que a arbitragem possa ser praticada habitualmente, será necessário evoluir de uma posição calcada no paternalismo do Estado para uma posição de independência na solução dos próprios conflitos.

O fato de a escolha do árbitro poder recair sobre qualquer pessoa capaz denota flexibilidade da lei, mas os demais dispositivos que disciplinam esta figura-chave no processo de arbitragem delimitam a aparente liberdade sem fronteiras. Se, por um lado, a lei faculta o direito de qualquer pessoa atuar como árbitro, por outro, ela própria disciplina acerca de comportamentos, responsabilidades, deveres, ética e competência que lhe serão cobrados diante do Código de Processo Civil. Em razão disso, nenhum profissional, consciente de sua responsabilidade e competência, se arriscará a expor seu nome.

A arbitragem apresenta inúmeras vantagens sobre a Justiça Comum. Portanto, só resta vencer a única barreira: o obstáculo cultural. Afinal, se é possível dispor do patrimônio para negociações, por que não se podem resolver por conta própria os problemas que poderão advir de tais atos?

O *caso prático* proposto objetivou reflexões, e, dentre estas a necessidade de um *expert*, na matéria em julgamento, em determinados conflitos. Além do mais, procurou-se demonstrar que a solução pela via arbitral pode ser mais rápida, econômica e flexível.

Para solucionar o *casos* diante da Justiça Comum, seriam necessários mais passos. Além da preparação do balanço especial e da contratação de 3 (três) peritos ou instituição para emissão de laudo de avaliação, possivelmente as partes estariam acompanhadas de peritos assistentes para o convencimento do juiz togado.

E assim sendo nada melhor do que esta balcima frase de Cícero que nos traz em sua redação:

“A arbitragem é o meio de não ganhar completamente um bom processo, nem perder completamente um mau processo.” (Cícero)

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 422 p.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. 178 p.

LENZA, Vítor Barboza. **Cortes arbitrais**. 2. Ed. Goiânia: AB, 1999. 227 p.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do Árbitro**. São Paulo: Editora RT, 2002. 208 p.

