

A jurisdicionalidade e a constitucionalidade da Lei de Arbitragem

Thiago Luis Santos Sombra (*)

1) O antepassado juízo arbitral, sua finalidade e seus entraves

A arbitragem é um instituto cuja idéia central de funcionamento – a heterocomposição do conflito de interesses – é demasiada antiga em nossa história jurídica. Precipuamente, seu verdadeiro escopo é promover uma alternativa à resolução de conflitos altamente complexos e técnicos, que exijam a presença de profissionais especializados, quais sejam, os árbitros.

Em segundo plano, visa a atenuar o trânsito processual e, conseqüentemente, evitar a crescente carga de processos que ameaça inviabilizar o funcionamento dos tribunais. Ressalve-se, ainda, que a arbitragem faculta às partes escolherem a via mais adequada para dirimir seus conflitos, a saber, a via arbitral ou judicial.

Apenas com o intuito de melhor evidenciar a importância desse mecanismo, basta demonstrar a constante busca por meios conciliatórios privados, fugindo-se, assim, do recurso aos tribunais, advinda da Constituição do Império de 1824, cujo artigo 160 dispõe: "nas causas cíveis e penais, civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros, cujas sentenças serão executadas sem recursos, se assim o convencionarem ambas as partes". Seguindo esse diapasão, o artigo 161 da Constituição do Império prescrevia: "sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum".

Conquanto meios conciliatórios, de natureza privada, tenham sido consagrados pela Constituição de 1824, o Código Civil brasileiro de 1916 representou um verdadeiro retrocesso para o direito processual, no que diz respeito a tal matéria. O antepassado mais próximo do atual mecanismo de arbitragem – o juízo arbitral – no Código Civil de 1916, consagrou-se como letra morta.

Na exposição de motivos da Lei 9.307/96, o então Vice-Presidente da República, Marco Maciel, lembra que o motivo pelo qual o juízo arbitral permaneceu como letra morta no Código Civil, "não resultou da falta de tradição em sua aplicação, todavia, em razão da obrigatória subordinação da arbitragem à homologação judicial" .

Ora, se as soluções dadas pelas partes, com o intuito de por fim ao conflito, carecessem regressar ao Judiciário para gozar de plena validade, "repetindo-se, assim, o circuito das prestações jurisdicionais típicas" , sua finalidade precípua esvaía-se em face de sua ilógica tramitação. Pois bem, as partes possuíam duas possibilidades: 1) usar de seu direito subjetivo abstrato de ação e, dessa forma, interromper a inércia da prestação jurisdicional ou 2) utilizar o juízo arbitral para extinguir a lide e, posteriormente, sujeitar a solução à homologação judicial (CPC,

antigos arts. 1097 e 1098 e CC, art. 1045), sob pena de invalidade da decisão proferida pelo juízo arbitral.

Com efeito, se a função do juízo arbitral era fulminar a lide de modo mais rápido e preciso, fora do âmbito judicial, os fatos demonstram que, na prática, tais efeitos não ocorreram. Acrescente-se, ainda, que a necessidade de homologação da decisão arbitral acabava com algumas de suas "vantagens" – tais como o sigilo – uma vez que instaurado o procedimento de oficialização, o conteúdo da decisão arbitral passa a ser público.

Outro entrave considerável que merece particular atenção é a cláusula compromissória. Essa cláusula é, em verdade, uma disposição inserida no contrato, por meio da qual as partes "se comprometem a, surgido um determinado litígio acerca daquela relação jurídica negocial, fazê-lo resolver através da arbitragem". As partes comprometiam-se a submeter eventual litígio, neste contrato específico, a um julgamento arbitral. Pode ser equiparada a uma promessa de contratar, um contrato preliminar. A cláusula compromissória não mereceu o devido tratamento tanto no Código Civil como no Código de Processo Civil. A consequência é que:

"surgido o litígio relacionado com o negócio jurídico cujo contrato contenha uma cláusula compromissória, qualquer das partes pode recorrer ao Poder Judiciário, sem que o magistrado, ou a parte contrária, possa afastar a jurisdição estatal. Assim, descumprida a promessa de instituir o juízo arbitral, resta à parte lesada a via do ressarcimento."

O compromisso arbitral, por seu turno, era uma espécie de pacto em que as partes convencionavam que a possível lide existente seria submetida à decisão dos árbitros e cada parte sujeitar-se-ia a essa decisão. O compromisso arbitral gozava do atributo da execução específica.

Portanto, ao que tudo indica e os argumentos apagógico e teleológico reforçam o entendimento, o legislador, com a consagração do instituto do juízo arbitral, pretendia uma maior celeridade e autonomia para que as partes pudessem eleger a forma com que desejariam dissolver seus conflitos de interesses. Dessarte, o efeito pretendido não se verificou, mormente em razão da permanência da centralização, que ocasionou um obstáculo ao interesse das partes, tendo em vista a excessiva lentidão das vias ordinárias e a burocracia ineficiente.

Diante desse desate, afigura-se o juízo arbitral um meio pelo qual o árbitro não poderia, em hipótese alguma, ter sua decisão afastada da homologação e, por conseguinte, essa não possuía o poder de constituir, extinguir ou modificar, de per si, relações jurídicas. As partes escolhiam, então, a lentidão ordinária e onerosa à homologação, também lenta, senão mais lenta, e não menos onerosa.

A quaestio juris, durante muitos anos, foi objeto de debate por parte dos juristas e, em todas as discussões, o objetivo primordial era ampliar sua aplicação e consolidar sua perfeição. Em suma, da forma como se encontrava insculpido no Código de Processo Civil, o juízo arbitral conservava a burocracia judicial. Saliente-se, outrossim, a existência de grandes possibilidades de que aquele que viesse a sucumbir impugnasse a própria validade do juízo arbitral no Poder Judiciário.

2) A Lei 9.307/96, o novo mecanismo de funcionamento da arbitragem e suas peculiaridades

Com a sobrevivência da Lei 9.307/96, também conhecida como Lei Marco Maciel – malgrado o responsável intelectual por sua elaboração seja o brilhante professor Carlos Alberto Carmona – algumas controvérsias e falhas inerentes ao instituto do juízo arbitral foram sanadas.

Trata-se de um meio alternativo de solução de controvérsias, em torno de direitos patrimoniais disponíveis, que se encontrava em esquecimento pelos brasileiros. Dentre várias modificações, o legislador, em manobra de fortalecimento da cláusula compromissória – que entre nós, ao tempo do CC de 1916, não produzia efeito algum – separou-a do compromisso arbitral; equiparou a sentença arbitral à sentença estatal – superando a necessidade de dupla homologação pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a necessidade de homologação judicial das decisões arbitrais internas.

Em suma, três foram as grandes mudanças geradas pela Lei 9.307/96: a) consagrou a possibilidade da arbitragem ser instituída por intermédio da convenção de arbitragem, que abarca, portanto, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral; b) concedeu à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença estatal (art. 18), a saber, título executivo judicial e c) acabou com o mecanismo de dupla homologação pelo Supremo Tribunal Federal que, a partir de então, deverá homologar as sentenças arbitrais estrangeiras, ainda que não tenham sido homologadas por sentença judicial no país de origem.

No Parecer nº 8.062/GB, sobre a SEC 5.206-8/Espanha, o então Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, asseverou:

"O fato é que o legislador ordinário nacional abriu o caminho para que as pessoas físicas ou jurídicas capazes se valessem da arbitragem como forma de solucionar as suas controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis (grifo não original), sem a intervenção do estado e por meio de decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial – vale dizer: equiparou os efeitos da sentença arbitral aos da decisão judicial em processo de conhecimento e o fez expressamente conforme se infere de seu art. 31."

As vantagens substanciais da arbitragem são a consagração da autonomia da vontade das partes, celeridade, sigilo, baixo custo (proporcionalmente ao dano que poderia ser causado pela demora), tecnicidade na resolução do conflito e possibilidade de escolha das regras de direito (processual e material) que irão ser empregadas na possível resolução de um conflito.

No que pertine à anulação, a decisão arbitral poderá ser impugnada por uma ação de anulação, que deverá ser proposta no prazo máximo de 90 dias, após a notificação da sentença arbitral, pela parte que se sentir prejudicada. Todavia, a referida impugnação poderá versar, tão-somente, sobre o aspecto formal da sentença arbitral. Em relação ao mérito, a Lei 9.307/96 não colaciona inovações, porquanto o árbitro continua a ser soberano no momento da prolação da sentença.

Não obstante, ainda assim, alguns doutrinadores e juristas persistem na idéia da ineficácia e difícil aplicação da lei mencionada. Em tom uníssono, todos concordam que é mister vislumbrar uma alternativa para o acúmulo de processos nos tribunais, o que acarreta uma natural morosidade. A despeito, valiosas são as eternas palavras de Rui Barbosa, para quem justiça lenta não é justiça.

Conforme dito anteriormente, uma parte da doutrina e da jurisprudência posiciona-se pela ineficácia e inconstitucionalidade da Lei 9.307/96 e, para tanto, alegam que 1) uma vez que a Constituição de 1988 adotou o sistema inglês ou controle de jurisdição única, " a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (artigo 5º, XXXV, da CF 1988). Destarte, ad argumentandum tantum e, apenas ad argumentandum tantum, as decisões administrativas, quais sejam, aquelas oriundas de Tribunais ou Conselhos Administrativos, encontram-se sujeitas a uma possível revisão pelo Poder Judiciário. Falta a tais decisões o que os publicistas norte-americanos chamam the final enforcing power; o poder conclusivo da justiça estatal, a coisa julgada material e seus atributos.

Sustentam ainda que, em função da Constituição de 1988 ter abrigado os princípios da 2) indelegabilidade; 3) indeclinabilidade; 4) juiz natural; 5) investidura e 6) devido processo legal (possibilidade de cerceamento de defesa), a Lei 9.307/96 afronta diretamente a Constituição e, portanto, carrega a mácula da inconstitucionalidade. Por fim, colocam que a sentença arbitral faz 7) título executivo extra-judicial e, além disso, que a jurisdição é uma atividade prestada, única e exclusivamente, pelo Estado. Conseqüentemente, por ser una e indivisível, não pode ser empregada por quem dela não esteja revestido (argumento semelhante ao do controle judicial único). Os referidos argumentos contrários à Lei de Arbitragem serão refutados, doravante, no tópico 4. Tratar-se-á em separado, a seguir, a constitucionalidade dos arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96 e, posteriormente, a constitucionalidade genérica da Lei.

3) O voto do Ministro Sepúlveda Pertence e a possível inconstitucionalidade dos artigos 6º e 7º da Lei 9.307/96

Em 1994, quando uma sociedade comercial suíça requereu a homologação de uma sentença arbitral estrangeira - SE 5.206-7 - que fora prolatada em Barcelona, na Espanha, em face de uma sociedade comercial brasileira, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, indeferiu o pedido de homologação, tendo em vista que o laudo estrangeiro não havia sido homologado pela justiça espanhola.

Inconformada com a decisão proferida, a sociedade suíça interpôs agravo "regimental", no qual alegou que o ordenamento jurídico espanhol, desde 1988, equiparara, em seus efeitos, a sentença arbitral à sentença estatal e, em decorrência, abolira o sistema de dupla homologação. O curioso nesse caso é que a própria sociedade brasileira desejava efetuar o pagamento que devia à sociedade suíça. Em face dos argumentos apresentados, o ilustre Ministro concedeu provimento ao agravo "regimental". Tais fatos ocorreram em meados de outubro de 1996, período de vacatio legis da Lei 9.307/96. A Lei entraria em vigor, precisamente, no dia 23 de novembro de 1996. Aproveitando tal ensejo, ou seja, a possibilidade de revisão da tese seguida a tantos anos pela jurisprudência do Supremo e a entrada em vigor da nova Lei, o ilustre Ministro Moreira Alves solicitou

parecer ao Procurador Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, sobre a constitucionalidade da referida Lei. O parecer do douto Procurador Geral da República – Parecer 8.062/GB – com data de 17 de março em 1997, de forma lúcida e inequívoca, demonstrava a inexistência de vício de inconstitucionalidade.

Conclusos os autos novamente ao Ministro Presidente, o ilustre magistrado houve por bem, surpreendentemente, declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade (em meados de 8 de maio de 1997) do parágrafo único do artigo 6º, do artigo 7º, bem como dos artigos que deles decorrem (arts. 41 e 42, que deram nova redação aos arts. 267, VII; 301 e 520, do CPC). No mérito, deu provimento ao agravo "regimental" com base, inclusive, nos artigos 31 e 35 da Lei 9.307/96, que igualaram os efeitos da sentença arbitral à sentença estatal e, por via reflexa, aboliram o sistema de dupla homologação. Seguindo o julgamento, nesse mesmo dia, pediu vista o Ministro Nelson Jobim.

O relator, Min. Pertence, entendeu em seu voto que "sendo insuficiente a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – , a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso afronta a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF. Em conseqüência, declaro inconstitucionais o parágrafo único do art. 6º, o art. 7º e seus parágrafos, e no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, todos da Lei 9.307/96" .

O Ministro Pertence, com tal posicionamento, fulminou a estrutura de todo o instituto da arbitragem, a saber, a cláusula compromissória. Na espécie, não se insurge o eminente Ministro em seu voto contra o instituto da arbitragem, célebre meio alternativo de resolução de conflitos e, tampouco, contra a existência da cláusula compromissória. Tece considerações, tão-somente, às cláusulas compromissórias vazias ou em branco, i. e., aquelas nas quais as partes não demonstraram ou previram a forma, regime ou sistema de acordo com o qual a arbitragem deverá ser instalada. Seguindo a trilha dessa argumentação, pertinente é a contribuição de Arnold Wald, verbis:

"Tanto, assim, que não discute a constitucionalidade da cláusula compromissória em si (como poderia discutir a execução específica da promessa de compra e venda), mas tão-somente a sua complementação pelo Poder Judiciário quando nela faltam alguns elementos do compromisso arbitral. E, ao considerar inconstitucional o art. 41, abrange os conceitos de cláusula compromissória cheia e vazia, que deveriam ter tratamento distinto".

Destarte, a inconstitucionalidade em questão limita-se à validade das cláusulas compromissórias em que as partes nada estipularam ou nada determinaram, no que pertine à instalação do procedimento arbitral ou das regras de órgãos ou organismos especializados em arbitragem (vide nota 19). Todavia, haja vista que o Brasil aderiu à Convenção do Panamá, pelo Decreto Legislativo nº 90/95 – segundo a qual as partes podem nomear os árbitros ou delegar a sua designação a terceiro e que, somente no silêncio das partes, a arbitragem será instaurada de acordo com as normas da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (arts. 2º, 3º, 6º, 9º e

14º) – não há que se falar em cláusula compromissória totalmente vazia ou em branco, uma vez que as normas da Comissão serão aplicadas subsidiariamente.

Caso o artigo 7º seja declarado inconstitucional pelo STF, a cláusula compromissória voltará a ser uma simples obrigação de fazer e apenas o compromisso arbitral provocará a instauração da arbitragem. O sistema do Código Civil de 1916, que proibia a execução específica dessa cláusula, voltará à tona. A cláusula compromissória perderá a força pretendida pelo elaborador da Lei 9.307/96 e a arbitragem será condenada ao esquecimento.

Valiosos são os comentários do professor Carmona acerca das peculiaridades da cláusula compromissória:

"Na medida em que as partes inserem em determinado contrato uma cláusula compromissória, delimitam obrigatoriamente o âmbito em que poderão ocorrer controvérsias solucionáveis por árbitros. Em outros termos, a cláusula compromissória nunca poderá ser tão ampla a ponto de consubstanciar uma renúncia genérica – e aí sim inaceitável – à tutela jurisdicional estatal. Mas na medida em que as partes manifestam firme propósito de recorrer à jurisdição arbitral (em detrimento da jurisdição estatal) para resolver litígios determináveis e futuros, de contornos limitados e delimitáveis (já que a cláusula insere-se ordinariamente na moldura de uma relação jurídica contratual), não há porque imaginar-se que tal avença possa ser ignorada e deixada totalmente sem tutela pelo próprio Poder Judiciário. É isto o que sugere o voto do insigne jurista aqui analisado: se as partes expressamente manifestarem vontade no sentido de que qualquer litígio futuro decorrente de certo contrato seja resolvido por arbitragem, e uma delas simplesmente mudar de opinião, a parte que quiser fazer cumprir o contrato não terá tutela efetiva, não terá tutela específica, restando-lhe, talvez, a via indenizatória, mero arremedo de justiça, eis que a tutela de um direito pelo seu equivalente não passa de esquálio consolo, a disfarçar verdadeira denegação de justiça! Não parece exato dizer (no que toca o art. 7º da Lei) – como consta no voto tantas vezes mencionado – que 'permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes', vontade essa que estaria presente apenas no compromisso arbitral, não na cláusula. Bem pelo contrário, as partes manifestaram claramente sua vontade no momento em que inseriram cláusula compromissória em seu contrato, vontade essa direcionada a retirar do Poder Judiciário a competência para julgar as causas que possam resultar do inadimplemento de qualquer obrigação ali constante, de tal sorte que toda e qualquer crise de certeza relacionada à determinada relação jurídica fica desde logo – por conta de clara, expressa e inequívoca manifestação de vontade de ambos os contratantes – que talvez não tivesse celebrado o contrato se soubesse que eventuais demandas seriam levadas a julgamento perante os órgãos judiciários estatais – com a negativa de eficácia à cláusula compromissória. Se prevalecer a interpretação ora criticada, submete-se o Brasil a verdadeiro escárnio no concerto das nações, pois ficará claro que em nosso país a promessa, o pacto, o acordo de vontades, não produz efeito algum. E a Nação, nos tempos que correm, não pode submeter-se a tal vexame, colocando-se, mais uma vez, na contramão da história."

O Ministro Pertence argumenta, outrossim, que a constitucionalidade da arbitragem brota da renúncia ao direito subjetivo de ação que, no entanto, somente é possível

se ocorrer após a controvérsia, cujo deslinde pretende-se subtrair do Poder Judiciário. "Assim, apenas o compromisso estaria em consonância com o dispositivo constitucional em questão, pois, por força dele, são os próprios titulares dos interesses objeto de uma lide já concretizada que, podendo submetê-la à jurisdição estatal, consentem em renunciar à via judicial e optar pela alternativa da arbitragem para solucioná-la". Prossegue afirmando que, na cláusula compromissória, o que se dá, em espécie, não são lides determinadas e concretizadas, tal como no compromisso arbitral, mas lides futuras, eventuais e de contornos indefinidos.

Após citar a doutrina estrangeira concluí, incidentalmente, que "o que a Constituição não permite à lei(...) é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem."

Em que pesem as razões do brilhante jurista, não merece prosperar tal argumentação.

A cláusula compromissória, em verdade, não se trata de uma procuração em branco. Conforme o escólio de Larenz, "o texto só responde a quem o indaga corretamente". Compreender é, sobretudo, somar perspectivas, observar os diversos enfoques que o legislador almejou englobar. As partes que celebram um contrato, logicamente, são definidas e os eventuais litígios existentes, somente podem ocorrer em razão de algum contrato específico. Assim, a cláusula compromissória representa uma renúncia ao exercício do direito de ação a lides definíveis, determináveis e eventuais, sem vislumbrar nenhuma espécie de abstração.

Neste dispositivo, conforme preceitua o art. 7º, "existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso designando o juiz audiência especial para tal fim". Esta construção fora realizada em razão do insucesso da cláusula compromissória, quando da vigência do juízo arbitral. A parte que desejasse descumprir o pactuado, unilateralmente, encontrava, na cláusula compromissória, a lacuna perfeita, uma vez que essa não gozava de execução específica.

De outra forma, impende lembrar que não são poucos os dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro em que ao juiz cabe suprir ou complementar a vontade das partes, logo tal argumento não logra êxito. Ressalta o ilustre Ministro Maurício Corrêa que "na execução da cláusula compromissória o juiz não substitui a vontade das partes, mas a concretiza."

Recentemente, em maio de 1999, o Ministro Maurício Corrêa, relator da SEC 5.847/Reino Unido, julgando a homologação da referida sentença, contrariou a tese do Min. Pertence e posicionou-se brilhantemente pela constitucionalidade da Lei 9.307/96, in verbis:

"Feitas estas considerações, não vejo como possa prosperar o encaminhamento da declaração de inconstitucionalidade dos preceitos então impugnados. Ao contrário, considerando-os mecanismos de suma importância, hodiernos e indispensáveis para o aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, a exemplo do que se cristalizou, há muito, na legislação da maioria dos Estados democráticos, como instrumento

alternativo, eficaz e célere para a composição de litígios. O emperramento da máquina judiciária no Brasil, pela observância de regras, culturas e práticas, poderá ter no sistêmico aparelho da arbitragem parcela do que falta para colocá-lo em sintonia com o que realiza o outro lado do mundo, sem que, com isso, seja atropelada a ordem constitucional vigente."

Posteriormente, retomando o julgamento da SE 5.206/Espanha, em novembro de 2000, o Min. Nelson Jobim proferiu voto-vista no sentido de declarar constitucional os artigos impugnados da Lei 9.307/96. Pediu vista o Min. Ilmar Galvão.

Em março de 2001, o Min. Ilmar Galvão proferiu seu voto-vista e, de forma coerente, acompanhou o Min. Jobim, pela constitucionalidade da Lei suso mencionada. Pediu vista dos autos a Ministra Ellen Gracie, com quem se encontravam os autos. A ilustre Ministra, no dia 03 de maio, proferiu seu voto-vista no sentido de considerar constitucional a Lei. Contudo, no mesmo dia, o Min. Néri da Silveira pediu vista. Até então, seis dos onze Ministros posicionaram-se pela constitucionalidade. São eles: Min. Nelson Jobim, Min. Ilmar Galvão, Min. Ellen Gracie, Min. Maurício Corrêa, Min. Marco Aurélio e Min. Celso de Mello. Os votos pela inconstitucionalidade pertencem aos Min. Pertence e Min. Sydney Sanches. Apenas os Min. Moreira Alves, Min. Carlos Velloso e Min. Néri da Silveira ainda não votaram. Dessa forma, na pior das hipóteses, a votação terminaria seis a cinco, caso o restante dos Ministros vote pela inconstitucionalidade, quorum esse suficiente para que a lei seja declarada constitucional.

4) Os argumentos acerca da jurisdicionalidade e a constitucionalidade (genérica) da Lei 9.307/96 e a refutação dos argumentos contrários

Segundo o mestre processualista Galeno Lacerda, "jurisdição é a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena" - e, para complicar ainda mais, acrescento a concepção de Chiovenda: com caráter substitutivo - "elimina a lide declarando e/ou realizando o direito". Em verdade, para o nobre professor, somente o Estado, detentor da soberania, está apto a dizer e realizar o direito por intermédio de seus agentes, quais sejam, os juízes togados. Mas, e os árbitros? Ainda que não sejam agentes nomeados diretamente pelo Estado, não poderiam "dizer" o Direito? Se a sociedade é o verdadeiro fundamento e razão de existência do Estado, não teria ela o poder para dirimir suas controvérsias, sem que precisasse mobilizar o aparato estatal? Se a sociedade é o local de emergência de todos os valores e, por isso, também, dos valores jurídicos que dela dependem para se converterem em concretas formas de agir, não deveríamos levar em consideração as possibilidades históricas dessa concretização, sem renunciarmos de antemão as sempre renovadas exigências axiológicas ?

Em que pesem as razões trazidas à baila pelos eminentes juristas e doutrinadores, carecem de fundamento todos os argumentos elencados pela ineficácia, inaplicabilidade e inconstitucionalidade genérica da Lei (vide pp. 7 e 8).

Uma breve divagação iria conduzir a vexata quaestio aos clássicos Utopia, de Thomas More; Leviatã, de Thomas Hobbes; Dois Tratados sobre o Governo Civil, de Locke e o Contrato Social, de Rousseau. No entanto, não é necessário conduzir o debate para tal seara. Cumpre evidenciar, apenas, que para os contratualistas e,

inclusive, para More, o Estado encontrava sua razão de ser no indivíduo – sua proteção, liberdade e vida.

Quando as partes escolhem um árbitro, desejam que a lide seja resolvida de maneira célere, por profissional capacitado, imparcial e técnico. O fazem dessa forma por expressão da liberdade e voluntariedade que possuem sobre o bem ou o interesse. O Estado coloca à disposição das partes seu aparato judicial, para que lá resolvam seus conflitos de interesses; todavia, as partes, espontânea e voluntariamente, recusam o serviço estatal e optam por resolver a lide sem a participação desse.

Não se encontram compelidas a resolver a lide por intermédio da arbitragem, seguem essa prática por entenderem que lhes trará maiores benefícios que a via judicial. Seguindo esse desate, valiosa é a lição Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery:

"A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle judicial, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo Poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito. Não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral."

Com o entendimento do professor Nery e o argumento da escolha espontânea e voluntária, os seis primeiros aspectos contrários à arbitragem, a saber, 1) controle judicial único; 2) indelegabilidade; 3) indeclinabilidade; 4) juiz natural; 5) investidura; 6) devido processo legal, tornam-se meras falácias.

Contudo, com o escopo de tão-somente não deixar pairar dúvidas a respeito do tema, corrobora com tese esposada, o então Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, no Parecer nº 8.062/GB, citando o ilustre Cândido Rangel Dinamarco:

" 'Penso ainda que a Lei 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela CF, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma faculdade inerente à própria personalidade' (Cândido Rangel), não um dever.

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito'. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados deverão sempre levar ao Judiciário suas demandas".

No que diz respeito ao controle judicial de lesão ou ameaça de direito, a Lei 9.307/96 o resguarda em seus artigos 6º, 7º, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional.

A eiva de inconstitucionalidade da lei, face aos argumentos colacionados pela corrente contrária, não logra perspectiva de êxito. A Lei 9.307/96 está em plena conformidade com os princípios basilares da Carta Magna.

O artigo 18 da Lei de Arbitragem dispõe que " o árbitro é juiz de fato e de direito (grifo não original), e a sentença que proferir fica sujeita a recurso ou a homologação pelo poder Judiciário". Infere-se, pois, desse dispositivo, que a arbitragem possui natureza jurídica equivalente à jurisdição. Segundo Carmona, "o fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do estado, não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem" . O árbitro, ao prolatar a sentença arbitral, declara o direito e o aplica ao caso concreto, extinguindo a lide. A decisão do árbitro é exteriorizada por intermédio de uma sentença, cuja qualidade fundamental é ter natureza de título executivo judicial, fato esse que não obriga sua homologação pela autoridade judicial (cf. 584, III, do CPC). Assim, alguns dos atributos peculiares à jurisdição restam evidentes na Lei de Arbitragem. Do mesmo modo, com a utilização do método lógico-sistemático de interpretação, o dispositivo do art. 31 confirma a argumentação levantada: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

Ora, com tal dispositivo, conforme repetido insistentemente, ocorreu um verdadeira equiparação da sentença arbitral e estatal. Impende lembrar, no entanto, que quando da vigência da anterior disposição da arbitragem, i.e., o juízo arbitral, o Supremo Tribunal Federal não homologava os laudos arbitrais oriundos de países que não os homologasse judicialmente (cf. notas 16 e 18). O entendimento do STF era de que o laudo arbitral não era sentença e, por conseguinte, não podia ser homologado diretamente, sem que antes a autoridade judicial do país de origem o fizesse (dupla homologação). Tal requisito de validade gerava enormes transtornos, visto que em vários países não existia a exigência de homologação judicial para que o laudo gozasse de eficácia. Com a entrada em vigor da Lei 9.307/96, o fato é que o STF passou a homologar diretamente o laudo arbitral - que a partir de então recebeu a denominação de sentença arbitral – evidenciando, sobretudo, o caráter jurisdicional da presente sentença arbitral.

Valioso, neste momento, tecer alguns comentários acerca da jurisprudência do Pretório Excleso sobre a dupla homologação. A interpretação do STF, no que concerne à dupla homologação, era caracterizada pela natureza restritiva de alguns casos. Somente "sentença estrangeira stricto sensu" poderia ser homologada. Entretanto, brilhante e lúcida fora a advertência realizada pelo ex-Ministro e Presidente da Corte, Carlos Thompson Flores, na SE 1.982/EUA:

" (...) Certo poderia ser examinada a hipótese de dispensar a homologação da Justiça Americana, a que foi proferida pelo Juízo arbitral. Era mister, todavia, que, ao menos se fizesse prova do direito em questão, os termos do art. 212 do CPC, o que

não se fez, quiçá porque suas normas foram apenas afloradas, nelas se não fundamentando o pedido..."

Com esse voto, o eminente Ministro empregava uma interpretação mais dinâmica ao juízo arbitral e permitia, desde que provado o teor e a vigência do direito estrangeiro, a dispensa da homologação judicial. Contudo, infelizmente, a posição do Ministro Thompson Flores não foi seguida - apesar de ter sido repetida mais algumas vezes, como na SE 2486-1/GB e SE 2.006 - pela Corte, o que, se ocorresse, iria acarretar a mudança da jurisprudência até então construída.

O aspecto que merece maior debate refere-se à posição do Supremo Tribunal Federal em sempre ter considerado sentença estrangeira e, pois, homologado, decisões prolatadas por autoridades administrativas e religiosas, no exercício da atividade judicante. Não obstante, divórcios realizados por rabinos em Israel, pelo Rei da Dinamarca, por tribunais canônicos ou muçulmanos e até por prefeitos no Japão, podiam ser homologados pelo Supremo. Seguindo este desate, não é possível compreender o motivo pelo qual fora criado tamanho óbice a homologação dos laudos arbitrais. No entanto, o que importa, no presente momento, é que com a Lei 9.307/96 tais empecilhos não mais ocorrerão (arts. 31 e 35).

Alguns autores ponderam, incessantemente, que a sentença proferida por árbitro possui característica de título executivo extra-judicial, fato que demonstraria a inequívoca ausência de jurisdicionalidade da lei (cf. arts. 584 e 585 do CPC). Para tanto, precisas são as palavras do autor da Lei, o professor Carlos Alberto Carmona:

"O art. 32 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem."

Enfim, o argumento mais preciso para fulminar a alegação de ausência de jurisdicionalidade da Lei 9.307/97 é, justamente, aquele referente à desnecessidade de homologação da sentença arbitral por parte do Poder Judiciário. "Diante desta constatação, a lei dispôs que a sentença arbitral não precisa mais passar pelo controle prévio dos órgãos do Estado para receber a oficialização que lhe era outorgada pela sentença de homologação" .

5) Conclusão

A arbitragem representa uma ínfima, contudo sutil, abertura no monopólio estatal da atividade jurisdicional, uma vez que permite a resolução dos conflitos em outra vertente. Trata-se, então, do início da desestatização dos litígios, por intermédio da desformalização de controvérsias". No entanto, é mister que se advirta que o intuito da Lei não é criar um Poder paralelo ao Judiciário, responsável concorrentemente pela declaração e realização do Direito. A arbitragem visa, tão-somente, conceder novos caminhos, ainda que tímidos, pelos quais as lides poderão ser resolvidas, "não quer isso dizer, no entanto, que não seja possível questionar em juízo a validade e eficácia da sentença arbitral: para este fim estabeleceu-se o procedimento do art. 33."

De pronto, a definição dada por Galeno Lacerda é imprecisa para o contexto em que nos encontramos, no que pertine ao monopólio estatal de "dizer" o Direito. Sem o intuito de esvaziar de juridicidade o próprio conceito de jurisdição, não resta óbice à possível constituição de um juiz privado, que atue em conformidade com os preceitos dos bons costumes, ordem pública e disponibilidade de bens.

6) Bibliografia

ARRUDA ALVIM. Cláusula compromissória e compromisso arbitral – efeitos. Revista de Processo. Nº 101. Ano 26 – janeiro/março. 2001.

ARRUDA ALVIM, José Eduardo. Elementos de Teoria Geral do Processo. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1998.

BRINDEIRO, Geraldo. Da constitucionalidade da Lei 9.307/96. Parecer 8.062/GB sobre a SE 5.206/Espanha. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. Nº 07. Ano 03 – janeiro/março de 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

----- Arbitragem e Jurisdição. Revista de Processo. Nº 58. Ano 15 – abril-junho de 1990.

----- A arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis. Repertório IOB de Jurisprudência. 2ª quinzena de dezembro de 1996. Nº 24/96, caderno 3.

----- Arbitragem no Brasil: Utopia? Repertório IOB de Jurisprudência. 2ª quinzena de julho de 1993. Nº 14/93.

----- A Nova Lei de arbitragem. Revista Jurídica Consulex. Ano I - nº 9 – 30 de setembro de 1997.

----- A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96. Revista de Processo. Nº 99. Ano 25, julho-setembro de 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. AJURIS 24/52.

-----Jurisdição e Competência. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2000.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Volume I. Processo de Conhecimento. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

Exposição de motivos da Lei 9.307/96.

GARCEZ, José Maria Rossani. Constitucionalidade da Lei 9.307/96. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. Nº 10. Ano 03 – outubro/dezembro de 2000.

Informativo nº 71 do Supremo Tribunal Federal.

Informativo nº 173 do Supremo Tribunal Federal.

Informativo nº 211 do Supremo Tribunal Federal.

Informativo nº 213 do Supremo Tribunal Federal.

Informativo nº 221 do Supremo Tribunal Federal.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª edição. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem – quatro anos da Lei 9.307/96. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. Nº 10. Ano 03 – outubro/dezembro de 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

ORTEGA y GASSET, José. Verdad y Perspectiva, in El Espectador. Obras Completas. Tomo II. Madrid: Revista de Occidente. 1963.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

RICCI, Edoardo F. Presente e Futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. Revista de Processo. Nº 100. Ano 25 – outubro/dezembro. 2000.

TIBURCIO, Carmen. A Lei de Arbitragem e a pretensa Inconstitucionalidade de seu artigo 7º. Revista de Direito Administrativo. N.º 218 – outubro/dezembro de 1999.

WALD, Arnold. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. Nº 07. Ano 03 – janeiro/março de 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues & ALMEIDA, Flávio Renato Correia de & TALAMINI, Eduardo. Curso de Processo Civil Avançado. Volume I. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

www.stf.gov.br

www.stj.gov.br

Thiago Luis Santos Sombra (*)

Acadêmico de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Acadêmico de Ciência Política da Universidade de Brasília – UnB
Estagiário na Defensoria Pública do Distrito Federal
Estagiário no Superior Tribunal de Justiça - STJ
Estudante-Brasília-DF – data 19 de junho de 2001.