

 25 ANOS

PECULIARIDADES DA ARBITRAGEM

JOSÉ
CARLOS DE
MAGALHÃES

TANIA F.
RODRIGUES
PALMA



1 A arbitragem e o Estado

A prática da arbitragem tem aprofundado sua característica privada de solução de controvérsias sem a intervenção do Estado. Se, em passado não muito distante, a sentença arbitral somente tinha efetividade após a sua homologação pelo Poder Judiciário, depois da edição da Lei nº 9.307/96 isso cessou. O Brasil passou a acompanhar a tendência que se fortalecera desde a Convenção de Nova Iorque sobre arbitragem, de 1958, com a modificação legislativa que provocou em grande parte do mundo ocidental.

Um dos efeitos dessa modificação foi o de ter conferido eficácia às decisões arbitrais, com fundamento na jurisdição outorgada pelas partes, fundadas na confiança por elas depositada nos árbitros nomeados¹. São as partes – e não o Estado – que outorgam aos árbitros o poder de declarar o Direito para solucionar a controvérsia entre elas.

Além do requisito específico da confiança das partes, os árbitros estão compelidos a atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção (Lei nº 9.307/96, Art. 13, § 6º), requisito comum a todos os julgadores de controvérsias, como os juízes togados.

O juiz estatal não necessita da confiança das partes, pois atua como órgão do Estado. Está sujeito a outros princípios, próprios de sua função pública, discriminados no Art. 139 do Código de Processo Civil (CPC), não aplicáveis aos árbitros e alguns até alheios à atividade específica de julgador, como o exercício do poder de polícia, a determinação de medidas coercitivas, a provocação do Ministério Público e da Defensoria Pública em caso de demandas repetitivas,

¹ Lei nº 9.307/96, Art. 13: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.”

enfim, atribuições típicas e próprias de órgão do Estado, mas não de julgador.

Salvo a tarefa comum de julgar controvérsias privadas com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, não há similitude entre a atividade do árbitro e a do juiz estatal. O árbitro desempenha jurisdição privada transitória, outorgada pelas partes, restrita à solução de determinada controvérsia e que se esgota com o término do processo arbitral. O juiz, por sua vez, possui jurisdição permanente, que precede e sucede o litígio entre as partes. Sua jurisdição é conferida pela Constituição Federal, atuando como órgão do Estado, no exercício de função pública, sob outros parâmetros e efeitos sociais amplos.

O árbitro exerce atividade vinculada à Ética, ao Direito emanado da sociedade, enquanto o juiz está subordinado à Lei, como ato do Estado, do qual é parte integrante, como um de seus poderes. Essa distinção se reflete nas hipóteses de impedimento e de suspeição de cada um deles, fundadas em parâmetros distintos, tendo a lei ressalvado a sua aplicação aos árbitros, apenas “no que couber”².

2 O árbitro não exerce múnus público

É certo que a Lei de Arbitragem, ainda influenciada pelo antigo monopólio da jurisdição pelo Estado, cometeu o equívoco de equiparar o árbitro ao funcionário público para fins penais³. Ignorou o fato de que árbitro atua em caráter

2 Lei n° 9.307/96, 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.” (Grifo nosso.)

3 Lei n° 9.307/96, 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.” (Grifo nosso.)



privado, apenas e nos estreitos limites da controvérsia para a qual foi nomeado para dirimir. Sua função transitória persiste somente e nos limites do processo arbitral, cujo término marca também o fim de sua condição de árbitro. Não percebeu o legislador que o árbitro não exerce múnus público e, sim, atividade eminentemente privada. Sua jurisdição se esgota com a sentença arbitral, que não produz efeitos públicos mas restritos apenas às partes cobertas pelo sigilo. Suas decisões não fazem jurisprudência pública, embora tenham sido coletadas por organismos de arbitragem. Difere, também nesse aspecto, do juiz estatal, que produz sentença judicial pública, apta a formar jurisprudência e precedentes, com reflexos nas relações e comportamentos sociais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando dotada de repercussão geral ou incluída na denominada Súmula Vinculante, destina-se a impor sua orientação a todo o Poder Judiciário e à administração pública, devendo ser obedecida por força de lei⁴. Não é lícito ao juiz e aos tribunais judiciais interpretar a norma legal de forma diversa das decisões do Supremo Tribunal Federal. Essa lei tem aplicação restrita ao Poder Judiciário e aos órgãos da administração pública. Não se estende às arbitragens, subordinadas a sistema diverso do judicial.

Isso não significa, contudo, que o árbitro tem ampla liberdade de decidir sem observar a lei material que rege a controvérsia, como o Código Civil ou a lei das sociedades anônimas, e a jurisprudência judicial dominante sobre o tema. Dela pode divergir, em

4 Lei nº 11.417/2006, Art. 2º: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.” (Grifo nosso.)

virtude das características da controvérsia, como é comum em toda a jurisprudência, com decisões por vezes conflitantes derivadas das especificidades de cada caso.

A aplicação da lei que rege a relação jurídica objeto da controvérsia é comum ao juiz togado e ao árbitro, pois ambos devem emitir julgamentos nela fundados, embora com interpretações nem sempre harmônicas. As normas processuais, por sua vez, têm conteúdo diverso e se destinam a regular a forma de encaminhamento de atos das partes e os meios de produção de provas, destinados à solução de controvérsias. O juiz togado observa as normas do CPC e o árbitro, as regras aprovadas pelas partes. São sistemas diversos e inconfundíveis.

A Lei nº 9.307/96 o reconhece, embora não tenha resistido aos efeitos residuais do monopólio da jurisdição, ao equiparar o árbitro ao funcionário público para efeitos penais. Essa circunstância, todavia, já se encontrava definitivamente superada, com o reconhecimento de que a jurisdição do Estado é delegada e não originária, como indica o Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal⁵. É a nação, o povo, quem a detém e não as autoridades que integram os Poderes do Estado. A desenvoltura com que atuam cria-lhes a convicção de exercerem o poder jurisdicional exclusivo e absoluto, sem contraste, como ocorria nos regimes absolutistas do passado. Os tempos mudaram. Esse estado de coisas deixou de existir e o Estado perdeu o antigo monopólio da jurisdição, passando a conviver com a ação da sociedade civil.

5 Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 1º, Parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”



3 Árbitro não é profissão

Nesse quadro há de se destacar outra faceta da Lei de Arbitragem, informada, ainda, pelo resquício do monopólio da jurisdição do Estado, na ressalva do Art. 17, de que os árbitros, "quando no exercício de suas funções", ficam equiparados a funcionários públicos, para efeitos penais. A redação da lei dá a impressão errada de que o árbitro pode atuar fora do processo arbitral na condição de árbitro. Não pode. O árbitro não exerce atividade profissional de julgador e, sim, a de sua categoria laboral, como advogado, auditor, contador, engenheiro ou qualquer outra. Nunca a de árbitro, que não é profissão, mas, repita-se, função temporária e específica para resolver determinado litígio para o qual foi nomeado. Findo o processo, com a sentença arbitral, termina sua tarefa e a jurisdição de que foi investido. Portanto, deixa de ser árbitro.

A lei fez confusão entre o árbitro e o juiz togado, que exerce a profissão de magistrado, como órgão e funcionário do Estado e que detém jurisdição permanente nos limites outorgados pela Constituição Federal, leis processuais e de organização judiciária. O juiz, fora do processo sob sua direção, continua sendo juiz, o que não acontece com o árbitro. O juiz deixa de ter jurisdição para atuar na ação, na qual já proferiu sentença final, mas permanece com a jurisdição genérica para resolver outras controvérsias. É a sua profissão. Não do árbitro.

4 A arbitragem e a perda do monopólio da jurisdição pelo Estado

Essas considerações justificam lembrar que o desenvolvimento da arbitragem privada na segunda metade do século XX é consequência do enfraquecimento do Estado como organizador das comunidades nacionais, antes dotado de soberania.

Até meados do século XX era titular absoluto da jurisdição para legislar e resolver controvérsias privadas. Isso mudou. Foi um processo lento, mas firme, indicado por marcos históricos relevantes. Dois deles podem ser identificados na Constituição dos Estados Unidos, de 1787⁶, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, de 1789⁷. Em ambos, a nação, o povo, foi reconhecida como titular da soberania, afastando o Estado dessa qualificação. O Brasil reconheceu-o desde sua Constituição de 1824, ao indicar que todo o poder emana do povo, conceito repetido em todas as demais Constituições, salvo a de 1891, que instituiu o regime republicano, por golpe de Estado militar. Desde a Constituição de 1824, os Poderes do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário são delegados da nação e não originários⁸.

6 Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, Preâmbulo: “**Nós, o povo dos Estados Unidos**, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, **promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.**” (Grifos nossos.)

7 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Art. 3º: “**A nação é essencialmente a fonte de toda soberania**, nem pode qualquer indivíduo, nem qualquer grupo de homens ser investido de qualquer autoridade que não advenha expressamente dela”. (Grifo nosso.)

8 A esse respeito, a Constituição de 1824 é explícita:

“Dos Poderes, e Representação Nacional.

Art. 9º. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembleia Geral.

Art. 12. Todos estes Poderes no Império do Brasil são delegações da Nação.

Do Poder Legislativo.

Art. 13. O Poder Legislativo é **delegado** à Assembleia Geral com a Sanção do Imperador.” (Grifos nossos.)



Essa perda do monopólio da jurisdição, como notado em trabalho anterior⁹, é refletida em instrumentos internacionais, dos quais tem maior relevância a Carta da ONU, cujo preâmbulo revela sintonia com conceitos e valores acolhidos no âmbito interno dos Estados, ao indicar serem os povos das Nações Unidas a formar a organização e não mais os Estados, como registrado no preâmbulo de sua antecessora, a Sociedade das Nações, pouco mais de vinte anos antes.

A despeito disso, continua o Estado como organização e estrutura a prevalecer nas esferas nacional e internacional, com sua presença efetiva amparada pela política e pela força militar. Todavia, essa prevalência está arranhada não apenas em virtude da ação das organizações internacionais, com as quais convive na produção de normas de conduta, mas também pela atuação da sociedade civil, por meio de protagonistas que emergiram para a cena internacional, como as organizações não governamentais, as empresas multinacionais, as fundações privadas, entre outros.

5 Resistências

No processo arbitral, a resistência à perda do monopólio da jurisdição pelo Estado é percebida, por vezes, pela adoção em processos arbitrais de parâmetros típicos do processo civil público. Custa a árbitros e advogados, não familiarizados com a arbitragem e habituados aos padrões de procedimento judicial, aceitar que o processo arbitral se rege pela vontade das partes e não por normas estatais.

Essa resistência é notada na produção da prova pericial, em que há certa insistência na observação do rito do processo público,

⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. *Arbitragem: sociedade civil x Estado*. São Paulo: Almedina, 2020.

em que o perito atua como auxiliar do juiz na apuração de fatos técnicos¹⁰. Na arbitragem são as partes que desempenham essa tarefa. São elas as responsáveis pela produção das provas de suas alegações e não o árbitro. O juiz, no processo judicial, exerce o poder de deferi-las ou não e nomeia um perito de sua confiança, que atua como seu auxiliar (Art. 149 do CPC). É o Estado inquisitorial a apurar a veracidade dos fatos, sob comando autoritário do juiz.

No processo arbitral essa autoridade não existe. A responsabilidade pela produção das provas é das partes, cabendo aos árbitros apenas estabelecer a ordem de sua produção, para efeito de organização do processo. A perícia técnica é realizada pelas partes, por meio de profissionais ou entidades por elas livremente contratados. Os laudos elaborados são apreciados pela parte adversa, também auxiliada por técnicos livremente indicados. O árbitro examina os trabalhos e decide, geralmente, após audiência com os debates e esclarecimentos nela realizados. Esses laudos não têm a interferência do árbitro, como o juiz no processo judicial, que determina às partes a apresentação de quesitos e lhes limita a apreciação técnica dos fatos controvertidos, segundo sua ótica, podendo eles ser impugnados e indeferidos, se o juiz os considerar irrelevantes, engessando a prova. É o juiz que dirige a prova e, por vezes, altera o ônus de produzi-la e de arcar com os custos correspondentes, se entender que as circunstâncias do caso assim justifiquem. Atua na condição de Estado-Tutor.

Na arbitragem são as partes encarregadas disso. Não agem sob tutela do Estado. Cabe-lhes o ônus de provar o que alegam; não o tribunal arbitral, ao qual cabe a tarefa de julgar as pretensões das partes, com base na prova livremente produzida, sem sua interferência.

¹⁰ Código de Processo Civil, Art. 156: “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.”



A resistência à perda do monopólio da jurisdição do Estado ainda se nota em decisões de Tribunais de Justiça que insistem em aplicar normas e princípios do processo civil ao processo arbitral, em ações de nulidade de sentença arbitral. É o caso da exigência de nomeação de curador à lide, em processos arbitrais em que o requerido deixa de firmar o termo de arbitragem e de participar do processo. Pretende-se que essa omissão equivale à revelia no processo judicial, com as mesmas consequências.

Trata-se de entendimento incompatível com o processo arbitral, que se rege pelo regulamento da entidade de arbitragem, como estabelecido no Art. 21 da Lei nº 9.307/96¹¹. Se o requerido for notificado para comparecer a fim de firmar o Termo de Arbitragem e não o fizer, o fato não impede o prosseguimento do processo, mesmo em sua ausência. O que se exige é sua notificação para o ato e para os demais atos do processo, no endereço indicado no contrato ou na convenção de arbitragem. Se, a despeito disso, persistir a sua ausência, não se pode cogitar a nomeação de um curador, até porque o árbitro está vinculado ao regulamento da entidade de arbitragem e à sua investidura. É despido da autoridade pública do juiz.

Enquanto no processo civil a representação das partes é feita necessariamente por advogado, isto não ocorre no procedimento arbitral, salvo se as partes a isso convencionarem. A nomeação de curador à lide é providência do Estado-tutor, por meio do juiz, nas hipóteses previstas no Art. 72 do CPC¹², o que não é o caso da arbitragem, que, reitera-se ainda uma vez, rege-se pela vontade das

¹¹ Lei nº 9.307/96, Art. 21: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.”

¹² Código de Processo Civil, Art. 72: “O juiz nomeará curador especial ao: [...] II – réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.”

partes, manifestada no contrato e na cláusula arbitral nele contida. Ademais, no processo arbitral, a omissão da parte de participar do processo arbitral não tem as características da revelia do processo judicial (Art. 344 do CPC). Não produz o efeito de se considerar verdadeiros os fatos alegados pelo requerente. A sentença arbitral deve sempre se fundamentar na prova produzida no processo, nunca na presunção da veracidade dos fatos não contestados, e a revelia não impede que seja proferida¹³.

A diversidade de parâmetros e de princípios entre os dois sistemas de solução de controvérsias nem sempre é percebida ou admitida pelo Judiciário, preso aos conceitos que regem o rito do processo civil. É o caso de algumas situações em que prevalecem as ficções legais, como a citação por edital, na impossibilidade de citar pessoalmente o réu, por se encontrar em local incerto e não sabido. Ou nas hipóteses de citação por hora marcada em virtude de suspeita de ocultação, não obstante a notoriedade da resistência da parte em receber a citação no local certo conhecido, seja residência, escritório ou onde exerce sua atividade profissional. No processo arbitral o endereço fornecido pela parte no contrato prevalece até a comunicação oficial de nova morada, em caso de mudança. A devolução de correspondência por ter o destinatário se mudado não obriga o outro contratante a pesquisar onde a parte se encontra, nem a fazer publicação de editais. A responsabilidade é de quem alterou seu endereço e não comunicou o novo, para onde se mudou. Até por essa razão, é prática contratual usual indicar para onde devem ser enviadas comunicações relativas ao negócio nele regulado e a pessoa responsável. É a boa-fé a reger as relações sociais e a responsabilidade de cada contratante por seus atos.

¹³ Lei n° 9.307/96, Art. 22, § 3°.



6 A migração da arbitragem do comércio exterior para a ordem interna

Há uma explicação histórica para esse efeito. A utilização do processo arbitral decorre de sua origem no comércio internacional, em que os contratantes, desejosos de adotar sistema imparcial de solução de controvérsias, afastam a interferência do Estado de qualquer deles; valem-se da autonomia da vontade. Livres das amarras do processo judicial, atuam com liberdade e responsabilidade na formulação de normas processuais específicas para a controvérsia.

A ação dos agentes do comércio internacional influenciou na elaboração de convenções internacionais sobre a arbitragem, que desaguarão na Convenção das Nações Unidas sobre arbitragem, em 1958, conhecida como Convenção de Nova Iorque, que sintetizou e substituiu as de Genebra de 1923 e 1929. Foi um processo lento, mas firme no desmonte da centralização pelo Estado de seu monopólio jurisdicional.

É certo que a tradição desse monopólio, ainda predominante quando da celebração da Convenção de Nova Iorque, impôs um critério intermediário de transferir a homologação da sentença arbitral do país em que foi proferida para o Estado onde vai ser executada. Foi uma estratégia para evitar a dupla homologação, a da sentença arbitral pelo juiz local e a judicial pelo Estado em que deve ser executada. Editada em 1958, a Convenção de Nova Iorque alinhava-se ao ideário então vigente do monopólio da jurisdição do Estado, tendo-se limitado a transferir a tarefa de homologação para o país da execução, o que explica a reciprocidade nela prevista para o reconhecimento de sentenças arbitrais produzidas em outro Estado dela signatário¹⁴. Com isso, as sentenças arbitrais não

¹⁴ Convenção de Nova Iorque, Art. 1º, § 3º: “Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, **com base em reciprocidade**, declarar que aplicará

mais precisariam ser homologadas no país onde foram proferidas, fazendo-o no país em que devem ser executadas. As sentenças arbitrais estrangeiras, portanto, continuaram sujeitas ao monopólio da jurisdição do Estado em que se pretende executá-las.

A prática anacrônica e fora de época ainda persiste e é acolhida em outras convenções internacionais sobre arbitragem, fruto possivelmente da mimetização, mais do que da reflexão e convicção sobre a necessidade de manter a anomalia ultrapassada. O Brasil, pela Lei nº 9.307/96, repetiu-a, criando disparidade de tratamento com a sentença local.

A Convenção de Nova Iorque, apesar do ranço então predominantemente mantido, teve o mérito de estimular a mudança legislativa de um grande número de países, que passaram a reconhecer a sentença arbitral nacional sem necessidade de sua ulterior homologação judicial, como era adotado no Brasil pelo CPC de 1973 e do anterior, de 1939. A Lei nº 9.307/96 finalmente acompanhou a tendência internacional e aboliu a exigência, conferindo plena eficácia à sentença arbitral produzida no país, sem o concurso do juiz estatal. Apesar desse avanço, manteve inexplicavelmente o monopólio da jurisdição relativo às sentenças arbitrais estrangeiras.

De qualquer forma, a alteração na legislação de muitos países a conferir eficácia plena à sentença arbitral provocou o grande desenvolvimento da arbitragem em todo o mundo, também estimulado pela Resolução da ONU que aprovou a Lei Modelo da Uncitral, de 1985, alterada em 2006.

a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração.” (Grifo nosso.)



7 A arbitragem como ação da sociedade civil

Esse desenvolvimento legislativo é sintoma da atuação cada vez mais relevante da sociedade civil, da qual participam os operadores do comércio internacional, subordinados aos princípios gerais de Direito e aos costumes prevalecentes no comércio internacional.

A sociedade civil, entendida como o conjunto de protagonistas dissociados das autoridades estatais, tem se destacado na elaboração de normas de comportamento de amplo espectro, a conviver com as leis estatais. As empresas privadas editam códigos de conduta e padrões de conformidade com princípios éticos, para fins internos de sua estrutura funcional e externos, a abranger fornecedores, prestadores de serviços e quaisquer outros terceiros que com ela negociam, compelidos a observar conceitos éticos identificados com os da sociedade em que operam. Empresas interessadas em celebrar contratos de fornecimento ou de prestação de serviços veem-se compelidas a assumir o compromisso de adotar normas de comportamento imposto pela contratante privada, não pelo Estado. As organizações não governamentais das mais diversas finalidades atuam, por sua vez, em prol de interesses sociais, não raras vezes contra pretensões de autoridades governamentais.

O rol de integrantes da sociedade civil é extenso e difuso, como os órgãos de comunicação em geral, dentre eles a imprensa e, atualmente, as redes sociais; as corporações de ofício que congregam advogados, engenheiros, arquitetos, auditores independentes; exportadores de produtos agrícolas; e entidades privadas, como a Associação Brasileira de Normas Técnicas, que emitem resoluções de interesse público, além de outras. Essas entidades privadas estabelecem normas de conduta incorporadas em Códigos de Ética para os integrantes da categoria profissional respectiva, por direito próprio e efetivo, sem participação do Estado ou de autoridades estatais.

Integram esse rol as câmaras ou centros de arbitragem destinados a administrar processos arbitrais, algumas com quadro de árbitros selecionados e regulamentos minuciosos a reger a atuação dos árbitros e das partes. Após a edição da Lei de Arbitragem, essas entidades arbitrais se disseminaram por todo o país, a atestar o interesse da sociedade brasileira em utilizar o mecanismo privado de solução de controvérsias em vez do sistema público.

Esse conjunto de fatores revela a dicotomia sociedade civil x Estado, em ação interdependente e harmônica, subordinada a parâmetros nem sempre coincidentes, mas com o objetivo comum de atender a interesses sociais¹⁵.

A redução do monopólio da jurisdição do Estado resulta de uma dinâmica social que evoluiu do entendimento antigo de que a autoridade do soberano estava amparada na graça divina, em Deus. Essa noção evoluiu para repousar na sociedade a fonte do poder e da jurisdição. John Locke a reconhecia no longínquo século XVII, ao dizer que

[...] nenhum decreto, venha de quem vier e independentemente da forma como for concebido, ou do poder que o sustentar, poderá alguma vez possuir a força e o caráter vinculativo de uma *lei*, caso não obtenha a *aprovação do legislador* que tiver sido escolhido e nomeado pelo povo. Sem esse requisito, a lei jamais poderá contar com algo que é absolutamente necessário para que seja uma *lei*, isto é, o *consentimento da sociedade*¹⁶. (Grifos do autor)

¹⁵ Para uma apreciação mais aprofundada, veja: MAGALHÃES, 2020.

¹⁶ LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 151.



A Lei é norma imposta pelo Estado, pelas pessoas que integram sua estrutura. O Direito advém da sociedade. Não se confundem, salvo quando a Lei expressa uma norma de Direito, por conter princípios, valores e costumes observados pela sociedade. A Lei obriga pela força de que dispõe o Estado. A norma de Direito, mesmo não traduzida em Lei, impõe-se pela coerção social, pela persuasão. Quem não cumpre a palavra empenhada ou age com desonestidade pode não infringir a Lei, nem cometer crime nela previsto, mas recebe o opróbrio social como sanção, com a falta de credibilidade. Essa sanção social é severa, embora difusa e não sujeita ao alcance da autoridade pública.

No Brasil, o antigo costume do uso da caderneta nas compras no comércio varejista ilustra esse efeito. O comprador detém a caderneta com o registro de suas compras e a apresenta ao vendedor que nela anota a nova aquisição e a devolve. O comprador detém a comprovação jurídica de seu débito e não o vendedor, seu credor. Se o comprador deixar de pagar o valor devido, o credor ficará desamparado pelo Estado, pois não tem a prova do crédito, em poder do devedor. Todavia, se deixar de cumprir o dever de pagar o preço da compra registrada na caderneta, o comprador perderá credibilidade com o credor e sofrerá os reflexos sociais de sua inadimplência. Os demais comerciantes, cientes do fato, sobretudo em comunidades pequenas, não lhe darão crédito. É sanção da sociedade, não da Lei.

O protesto de títulos não pagos tem o mesmo efeito, pela repercussão do registro público da inadimplência do devedor. É a sanção social, não legal. O devedor com título protestado não fica impedido de exercer atividades comerciais. A lei não o proíbe. A sanção que sofre é a da perda de credibilidade, do crédito de que todo comerciante necessita.

No Direito de Família, a evolução dos costumes sociais, com o reconhecimento da união estável e os efeitos jurídicos da coabitação

de casais, também retirou do Estado o monopólio para reger a organização da família. A Constituição brasileira de 1988, sensível à evolução dos costumes e valores da sociedade, refletiu essa modificação. Acolheu a tendência observada em outros países, a indicar a evolução de costumes com a adoção de parâmetros diversos dos tradicionalmente aceitos. A norma constitucional evoluiu e registrou a modificação de princípios e costumes da sociedade. Ao fazê-lo, sancionou uma norma de Direito. O Estado deixou de ter o monopólio na celebração do casamento, passando a conviver com a união estável informal de casais, sem os rigores normativos da organização da família nos moldes estabelecidos por autoridades estatais.

8 A autonomia da vontade e a arbitragem

Na esfera contratual, a autonomia da vontade criou impulso, libertando-se de amarras de modelos ou estruturas legais reguladoras de obrigações privadas, principalmente em negócios internacionais, em que preponderam os princípios gerais de direito e costumes internacionais sobre tratados firmados por Estados. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados fortaleceu a prevalência dos princípios gerais de Direito e dos costumes internacionais sobre tratados celebrados por Estados, considerando-os nulos quando conflitantes com normas imperativas de Direito¹⁷.

Esse efeito revela a existência de hierarquia de normas de Direito Internacional não indicada no Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, mas complementada pela norma posterior, ora qualificada como costume internacional, por sua aceitação pela

¹⁷ Decreto n° 7.030/2009, Art. 53: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”



generalidade dos países. Resulta do enfraquecimento da centralização no Estado da produção da norma jurídica, com o gradativo fortalecimento da sociedade civil, a atuar por meio de associações, fundações privadas, corporações de ofício, bolsas de valores, universidades, entre outras.

O Código Civil enumera diversos tipos de contratos e os regula com normas específicas, mas a imaginação dos empresários os amplia ao infinito. A dinâmica da sociedade, fundada em premissas e princípios éticos e legais, usufrui da autonomia da vontade, informada pela boa-fé a presidir as relações negociais.

9 Parâmetros da arbitragem

Nesse quadro se incluem as normas relativas à solução de controvérsias privadas. No Brasil, até a edição da Lei de Arbitragem, de 1996, como já referido, as sentenças arbitrais somente tinham eficácia após sua homologação pelo Poder Judiciário. Era a sentença judicial o instrumento jurídico de execução, não o laudo arbitral. Prevalecia o conceito da exclusividade da jurisdição estatal, inaugurada no século XVII, a persistir até meados do século XX e ratificada na Convenção de Nova Iorque, de 1958.

Embora o Estado não mais possua o monopólio da jurisdição na solução de controvérsias privadas, como salientado, não deixou de estabelecer parâmetros a serem observados no processo arbitral. Dentre eles se destacam, no Brasil, a limitação da autonomia da vontade e do mecanismo de solução de controvérsias relativas a bens e direitos patrimoniais disponíveis. Manteve o Estado a jurisdição monopolística sobre os direitos indisponíveis pela exclusiva vontade da pessoa.

A autonomia da vontade se expressa no acordo bilateral de obrigação de fazer, de que trata o Art. 815 do Código de Processo Civil, em que os contratantes se comprometem a submeter eventuais

litígios de negócio jurídico à solução arbitral, com o afastamento do Estado. A cláusula arbitral passou a ter efeito compulsório ao obrigar ao cumprimento do pactuado.

Outra limitação legal, além do caráter disponível do direito controvertido, é a de o árbitro ser pessoa capaz e gozar da confiança das partes, sem qualquer outra condição (Lei nº 9.307/96, Art. 13). Essa limitação legal não restringe a autonomia da vontade das partes, que têm liberdade para estabelecer outras condições, em virtude das características do contrato e da controvérsia. O requisito da confiança das partes é, no entanto, essencial para a validade da nomeação e atuação do árbitro, apto a produzir consequências não aplicáveis aos juízes estatais. Essa confiança, ressalta-se, deve ser de todas as partes no litígio e não apenas da que fez a indicação.

Não obstante, a lei que estabelece os mesmos impedimentos e hipóteses de suspeição a que estão sujeitos os juízes estatais, previstos no CPC (Arts. 144 a 147), teve a cautela de esclarecer que tais restrições são aplicáveis aos árbitros *no que couber*. Isso porque nem todas as hipóteses legais de impedimento ou de suspeição dos juízes estatais se estendem aos árbitros, que podem atuar em situações em que aqueles estão impedidos, se ambas as partes neles depositam confiança. Esse requisito é essencial e não meramente formal.

10 O dever de revelação do árbitro

O requisito da confiança das partes, por ser essencial, impõe ao árbitro o dever de revelar fato que possa tordar essa confiança. A lei restringe essa revelação a fato “que denote dúvida justificada quanto à imparcialidade e independência” do árbitro¹⁸. Uma primeira consideração que o texto

¹⁸ Lei nº 9.307/96, Art. 14, § 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.” (Grifo nosso.)



legal desperta é a de que, se a dúvida é *justificada*, é porque procede, a denotar falta de confiança e a impedir por si só a nomeação do árbitro, independentemente do dever de revelação.

Ainda que a lei se refira a revelação de fato que possa afetar a imparcialidade e independência do árbitro por ocasião de sua nomeação, esse dever perdura durante todo o procedimento arbitral, abrangendo fatos que venham a ocorrer posteriormente à nomeação. Esse requisito é ético, não legal. Não é também meramente formal, mas substancial, pois se destina a preservar a confiança depositada no árbitro durante todo o curso do processo arbitral. Pode ocorrer, como se tem verificado, que, depois da nomeação e durante o processo arbitral, surjam fatos capazes de minar a confiança depositada quando da nomeação do árbitro. Devem, por essa razão, ser levados pelo árbitro ao conhecimento das partes. A elas cabe ratificar ou não a confiança inicial.

Embora a lei limite esse dever ao momento da nomeação, a ética a que estão sujeitos os árbitros impõe o alargamento desse dever, a perdurar durante todo o curso do processo. Se o árbitro, após sua nomeação, for convidado a atuar em outro litígio em que uma das partes está envolvida, ainda que nenhuma relação tenha com a matéria em discussão, tem o dever de revelar o fato e consultar as partes se pode aceitar o convite, ou renunciar à nova investidura. Há inúmeras possibilidades de ocorrências que aconselham ao árbitro informar as partes sobre fatos posteriores à sua nomeação.

O essencial é preservar a confiança das partes, que pode se estender até depois de findo o processo. É o caso do árbitro, após o término do processo, ser convidado a patrocinar interesses de uma parte ou a lhe prestar consultoria. Não há impedimento legal, até porque o processo terminou e o fato é posterior. Todavia, pode gerar suspeita ou dúvida, em retrospectiva, sobre a independência e imparcialidade do árbitro durante o curso do processo. A

prudência aconselha o árbitro, mesmo depois do fim do processo, a evitar relações com qualquer das partes, para não gerar suspeita sobre sua conduta imparcial e independente no curso do processo. A Ética deve prevalecer sobre a norma legal.

O dever ético de informação do árbitro tem como contrapartida o das partes, também elas sujeitas às mesmas normas de comportamento. A não observância desse dever tem dado origem a expedientes de partes que não desejam a participação do árbitro indicado pela outra parte, ou para presidir o tribunal arbitral. Para isso, usam do artifício da impugnação sem base aceitável, algumas notoriamente improcedentes. Tem-se observado a utilização de pretextos, por vezes fúteis, com o propósito de criar indisposição do árbitro, levando-o a se defender da imputação. É o caso de impugnações com fundamento no fato de o árbitro integrar conselho editorial de revista especializada de que participa o advogado da outra parte, ou de lecionarem ambos na mesma universidade, ou de já ter atuado em arbitragem da qual uma das partes foi parte.

Essas impugnações, em geral improcedentes, não têm fundamento em fato objetivo a indicar falta de independência ou de imparcialidade do árbitro, mas servem ao propósito de criar incidente, a compelir o árbitro a se justificar para afastar a impugnação. Por vezes, produzem o efeito de provocar a renúncia da investidura pelo simples fato da impugnação, mesmo notoriamente improcedente.

11 O trânsito em julgado da sentença arbitral

Além das peculiaridades da arbitragem apontadas anteriormente, há que se destacar a redação do Art. 29 da Lei nº 9.307/96, segundo o qual a sentença arbitral põe fim à arbitragem. Essa interpretação, no entanto, deve ser complementada com a do Art. 30, segundo o qual as partes poderão, no



prazo de cinco dias, contados do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, solicitar ao árbitro a correção de erro material, esclarecer obscuridade, dúvida ou contradição, ou complementar a sentença sobre ponto omitido.

Percebe-se que, ao contrário do que diz a norma do Art. 29, a sentença arbitral não finda o processo, pois continua com o prazo assegurado às partes para apresentação de pedido de esclarecimentos. Esse prazo pode ser diverso do previsto na lei se for acordado pelas partes. Se o pedido de esclarecimentos for apresentado, o regulamento das câmaras arbitrais tem previsto a concessão de prazo para a parte adversa sobre ele se manifestar. Assim, o processo não terminou com a sentença. Prosseguiu com o pedido de esclarecimentos, a manifestação das partes e a decisão a ele relativa. Por vezes, essa decisão é objeto de outro pedido de esclarecimentos, prorrogando o curso do processo.

Em vista disso, há que se registrar que a jurisdição do árbitro, conferida pelas partes quando da sua instituição da arbitragem (Lei n° 9.307/96, Art. 19, *caput*), não termina com a prolação da sentença e, sim, com a decisão sobre o pedido de esclarecimentos, ou com o esgotamento do prazo sem que as partes o tenham apresentado. Esses são os marcos processuais que definem a perda de jurisdição do árbitro, não havendo assim que se falar em “requisição” da jurisdição, na hipótese de apresentação de pedido de esclarecimentos. Até porque a jurisdição é conferida pelas partes e não apenas pela que requereu esclarecimentos.

Estabelecido o momento em que o processo arbitral termina e, com isso, a jurisdição do árbitro, tem-se então definido o trânsito em julgado da sentença arbitral, que não admite sua modificação ou emenda, configurando assim coisa julgada, com a segurança jurídica das relações controvertidas, conforme disciplina o Art. 5°, XXXVI, da Constituição Federal.

Nesse caso, a sentença arbitral somente perderá eficácia se for desconstituída por sentença judicial em processo de nulidade, segundo o procedimento previsto no Art. 32 da Lei nº 9.307/96.

12 Conclusão

Muito se tem escrito sobre a arbitragem, e a literatura brasileira sobre o tema é vigorosa e sadia, a revelar amadurecimento dos que nela atuam como advogados e árbitros. Sempre há fatos novos a despertar a atenção para a análise de peculiaridades que a dinâmica social se encarrega de fornecer. O que, em determinada época, parece assentado pode não ser mais no momento seguinte, o que justifica novas apreciações, nem sempre uniformes, a revelar entendimentos divergentes e a enriquecer o contínuo debate sobre o tema.

As diversas inconsistências da Lei de Arbitragem, apontadas anteriormente, reiteram o vício de falta de cuidado do legislador brasileiro com a revisão do texto legal, por vezes objeto de erratas logo após sua publicação pelo Diário Oficial.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio



de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 7 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o Art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América de 1787. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-a-criacao-da-Sociedade-das-Nacoes-ate-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 6 maio 2021.

CONVENÇÃO de Nova Iorque. Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras feita em Nova York, em 10 de junho de 1958. Disponível em: <<https://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/convencao-de-nova-iorque/>>. Acesso em: 6 maio 2021.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores>>

à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 6 maio 2021.

LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Arbitragem: sociedade civil x Estado*. São Paulo: Almedina, 2020.

...

Sobre os autores

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES: Advogado e professor sênior da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito (LL.M-Yale University); Doutor em Direito e Livre Docente da Faculdade de Direito da USP; Vice-presidente do Conselho Superior da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp e do ramo brasileiro da International Law Association; árbitro no Mercosul, integrou lista de árbitros do Brasil para atuar no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. É autor de *Direito Econômico Internacional* (Juruá, 2017) e *O mundo como empresa global* (Grua, 2016), dentre outros livros e artigos jurídicos.

TANIA F. RODRIGUES PALMA: Advogada em São Paulo, integrante do escritório José Carlos de Magalhães e Advogados Associados. Participou por 7 anos da equipe da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP e é coautora de artigos sobre arbitragem e direito privado. Foi a coordenadora do livro *Estudos de direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães* (Atelier Jurídico, 2018).