

A Arbitragem e a Atuação do Juiz*

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

*Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça;
Advogado; Integrante do Corpo de Árbitros da Câmara de
Arbitragem, Mediação e Conciliação (CAMERS) da Fiegsl/
Ciergs – Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul/
Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul; Mestre em
Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul;
Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande
do Sul – Ajuris.*

1. A aproximação entre o juiz e o árbitro começa pelo fato de que eles exercem a mesma função.

Oppetit, em sua obra clássica, afirmou que:

“el arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlín: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual: el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo (...).”¹

Nesse contexto, a sentença arbitral, embora tenha seu fundamento no contrato emanado da vontade das partes, exerce função jurisdiccional, na medida em que resolve definitivamente o litígio.

“Na verdade, o árbitro não é um órgão jurisdiccional, enquanto entidade institucionalizada, mas exerce, sem dúvida, uma função jurisdiccional”². No mesmo sentido:

“Los árbitros ejercen la función declarativa jurisdiccional y la función cautelar, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales la tarea de hacer ejecutar lo juzgado.”³

* Este artigo foi escrito e publicado em homenagem ao Professor Araken de Assis. Após a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, o texto foi revisto para publicação em coletânea da Federasul (Porto Alegre, RS, julho de 2015).

1 OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Colombia: Legis, 2006. p. 57.

2 BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 443.

3 BARONA VILAR, Silvia. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 69.

No processo arbitral, os árbitros decidem com base em convenção privada, sem a intervenção do Estado, mas a sentença tem eficácia de sentença judicial. No Ag/Sentença Estrangeira 5.206-7, do Reino da Espanha, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, reconheceu que o juiz pode substituir a vontade da parte recalcitrante que firmar a cláusula compromissória e depois não instituiu a arbitragem. O r. julgado entendeu inexistir renúncia à jurisdição, mas uma escolha manifestada em contrato, elemento da relação negocial, pela qual as partes decidem sobre um modo de solução do conflito futuro, opção essa que deve ser cumprida.

Assegurada a autonomia da *jurisdição arbitral*, são muitas as referências constantes da Lei nº 9.307/96 sobre a possibilidade de intervenção judicial, quando as duas jurisdições se conectam e, em certas ocasiões, se atrimam. De modo geral, observa-se que os tribunais têm prestigiado a solução arbitral, que se torna cada vez mais presente no mundo jurídico nacional, com tendência de aumento, porquanto nos contratos empresários hoje celebrados é comum a inserção da cláusula compromissória.

2. Refiro sucintamente às situações previstas na lei em que há a participação do juiz, cuja simples enumeração mostra que o tema é recorrente e pode surgir muitas vezes antes, durante e depois da instalação do tribunal arbitral. É, na verdade:

“il cuore del dibattito sta nel fissare il rapporto tra arbitrato e giurisdizione – o, se si vuole, tra arbitri e giudici; sono, questi due mondi, in contrasto tra loro, ed in tal caso quale deve prevalere sull’altro, o possono coesistere, e come ed a che condizioni.”⁴

– Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência (art. 22-A, introduzido pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015).

– Não havendo acordo sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte será convocada; se não comparecer, ou se recusar o acordo, a interessada proporá a demanda do art. 7º (art. 6º, parágrafo único).

– Havendo resistência ao cumprimento da cláusula compromissória, o juiz – provocado – designará audiência especial, na qual tentará a conciliação; sem acordo, o juiz apreciará o pedido; se procedente, decidirá sobre o conteúdo do compromisso arbitral e sobre a nomeação dos árbitros, valendo a sentença

4 LACHINA, Sergio. *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2004. p. 11.

como compromisso arbitral (art. 7º e seus parágrafos). É uma forma de execução específica, na qual a vontade do juiz substitui a da parte.

– A ação do art. 7º também será proposta no caso de substituição de árbitro que não aceitar, falecer ou tornar-se impossibilitado, se não houver substituto ou acordo sobre a substituição (art. 16).

– Em litígio já instalado, o compromisso arbitral judicial será firmado por termo, perante o juízo ou tribunal (art. 9º, § 1º).

– Nos casos dos arts. 13, § 2º, e 16, § 2º, caberá ao juiz a nomeação de árbitro para compor o tribunal e para sua substituição.

– As disposições sobre impedimento e suspeição dos juízes (arts. 134 e seguintes do CPC) se aplicam aos árbitros (art. 14).

– Reconhecida pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral a sua incompetência, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, as partes serão remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa (art. 20, § 1º). Caberá ao interessado tomar a iniciativa de promover a ação cabível.

– A condução de testemunha renitente será ordenada pelo juiz, a pedido do árbitro ou do presidente do tribunal arbitral (art. 22, § 2º).

– Já instalado o tribunal arbitral, se houver necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, estas serão solicitadas ao juiz pelos árbitros (art. 22, § 4º).

– Suscitada questão sobre direito indisponível da qual dependa o julgamento, o árbitro suspenderá o procedimento arbitral e remeterá as partes ao juiz, retomando a arbitragem o seu curso depois do trânsito em julgado (art. 25).

– A parte interessada poderá pleitear do juiz, no prazo decadencial de 90 dias, a contar do recebimento da notificação da sentença, parcial ou definitiva, ou da decisão do pedido de esclarecimentos, a declaração da nulidade da sentença arbitral (art. 33). Se houver execução judicial, a arguição poderá ser feita na impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-L do CPC). (art. 33, §§ 1º e 2º, com a redação da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015).

– A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem (art. 33, § 4º, introduzido pela Lei nº 13.129/2015)

– A sentença arbitral estrangeira está sujeita à homologação do Superior Tribunal de Justiça (art. 35).

– O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de

sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro (art. 22-C, introduzido pela Lei nº 13.129/2015).

3. Antes de ir adiante, devo registrar importante inovação da Lei nº 13.129, de 2015, sobre a sentença parcial. A nova lei veio consagrar o entendimento predominante das legislações e da doutrina, ao admitir expressamente a sentença parcial.

Recolhe-se do exame comparado que a maioria das legislações permite ao árbitro a expedição de laudo parcial, seja por previsão das partes, seja por permissão legal. Na Inglaterra, por exemplo:

“l’attuale normativa, abbandonando il fuorviante termine di *interim awards* ha preferito prevedere genericamente la possibilità, per l’organo arbitrale, di emettere più lodi in momenti diversi e su aspetti differenti delle questione ad esso deferite.”⁵

Na Itália, classificam-se os laudos parciais (não definitivos) entre os que decidem parcialmente o mérito e os que resolvem alguma questão jurídica sem decidir o mérito⁶.

Na Espanha, a possibilidade de ditar laudos parciais foi reconhecida pela nova lei:

“Fruto también de la práctica forense arbitral – más en el ámbito internacional que en el interno –, lo constituye el reconocimiento legal de que los árbitros puedan dictar laudos parciales que recaigan sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones como son la propia competencia del árbitro o la adopción de medidas cautelares.”⁷

As câmaras de arbitragem registram o exame de laudos arbitrais parciais, sendo significativo que a Câmara Internacional de Comércio (CCI, Paris) examinou, em 1996, 42 laudos parciais⁸.

“El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo, y su contenido es invariable.”⁹

5 ZUFFI, Beatrice. *L'arbitrato nel diritto inglese*. Torino: Chippechelli, 2000. p. 138.

6 LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2004. p. 156.

7 MERINO MERCHÁN, José Fernando; CHILLÓN MEDINA, José María. *Tratado de derecho arbitral*. 4. ed. Cizur Menor: Civitas, 2014. p. 189.

8 OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Colombia: Legis, 2006. p. 231.

9 LORCANAVARRETE, Antonio María. *El laudo arbitral*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2011. p. 14.

No Brasil, ainda antes da nova lei, ensinava o nosso maior especialista: “Não há dúvida alguma sobre os benefícios que, em sede de arbitragem, a sentença parcial pode trazer”¹⁰.

Certamente surgirá controvérsia sobre o conteúdo do conceito: se sentença arbitral parcial é somente a que julga parte do mérito ou se, também, a que aprecia questões prejudiciais, como competência, legitimidade, prescrição, etc.

São sentenças parciais tanto as que julgam parte do mérito como as que apreciam questões prejudiciais. A lição que nos vem da Espanha é esclarecedora:

“Los laudos parciales pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares, de donde resulta que un laudo no es sólo la decisión arbitral que pone término a un procedimiento arbitral, resolviendo sobre el fondo del asunto. (...) En conclusión, son susceptibles de anulación tanto los laudos definitivos – ya sean (parciales) que resuelven sobre cuestiones diferentes al fondo de la controversia, sobre los que la LA admite expresamente el ejercicio de la acción.”¹¹

A lei também afastou dois motivos de futura disputa, pois incluiu a sentença parcial entre as que podem ser objeto de demanda para declaração de nulidade e determinou como termo inicial, para o prazo decadencial de 90 dias, a data em que a parte for notificada da sentença parcial ou final (art. 33, § 1º).

4. A Convenção de Nova Iorque dispõe sobre a interlocução entre a jurisdição comum e a arbitral, tendo o Dr. Timothy G. Nelson apresentado o seguinte resumo:

“Entre muitos e diferentes modos em que a cooperação judicial pode se manifestar, estão: (1) suspender ou negar provimento do litígio e, ao contrário, compelir as partes a arbitrarem suas disputas; (2) conceder uma ordem de arresto ou ‘congelamento’ pré-arbitral (conhecida no sistema inglês como *liminar Mareva*), para ‘congelar’ os ativos de um réu a fim de garantir o cumprimento de uma decisão futura; (3) conceder uma liminar para evitar a destruição de ativos, ou para preservar o *status quo* pendente de arbitragem; (4) conceder liminares ‘antiação judicial’ para evitar litígio iniciado, violando uma cláusula arbitral; e (5) concedendo uma suspensão do litígio que, enquanto não diretamente coberto por cláusula arbitral, seja suficientemente

10 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 348.

11 MARTÍN MUÑOZ, Alberto de; HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coord.). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Prólogo de Julio González Soria. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 509.

dependente de resolução dos conteúdos da arbitragem, quando apropriado aguardar o resultado da arbitragem.”¹²

Examinarei dois desses pontos, referidos nos arts. 7º e 35 da Lei de Arbitragem e no item (1) do artigo de Nelson.

5. Ao tratar de aplicar a regra do art. 7º da Lei de Arbitragem, por provocação da parte interessada na instalação da arbitragem, surge para o juiz a questão do exame da validade, extensão, aplicabilidade e eficácia de cláusula compromissória, matérias referidas no artigo II, 3, da Convenção de Nova Iorque.

Sabe-se que o juiz, ao julgar o pedido de constituição do tribunal, nos termos do art. 7º da Lei da Arbitragem, não examina o mérito da disputa que lavra entre as partes, mas deve necessariamente apreciar, entre outros pontos, se existe alguma causa de invalidade ou se o objeto da arbitragem está entre os assuntos contemplados pela cláusula compromissória.

A Convenção de Nova Iorque, inserida no ordenamento nacional pelo Decreto nº 4.311¹³, de 23.07.02, em seu artigo II, 3, reza:

“O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

Cabe ao juiz, pois, deliberar sobre: (i) a validade da cláusula, de acordo com os princípios do seu ordenamento jurídico; (ii) a possibilidade de a cláusula ser eficazmente aplicada na relação de que se trata; (iii) a possibilidade de a cláusula ensejar execução; e (iv) a possibilidade de a cláusula ser aplicável (operante) à matéria de que se trata, isto é, que se inclua na competência reservada à arbitragem.

Diante do pedido, o juiz decidirá sobre o conteúdo do compromisso, respeitadas as disposições da cláusula compromissória¹⁴. Não poderia ser diferente,

12 NELSON, Timothy G. Into orbit: 50 years of global arbitration under the New York Convention. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 73-85, jul./set. 2008, p. 76. Tradução livre.

13 BRASIL. *Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002*. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

14 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: processo do conhecimento: 2. parte e procedimentos especiais*. Ed. de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2. p. 411.

uma vez que o deferimento do pedido implica a aceitação de estar tal pretensão amparada na cláusula cuja execução se pede, necessariamente existente, válida e eficaz. É dispensável dizer que juiz algum autorizará a instalação de tribunal arbitral para apreciar matéria que a lei ou as partes, na cláusula compromissória, expressamente excluíram, ou diante de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Se o fizer, estará negando vigência à disposição expressa de lei:

“Art. 7º. (...).

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre o seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, *respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.*”¹⁵

A defesa que o réu pode suscitar consiste exatamente na alegação de que “a questão a ser dirimida não esteja abrangida pela cláusula”¹⁶. Se a ofensa a essa restrição porventura acontecer, o trabalho do tribunal arbitral será inútil, pois fatalmente será destruído pela ação prevista no art. 32 da Lei da Arbitragem, porquanto nula a sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem:

“A decisão que o árbitro tomar a respeito da questão que vier a ser submetida acerca da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem não será, de qualquer modo, inatacável, uma vez que poderá a parte eventualmente inconformada utilizar-se do expediente de que trata o art. 32 para impugnar a decisão final.”¹⁷

“(…) A nulidade da sentença *extra petita* e a nulidade da parte *ultra petita* do laudo está calcada no fato de que, se uma das partes propõe questão que fuja dos limites da convenção de arbitragem, não faz nascer, com tal demanda, o poder-dever do árbitro de julgar, e se o árbitro, por desatenção ou desídia, examina e decide a questão, provocará a nulidade (de todo [...] ou de parte dele [...]).”¹⁸

Portanto, na hipótese de requerimento fundado no art. 7º, tem o juiz competência para decidir sobre validade e eficácia da cláusula compromissória.

15 BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

16 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 159.

17 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175.

18 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 406.

uma vez que o deferimento do pedido implica a aceitação de estar tal pretensão amparada na cláusula cuja execução se pede, necessariamente existente, válida e eficaz. É dispensável dizer que juiz algum autorizará a instalação de tribunal arbitral para apreciar matéria que a lei ou as partes, na cláusula compromissória, expressamente excluíram, ou diante de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. Se o fizer, estará negando vigência à disposição expressa de lei:

“Art. 7º. (...).

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre o seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, *respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.*”¹⁵

A defesa que o réu pode suscitar consiste exatamente na alegação de que “a questão a ser dirimida não esteja abrangida pela cláusula”¹⁶. Se a ofensa a essa restrição porventura acontecer, o trabalho do tribunal arbitral será inútil, pois fatalmente será destruído pela ação prevista no art. 32 da Lei da Arbitragem, porquanto nula a sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem:

“A decisão que o árbitro tomar a respeito da questão que vier a ser submetida acerca da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem não será, de qualquer modo, inatacável, uma vez que poderá a parte eventualmente inconformada utilizar-se do expediente de que trata o art. 32 para impugnar a decisão final.”¹⁷

“(...) A nulidade da sentença *extra petita* e a nulidade da parte *ultra petita* do laudo está calcada no fato de que, se uma das partes propõe questão que fuja dos limites da convenção de arbitragem, não faz nascer, com tal demanda, o poder-dever do árbitro de julgar, e se o árbitro, por desatenção ou desídia, examina e decide a questão, provocará a nulidade (de todo [...] ou de parte dele [...]).”¹⁸

Portanto, na hipótese de requerimento fundado no art. 7º, tem o juiz competência para decidir sobre validade e eficácia da cláusula compromissória.

15 BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

16 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 159.

17 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175.

18 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 406.

6. Uma vez instalado o tribunal arbitral, caberá ao árbitro decidir sobre a sua competência. Tem ele competência sobre sua competência (*kompetenz-kompetenz*), sem que seja necessário submeter ao juiz a questão controvertida sobre essa matéria preliminar.

Reza o parágrafo único do art. 8º da Lei da Arbitragem:

“Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por convocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

Mas o princípio sofre restrições que a própria lei fixa:

(a) em primeiro lugar, é preciso que exista o árbitro, isto é, que o tribunal arbitral já tenha sido instalado:

“E se é ao árbitro (*que cabe decidir*), significa já estar instituído o juízo arbitral. Ora, se houver de instituir-se a arbitragem pelo juiz, claro está que a ele competiria a declaração da nulidade e dos demais vícios, da própria convenção de arbitragem, inclusive.”¹⁹

(b) Antes de instalado o tribunal arbitral, tendo uma das partes requerido ao juiz a execução específica da cláusula de arbitragem, o juiz deferirá o pedido se puder extrair do contrato que a cláusula compromissória existe, versa sobre matéria passível de arbitramento, e se a questão está entre aquelas que as partes decidiram submeter à arbitragem. É o que está dito no art. 7º, § 3º: “decidirá o juiz (...) respeitadas as disposições da cláusula compromissória”²⁰. Cabe às partes esclarecer a situação, “possibilitando ao juiz identificar se o litígio concreto estaria ou não enquadrado na previsão constante da cláusula”²¹. Tudo deve ficar bem claro sobre o objeto da controvérsia, porque, como já se disse, não há razão para o juiz proferir sentença determinando a prática de um ato nulo, como o seria a instalação de arbitragem não convencional, ou contrária à lei ou além do contratado.

19 Cf. TIBURCIO, Carmen. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 433.

20 Cf. ZUFFI, Beatrice. *L'arbitrato nel diritto inglese*. Torino: Chippechelli, 2000. p. 138.

21 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 155.

(c) É nula a sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem: “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: (...) IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”²².

(d) Havendo resistência de uma das partes na instalação do tribunal arbitral, esta poderá promover ação de nulidade da cláusula, uma vez que “o mesmo raciocínio se aplica se a pretensão de nulidade for objeto de ação declaratória, fora, portanto, do âmbito do processo arbitral”²³. A Convenção de Nova Iorque, artigo II, 3 (cuja homologação é posterior à Lei nº 9.307/96 e, portanto, prevalente²⁴), transferiu para o juiz a competência para decidir se o acordo é nulo, sem efeitos, inoperante ou inexecutável. Basta para isso que exista uma ação judicial proposta pela parte recalcitrante. Explico: o art. 7º prevê a sentença judicial em ação intentada pela parte que pretende dar execução à cláusula, enquanto que o artigo II, 3, da Convenção não se refere unicamente à ação cominatória, mas estende a possibilidade de manifestação judicial sempre que o interessado promover uma ação sobre matéria objeto da cláusula compromissória (“ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo”). As disposições da Lei e da Convenção são complementares e autorizam ação judicial, seja para instalar, seja para não instalar o tribunal arbitral.

O sistema implantado no país, portanto, ao mesmo tempo em que reservou ao árbitro a competência para decidir a questão suscitada sobre a sua própria competência (arts. 7º, parágrafo único, e 20), depois de instalada a arbitragem, manteve com o juiz a competência para, antes da formação do tribunal, decidir sobre ser ou não caso passível de arbitragem (art. 7º, § 3º), tanto por provocação da parte interessada na instalação do tribunal arbitral como por iniciativa da parte recalcitrante (Convenção, artigo II, 3).

Além disso, ainda cabe ao juiz julgar a nulidade da sentença nos termos do art. 32 da Lei de Arbitragem. A Convenção de Nova Iorque já consagrava essa ideia, cujo artigo V admite o indeferimento do pedido de reconhecimento

22 BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

23 MAGALHÃES, José Carlos. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 24-41, jul./set. 2008, p. 37.

24 Sobre a vigência dos dois diplomas, assim dissertou José Carlos Magalhães: “É importante observar que, segundo entendimento do STF, o tratado revoga a lei anterior. Sendo assim, a entrada em vigor no Brasil da Convenção de Nova Iorque revoga dispositivos da Lei nº 9.307/96 que sejam com ela incompatíveis (...)” (MAGALHÃES, José Carlos. A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 309-318, out./dez. 2002, p. 313).

e de execução de sentença arbitral quando “a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem (...)”²⁵.

7. Muito tem sido escrito sobre a regra *kompetenz-kompetenz*, que é de origem germânica.

Ocorre que, recentemente, o próprio *Bundesgerichtshof* se afastou do rigor desse enunciado, ao dispor:

“a) Após a entrada em vigor da nova lei de regulamentação do processo arbitral, é vedado às partes de um compromisso arbitral estabelecer uma cláusula *kompetenz-kompetenz* que tenha como consequência a vinculação dos tribunais estatais ao julgamento do tribunal arbitral. b) Em razão de uma cláusula *kompetenz-kompetenz*, antes de uma decisão sobre a validade da cláusula compromissória, o tribunal estatal não está obrigado a esperar a decisão do tribunal arbitral sobre a competência. c) (...)”²⁶

Isso significa que sequer com o acordo expresso das partes pode ficar excluída a apreciação da matéria pelo juiz, nem é de aguardar-se uma decisão do tribunal arbitral sobre a competência.

Também os EEUU, informa a mesma autora:

“(...) no caso *Prima Paint v. Flood & Conklin Man. Co.*, adotaram sistema diverso (de reservar o primeiro exame aos árbitros), pois a Suprema Corte entendeu que, em regra, cabe ao Judiciário decidir sobre a validade da cláusula e as matérias que serão decididas pelo tribunal arbitral.”²⁷

Na Inglaterra, a decisão dos árbitros a respeito da sua competência está sujeita à revisão judicial a qualquer momento²⁸.

25 BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

26 Cf. TIBURCIO, Carmen. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 425.

27 Cf. TIBURCIO, Carmen. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 427.

28 MOROSINI, Fábio. A arbitragem comercial como fator de renovação do direito internacional privado brasileiro dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 851, p. 63-85, set. 2006.

8. Por isso, pode-se concluir que o regime instituído no Brasil sobre a possibilidade de o árbitro decidir sobre a sua competência é uma alternativa feliz por propiciar a reserva da jurisdição sobre todos os temas submetidos ao árbitro, assim simplificando o procedimento e permitindo sua rápida condução à sentença final. Porém, tal regime não é rígido a ponto de negar ao juiz (que vai decidir a ação intentada com base no art. 7º) o poder de examinar a procedência do pedido, como se no caso detivesse apenas metade da jurisdição ou estivesse a exercer um poder enfraquecido, constrangido a acolher um pedido evidentemente contrário à lei ou proibido pela vontade das partes. Também não ficou excluído o direito da parte de provocar o juiz para *impedir a instalação da arbitragem*, nos casos acima mencionados.

Em síntese, o único entendimento possível, à luz dos valores constitucionais da Lei nº 9.307/96 (art. 7º) e da Convenção de Nova Iorque (artigo II, 3), promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, é o de que a análise da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória não constitui matéria de competência exclusiva dos árbitros, mas submete-se, paralelamente, à competência do Poder Judiciário²⁹, nas situações acima descritas.

9. É bom lembrar que a instituição da arbitragem decorre do prestígio deferido pela lei à vontade das partes, o que implica também aceitar a limitação voluntariamente imposta na convenção. A cláusula compromissória “na realidade é um autêntico e autônomo negócio jurídico”³⁰ e, como tal, deve ser vista e respeitada.

De outra banda, o resguardo à vontade dos contratantes deve ser garantido pelo Estado mediante manifestação judicial, na instalação do tribunal, e, depois, para julgar a validade do ato sentencial, não para prestígio do juiz ou da função estatal, mas para garantia da vontade e do interesse das partes.

Disse bem o Des. Márcio Martins Bonilha: “Na arbitragem, prevalece o princípio da ampla autonomia da vontade, cuja manifestação em tema de direito disponível é firmemente respeitada, impondo-se a obediência à regra *pacta sunt servanda*”³¹. Esse princípio deve ser observado tanto para admitir a transferência ao árbitro da competência para julgar como para limitar o âmbito

29 TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 162.

30 SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória: de acordo com a atual legislação das sociedades anônimas* (Lei 10.303/2001) e novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: RT, 2003. p. 127.

31 BONILHA, Márcio Martins. Do efeito vinculante da cláusula arbitral. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 5, n. 20, p. 108, mar./abr. 2004.

da sua jurisdição: “é fundamental que o magistrado respeite tudo aquilo que já houver sido estipulado pelas partes na cláusula compromissória vazia”³².

10. Não me parece aceitável a tese de que, na cláusula compromissória cheia, havendo recalcitrância da contraparte, o interessado em promover a arbitragem pode requerer a sua instalação independentemente de postulação ao juiz. O art. 7º, que regula essa intervenção judicial, não autoriza tal conclusão, uma vez que os pressupostos para sua incidência são a existência de cláusula compromissória (sem distinção entre cheia ou vazia) e a resistência da outra parte.

11. O réu, no processo judicial, antes de discutir o mérito, deve alegar a existência de convenção de arbitragem (art. 301, *caput*, inciso X, do Código de Processo Civil). O § 4º desse artigo excepciona, do conhecimento de ofício pelo juiz, não a convenção de arbitragem, mas o compromisso arbitral, o que significa que este, nos termos estritos da lei, deve ser suscitado através de exceção, enquanto que a convenção permitirá julgamento independente de exceção, porque seria uma objeção processual. Há acirrada controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência, conforme nos relatam Fichtner e Monteiro, parecendo predominante o entendimento de que ambas as hipóteses dependem de suscitação pelo réu. A omissão do interessado significará a preclusão, do ponto de vista processual, e renúncia do direito que lhe decorria do acordo, para aquele processo³³.

O novo Código de Processo Civil, no seu art. 337, uniformizou a referência. Tanto o *caput*, inciso X, como os §§ 5º e 6º exigem a alegação de existência de *convenção de arbitragem* para a extinção do processo, entendendo-se que essa expressão compreende a convenção arbitral e também o compromisso arbitral. A falta de alegação implica a aceitação da jurisdição estatal e a renúncia ao juízo arbitral (§ 6º).

12. A sentença que o juiz profere, nos termos do art. 7º, valerá como compromisso arbitral (§ 7º), pelo que a sua natureza não é a de sentença condenatória, vez que nada exige da parte vencida, mas, sim, constitutiva.

Os contratantes podem estabelecer um foro de eleição, para as ações que devam ser propostas perante o juiz em razão da cláusula compromissória. Essa disposição deverá ser acolhida, se não significar exercício abusivo de direito e não criar extrema dificuldade para a defesa de uma das partes.

32 FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. *Temas de arbitragem*: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 105.

33 A controvérsia está bem relatada por FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. *Temas de arbitragem*: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 67 e ss.

13. Outro aspecto de interesse, que se refere à intersecção da jurisdição comum com a arbitral, diz com a homologação de sentença arbitral estrangeira, isto é, aquela proferida fora do território nacional.

É da competência do Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentença arbitral proferida fora do território nacional (arts. 35, 105, I, *i*, da Constituição da República de 1988 e Resolução nº 9 do STJ, de 04.05.05).

O STJ negará a homologação, nos termos do art. 38: por incapacidade das partes; por invalidade da convenção de arbitragem segundo a lei aplicável; por defeito processual dificultando a ampla defesa; por descumprimento dos limites da arbitragem; pela instituição do procedimento em desacordo com a cláusula ou com o compromisso arbitral; pela sentença arbitral anulada ou suspensa no país de origem; e, ainda, conforme o art. 39, quando (I) o objeto do litígio é insuscetível de arbitragem, segundo a lei brasileira, e quando (II) a decisão ofende a ordem pública nacional. A Convenção de Nova Iorque estabelece, no seu artigo V, os casos de indeferimento do pedido de reconhecimento e execução de uma sentença estrangeira: partes incapazes; falta de notificação; divergência fora da cláusula de arbitragem; irregularidade na composição do tribunal arbitral e no procedimento arbitral, sentença não obrigatória, anulada; o objeto da divergência não é passível de arbitragem; contrariedade à ordem pública interna.

Entre os casos de indeferimento está a desatenção à lei aplicável, eleita pela cláusula de arbitragem ou compromisso arbitral, porquanto a sentença, nesse caso, teria sido proferida fora dos limites da convenção (art. 38, incisos IV e V). Em excelente artigo sobre a arbitragem internacional, escreveu o jurista americano Adam Samuel:

“O árbitro deve aplicar aos méritos da disputa qualquer direito nacional que as partes tenham escolhido para este fim, sujeito apenas aos princípios de ordem pública do local da arbitragem; isto foi descrito como a regra de ‘ordem pública internacional’.”³⁴

Ainda vale lembrar a assertiva de que a *manifest disregard of the law* autoriza desconsiderar a sentença arbitral, conforme precedentes formados nos EEUU baseados no julgamento proferido na Corte Suprema no caso *Wilko v. Swan* (346 US. 427 [1953]), a que se seguiram outros, conforme se pode ver em *Arias*. US. Quaterly 2/2002.

34 SAMUEL, Adam. Arbitragem comercial internacional. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 377.

14. A disposição sobre ordem pública (art. 39, inciso II, da Lei de Arbitragem; Convenção de Nova Iorque de 1958, artigo V, 2, b) é uma cláusula geral que será aplicada mediante a definição do princípio a respeitar, segundo os valores sociais aceitos. Luiz Olavo Baptista repete a lição de Roppo, para quem a ordem pública é o complexo de princípios e de valores que informam a organização política e econômica da sociedade numa certa fase de sua evolução histórica, e que, por isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica³⁵. Não é diferente a antiga definição de Clóvis Beviláqua, que, em 1908, assim escreveu na sua *Theoria Geral do Direito Civil*: leis de ordem pública são as que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito³⁶.

Pontes de Miranda, com a concisão de sempre, escreveu: ordem pública é o mínimo ético tolerável pela ambiência jurídica do país³⁷.

Jacob Dolinger propõe a classificação do princípio da ordem pública em três níveis: no direito interno, para garantir o império de determinadas regras jurídicas; no impedimento de aplicação de leis estrangeiras; e, finalmente, para o reconhecimento de direitos adquiridos no exterior³⁸.

Para garantir a vigência de certos princípios, Dolinger menciona precedentes estrangeiros, nos quais, em direito obrigacional, foi feita a aplicação do princípio da ordem pública para impedir a execução de sentença estrangeira: a) o Tribunal de Versailles considerou contra a ordem pública a sentença estrangeira que condenou a parte ao pagamento de honorários *quota litis*, cláusula proibida pela legislação francesa; b) um tribunal da Geórgia recusou a execução de decisão arbitral que condenou a parte ao pagamento de juros acrescidos se não cumprido o laudo dentro de dois meses; c) as Cortes alemãs têm-se recusado a reconhecer a execução de sentenças americanas que concedem indenização por dor e sofrimento muito acima do que se pode obter em tribunais alemães³⁹.

35 BASSO, Maristela; CARVALHO, Patrícia Luciane de (Org.). *Lições de direito internacional: estudos e pareceres de Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 52.

36 BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1908. p. 13.

37 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 476 a 495. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 6. p. 168.

38 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 398.

39 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 410-412.

No Brasil, entre as normas de ordem pública cuja desatenção levou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a indeferir a homologação de sentença arbitral estrangeira está o art. 37, II, c/c o art. 39, II, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96):

“A decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (art. 37, II, c/c o art. 39, II, da Lei nº 9.307/96).”⁴⁰

Isto é, a regulação da arbitragem é de ordem pública e sua desatenção impede a homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral.

Entre as hipóteses que autorizam a negativa de homologação está a da sentença arbitral que desatende aos nossos princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da moralidade, do devido processo legal. Os princípios da moralidade e da igualdade se estendem para o direito obrigacional, conforme previsto no Código Civil:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Já nos arts. 421 e 422 estão explicitadas as mesmas ideias:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

15. O autor do pedido de homologação deverá provar a existência se sentença em condições de ser executada (art. 5º da Resolução nº 9/STJ), cabendo à parte adversa demonstrar as razões de improcedência do pedido. A manifestação do STJ dependerá de pedido da parte contrária à homologação, nos casos do art. 36, 1, *a*; porém, será conhecida de ofício a matéria referida no art. 36, 1, *b* (litígio não passível de arbitragem e contrariedade à ordem pública; art. 6º da Resolução nº 9/STJ).

16. Nos termos do artigo III da Convenção de Nova Iorque, para o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira não serão impostas condições mais onerosas do que as impostas ao reconhecimento ou à execução de sentença arbitral doméstica. Como a Lei de Arbitragem não exige homolo-

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada 866/GB*. Corte Especial. Requerente: Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera Inmobiliaria y Agropecuaria. Requerido: Moinho Paulista Ltda. Rel. Min. Felix Fischer. Acórdão de 17 de maio de 2006.

gação da sentença arbitral proferida no Brasil, tem sido discutida na doutrina a permanência ou não do procedimento de homologação de laudo arbitral pelo STJ⁴¹. Ocorre que o STJ exerce regularmente essa atribuição, o que é salutar, tendo já proferido inúmeras decisões sobre o tema e regulado o procedimento mediante a Resolução nº 9 do STJ/05.

Durante o processamento do pedido de homologação, o tribunal poderá conceder tutela de urgência (art. 4º, § 3º, da Resolução nº 9 do STJ).

17. Em conclusão, a participação do juiz no processo arbitral, ainda antes da sua instauração até a homologação da sentença estrangeira, tem por fim, de um lado, assegurar a livre-manifestação das partes que, no âmbito de sua autonomia privada, decidiram pela arbitragem e, de outro, o respeito aos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico. A justiça estatal e a arbitragem “poursuivraient, par de voies distinctes mais complémentaires, le même idéal de justice”⁴².

41 PINTO, José Emilio Nunes; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Convenção de New York: atualização ou interpretação? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 50-72, jul./set. 2008, p. 60; MAGALHÃES, José Carlos. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 24-41, jul./set. 2008, p. 40.

42 OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998. p. 23.

COORDENAÇÃO:

André Jobim de Azevedo

Eduardo Silva da Silva

Fabiano Zouvi

Fabiana Lemos Marques

DIA GAÚCHO DA ARBITRAGEM

LEX MAGISTER



CAF

Câmara de Arbitragem
da FEDERASUL
filiação a  CBMAE

Porto Alegre, 2015

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A arbitragem e a atuação do juiz. In: AZEVEDO, André Jobim de et al (Coord.). **Dia gaúcho da arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015. p. 184-199.

Observação:

Este artigo foi escrito e publicado em homenagem ao Professor Araken de Assis. Após a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, o texto foi revisto para publicação em coletânea da Federasul (Porto Alegre, RS, julho de 2015). Versão anterior do texto: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A arbitragem e a atuação do juiz. In: ALVIM, Arruda et al (Coord). *Execução civil e temas afins: do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 931-938.