

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO - UNAERP
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

HUSSEIN KASSEM ABOU HAIKAL

**A ARBITRAGEM NO BRASIL, A CELERIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O
DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES COMERCIAIS**

RIBEIRÃO PRETO

2009

HUSSEIN KASSEM ABOU HAIKAL

**A ARBITRAGEM NO BRASIL, A CELERIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O
DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES COMERCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Juventino de Castro Aguado.

RIBEIRÃO PRETO

2009

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

H149a Haikal, Hussein Kassem Abou, 1983 -
A arbitragem no Brasil, a celeridade na solução de conflitos
e o desenvolvimento da relações comerciais / Hussein Kassem
Abou Haikal - - Ribeirão Preto, 2009.
131 f.

Orientador: Prof. Dr. Juventino de Castro Aguado.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão
Preto, UNAERP, Direito, área de concentração: Direitos
coletivos e Função social do direito. Ribeirão Preto, 2009.

1. Direito. 2. Arbitragem. 3. Celeridade – Direito. 4. Relações
comerciais. I. Título.

CDD: 340

HUSSEIN KASSEM ABOU HAIKAL

**A ARBITRAGEM NO BRASIL, A CELERIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O
DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES COMERCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de
Ribeirão Preto - UNAERP, área de concentração Direitos Coletivos e Função Social do
Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Juventino de Castro Aguado.

Aprovado pela Comissão Examinadora em 26/11/2010

Prof. Dr. Juventino de Castro Aguado
Orientador

Prof. Dr. Fernando de Andrade Fonseca
Universidade Estadual Paulista - UNESP

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
UNAERP

*A gratidão além de ser a maior virtude de um homem,
É base de todas as outras*

(Autor desconhecido)

E por isso...

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Kassem Abou Haikal por todo seu sacrifício em transformar os meus sonhos em realidade, pela nossa amizade, carinho e respeito.

À minha mãe Ana Maria Murcia pela extrema admiração que possuo, pelas palavras de estímulos, de otimismo e por aquele olhar carinhoso que somente o amor materno é capaz de proporcionar.

À minha namorada Giovana Gonçalves pelo seu incentivo incondicional, pela paciência naqueles momentos de mau humor, pelo conforto naqueles momentos de ansiedade, sobretudo, pelo apoio naqueles momentos de maiores dificuldades com suas doces palavras, belas atitudes e seu imenso carinho.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me iluminar e proporcionar o que infelizmente poucos têm acesso em nosso país: a educação.

Ao meu admirável professor e orientador Juventino de Castro Aguado, pela confiança que depositou em mim, sobretudo, pelas inúmeras vezes que prontamente se dispôs a compartilhar seu imenso conhecimento, conseqüentemente a me ajudar.

Ao meu amigo Almir Pinto, que apesar de distante, sempre será lembrado, pois as atuais conquistas indubitavelmente advêm dos seus velhos ensinamentos acerca da extrema importância da vida acadêmica, razão pela qual serei eternamente grato.

Ao meu grande amigo Fábio Risques, pela sincera amizade, que nos proporcionou inúmeros momentos agradabilíssimos, os quais muito contribuíram para a conclusão do presente estudo.

Ao Dr. Oscar Bisson, por ter acreditado e conferido oportunidade importantíssima ao início da minha vida profissional.

À minha avó e meus tios que infelizmente não tiveram a oportunidade de vivenciar a formatura de seus netos, sobrinhos e filhos, pelas inesquecíveis lembranças do quão prazeroso era estar em suas companhias.

Por fim, os meus sinceros agradecimentos aos que acreditaram e me incentivaram a conquistar mais esse objetivo.

A ARBITRAGEM NO BRASIL, A CELERIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES COMERCIAIS

Resumo: Este trabalho pretende verificar, por meio de pesquisa teórica, a ineficiência estatal em atender com celeridade a prestação jurisdicional pleiteada pela parte, demonstrando a extrema importância do instituto da arbitragem como instrumento de auxílio ao Poder Judiciário na busca do razoável equilíbrio entre a agilidade e a Justiça, sobretudo no que se refere ao desenvolvimento das relações comerciais, tanto no âmbito internacional, como também no nacional. Respectiva importância às relações comerciais é traduzida pelo receio (existente até a definitiva consolidação do instituto da arbitragem no ano de 2001) de investidores estrangeiros travarem seus investimentos, por conta de eventual controvérsia dirimida em um processo pela via tradicional. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que versou sobre a reforma do Poder Judiciário, alguns fatores contribuíram ao presente estudo, dentre eles, a introdução no ordenamento jurídico do princípio da razoável duração do processo como direito fundamental do ser humano e o instituto da repercussão geral, o qual preceitua que somente chegarão ao crivo do Supremo Tribunal Federal as causas que possuem relevância jurídica à sociedade. Ademais, com a ratificação da Convenção de Nova Iorque no ano de 2002, pelo Estado brasileiro, que foi elaborada para regular o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, houve a criação de direitos e obrigações aos países signatários, no intuito de uniformizar o procedimento de homologação das respectivas decisões. Ocorre, todavia, que na prática pairam divergências entre a legislação brasileira e a mencionada Convenção, uma vez que esta veda a um Estado-membro impor condições substancialmente mais onerosas ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, em relação às impostas para o reconhecimento ou execução de suas sentenças arbitrais nacionais, ao passo que para o ordenamento interno, quando se tratar de sentença arbitral nacional é descartada, como regra, a hipótese de um reexame pelo Poder Judiciário, equiparando-a, portanto, à sentença judicial. No entanto, no que diz respeito a sentença arbitral estrangeira, para que lhe seja conferida força de título executivo, ou seja, para que seja equiparada a sentença arbitral nacional, por conseguinte, a sentença judicial, esta obrigatoriamente terá que ser homologada pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, divergem duas correntes: a que defende a desnecessidade de homologação do Poder Judiciário em última instância, sob a ótica da plena capacidade do juízo competente para executá-la poder verificar qualquer ofensa à ordem pública e, a corrente que defende a necessidade de homologação pelo último grau de jurisdição, pois assim, não abrirá precedente para que as partes recorram, prejudicando com isso, a característica principal da arbitragem, a qual consiste na celeridade. Insta salientar a predominância da segunda corrente, a qual defende a competência para homologação da sentença arbitral estrangeira pelo último grau de jurisdição, tal como disposto pela Lei.

Palavras-chave

Arbitragem, ineficiência estatal, celeridade, relações comerciais, Emenda Constitucional nº45.

ARBITRATION IN BRAZIL, THE CELERITY IN SOLVING THE CONFLICTS AND THE DEVELOPMENT OF THE TRADE RELATIONS

Abstract: This work intends to verify, through theoretical research, the inefficiency of the state in having a celerity in law results wished by the part, showing the extreme importance of the arbitration as an instrument to help the Judiciary in finding a reasonable balance between efficiency and justice, especially regarding the development of trade relations, both within international and national level. This importance to trade relations is reflected by the fear (existing until the final consolidation of the institute of arbitration in 2001) of the foreign investors to make their investments, on account of any dispute resolved in a process through traditional way. With the advent of the Constitutional Amendment No. 45, which is about the reform of the Judiciary, several factors contributed to this study, among them, the introduction into the law of the principle of reasonable duration of the process as a fundamental right of human beings and the general impact rule, which stipulates that will only come to the Supreme Court cases which have legal relevance to society. Moreover, with the ratification of the Convention of New York in 2002, by the Brazilian state, which was established to regulate the recognition and execution of foreign arbitral awards, we had the creation of rights and obligations of signatory countries in order to standardize the procedure of approval of these decisions. What happens, however, is that in practice we have differences between the Brazilian legislation and the mentioned Convention, because it prohibits a Member State to impose substantially more onerous conditions to the recognition and execution of foreign arbitral awards, in relation to those imposed for the recognition or execution of the national awards, while to the internal order, in the case of any national arbitration award, as a rule, it is discarded the hypothesis of a review by the Judiciary, equating it, to the judicial award. However, talking about the foreign arbitral award, in order to be granted under enforcement, that is, to be equated to a national award, the judicial award will have to be necessarily approved by the Judiciary. In this context, we have two different opinions: one that argues it is unnecessary for approval of the Judiciary in the last step, from the perspective of the full capacity of the competent court to accomplish it, to be able to check any offense against the public order and the opinion that is for the need for approval by the last judgment, because this way it's impossible to have another judgment, complicating the main feature of arbitration, which is the speed. We must remember the predominance of the second opinion, which advocates the power of approval for foreign arbitration award by the last degree of jurisdiction, as provided by the law.

Key-words:

Arbitration, inefficient of the state, speed, trade relations, Constitutional Amendment n° 45.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O PODER JUDICIÁRIO E SUA CRISE	15
1.1 Os efeitos da crise do Poder Judiciário perante os demais poderes da República	19
1.2 A Reforma do Judiciário	21
1.2.1 Principais inovações no âmbito da celeridade processual com o Advento da Emenda Constitucional nº 45	23
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM	
2.1 No Mundo	34
2.2 No Brasil	36
2.2.1 A adesão definitiva da Arbitragem pelo Estado brasileiro	38
2.2.2 Edição da Lei 9.307/96	41
2.2.3 Importantes inovações da Lei 9.307/96	41
3. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM	
3.1 Conceito	44
3.1.1 Requisitos	45
3.2. Arbitragem e mediação	47
3.3 Convenção de Arbitragem e seus efeitos	48
3.3.1 Cláusula compromissória e seus efeitos	49
3.3.2 Compromisso arbitral	51

3.3.3 <i>Recusa da parte em lavrar o compromisso arbitral</i>	53
3.3.4 <i>Diferença entre cláusula compromissória e compromisso arbitral</i>	54
3.4 Arbitragem no contrato de adesão	55
3.5 Árbitros	57
3.6 Tutela antecipada na Arbitragem	60
3.7 Natureza jurídica da Arbitragem	62
3.8 Constitucionalização da Arbitragem	63

4. A SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL E A LEI 9.307/96

4.1 Conceito	67
4.2 Efeitos	68
4.3 Momento em que é instituída a Arbitragem e o prazo para que a sentença arbitral seja proferida	69
4.4 Requisitos	71
4.5 Recurso	74
4.6 Nulidade	75
4.7 Execução	80

5. SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

5.1 Conceito	83
5.2 Sentença arbitral estrangeira como título executivo no Brasil	84
5.2.1 <i>Competência à homologação</i>	85
5.2.2 <i>Objetivo do reconhecimento ou homologação</i>	86
5.2.3 <i>Processo homologatório</i>	87
5.2.3.1 <i>Procedimento</i>	90

5.2.3.2 <i>Requisitos para procedência do pedido de homologação.....</i>	90
5.2.3.3 <i>Decisões jurisprudenciais acerca do pedido de homologação</i>	95
5.2.4 <i>Execução da sentença arbitral estrangeira</i>	99

6. OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

6.1 Conceito de Tratados Internacionais	100
6.2 Classificação dos tratados	101
6.3 Trâmite para aprovação dos tratados internacionais	103
6.4 Entrada em vigor dos tratados	106
6.4.1 <i>Os tratados internacionais e a legislação nacional</i>	107
6.4.1.1 <i>Teoria dualista</i>	107
6.4.1.2 <i>Teoria monista</i>	110
6.4.1.3 <i>Teoria adotada pelo Estado brasileiro</i>	114
6.5 Objeto da Convenção de Nova Iorque e sua ratificação pelo Estado brasileiro	115
6.6 Objetivo da Convenção de Nova Iorque	115
6.7 Conflito entre o texto da Convenção de Nova Iorque com a legislação brasileira e sua devida solução	116
6.7.1 <i>Corrente contrária ao posicionamento da legislação brasileira em onerar a sentença arbitral estrangeira à apreciação do Superior Tribunal de Justiça</i>	119
CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, abordaremos o instituto jurídico da Arbitragem sob a ótica da Lei 9.307/96, a qual regula a Arbitragem no Brasil, sobretudo, a agilidade que esta proporciona ao Poder Judiciário na solução das controvérsias, que por sua vez, tem encontrado cada dia mais dificuldades de unir características fundamentais, tais como a eficiência e a celeridade, para garantir o efetivo respeito à dignidade humana.

Esta pesquisa foi motivada pela ineficiência estatal em proporcionar a justiça de modo célere, a qual, quando proporcionada, muitas vezes não satisfaz a pretensão jurisdicional pleiteada pelas partes, seja em decorrência do perecimento do objeto da lide, ou até mesmo pela morte do requerente.

Tamanha é a crise estatal, neste particular, que segundo pesquisas realizadas por órgãos especializados, as quais foram citadas na obra de Gajardoni, nos chama a atenção o descrédito da população em relação à Justiça. Vejamos:

Pesquisa realizada recentemente pela CNT, em conjunto com a Vox Populi, revela que 89% das pessoas entrevistadas no Brasil consideram a justiça lenta. No mesmo sentido, pesquisa realizada pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, para quem 92% dos brasileiros consideram a lentidão o principal problema da justiça nacional.¹

Inobstante tamanha crise, ao invés da mesma ser solucionada pelo alicerce, que consiste no aumento do espaço físico, maior número de funcionários, magistrados,

¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. 1. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 46.

assim por diante, nossos legisladores, com o advento da Emenda Constitucional nº 45 introduziram como direito fundamental do cidadão a garantia da razoável duração do processo. Vejamos: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".²

Com tal atitude dificilmente será alcançada a celeridade processual, ao contrário, proporcionará aos prejudicados com a morosidade processual, o ajuizamento de novas ações contra o Estado que, por sua vez, segundo nossa legislação, goza de prerrogativas protelatórias, dentre as quais podemos citar a computação do prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer.

Outro motivo pertinente à escolha do tema a ser estudado é a recente ratificação do Brasil à Convenção de Nova Iorque de 1958, a qual regula o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

Nesse contexto, o presente trabalho possui o objetivo de demonstrar a efetividade do instituto da Arbitragem, de modo a garantir a prestação jurisdicional pronta e justa, visto que o problema fundamental existente na crise do Judiciário é encontrar o equilíbrio razoável entre a celeridade e a justiça e, sobretudo, a prevalência do Direito interno sobre o Direito internacional no que diz respeito às discussões internacionais acerca do reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

Utilizou-se como metodologia para a elaboração do trabalho, a pesquisa teórica, na qual se levantou a bibliografia, a legislação e a jurisprudência, que vigem em nosso país.

² BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 5º, inciso LXXVIII. São Paulo: Saraiva, 2005.

Salienta-se, que empregou-se a bibliografia de autores que estabelecem o contraditório, com a análise descritiva e ora explicativa acerca da morosidade processual, do descrédito da sociedade face ao Poder Judiciário em proporcionar de maneira célere, justa e com precisão a solução da controvérsia e o instituto jurídico da Arbitragem.

Já a legislação utilizada diz respeito às alterações na Constituição Federal de 1988, advindas com a Emenda Constitucional nº 45, a Lei 9.307/96, que de regula a Arbitragem no Brasil e os Tratados Internacionais (pertinentes ao objeto do presente estudo), em que consta o Brasil como Estado signatário.

Por fim, a jurisprudência empregada no presente estudo, refere-se as importantes decisões de nossa Corte de Justiça que homologou e deixou de homologar sentenças arbitrais estrangeiras.

1 – O PODER JUDICIÁRIO E SUA CRISE

Em tempos de globalização³, como a que atualmente prepondera, as relações comerciais no âmbito internacional e, conseqüentemente, no âmbito nacional estão cada vez mais fomentadas.

Nesse contexto, imprescindível ao Estado, que por sua vez, auferir riquezas com tais relações, tenha um Poder Judiciário sólido, capaz de solucionar de modo célere e acertadamente eventual controvérsia entre as partes.

Ocorre, entretanto, que esta não é a realidade do Estado brasileiro, uma vez que não foi competente para tornar o supramencionado Poder efetivo, razão pela qual mostra-se o instituto jurídico da Arbitragem extremamente importante não somente às partes envolvidas no processo arbitral, mas também àquelas que possuem seu litígio perante o Judiciário, pois com a utilização da via arbitral, será um processo a menos para descongestionar o trâmite processual tradicional.

Tamanha importância do instituto jurídico da Arbitragem pode ser vislumbrada pela pesquisa realizada por Rufino, na qual afirma que no âmbito internacional, “95% dos contratos internacionais mercantis, prevêm a cláusula de Arbitragem”.⁴

Já no âmbito nacional, a realidade não é diferente⁵, tal como nos mostra Tereza Sadek, em sua obra *Poder Judiciário: perspectivas de reforma*, vejamos:

³ Embora não se tenha um consenso sobre o conceito de globalização, podemos defini-la como uma interdependência dos países que, dado aos fenômenos tecnológicos, como internet, telefone, aviões, navios, as relações ficam cada vez mais facilitadas e constantes. Daí, portanto, nasceu a globalização jurídica, pois sob a ótica da necessidade de regular tais relações, fez com que os Estados adotassem um direito internacional, o qual é exteriorizado por intermédio dos Tratados Internacionais.

⁴ RUFINO, Cleuber. Mediação e Arbitragem. *Revista jurídica UNICOC* <www.faculadescoc.com.br>. Acesso em 15/08/2006.

São inúmeras as pesquisas de opinião retratando a expressiva insatisfação da população com a Justiça estatal. Levantamentos de institutos especializados (Vox Populi, Data Folha, IBOPE, Gallup) mostram que em média, 70% dos entrevistados não confiam no sistema de Justiça. Recentes investigações realizadas pelo IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo) apontam que os indicadores mais geras são igualmente válidos para setores da elite da população. Entre os empresários, por exemplo, o Judiciário é muito mal avaliado, chegando a 89% os que o consideram “ruim” ou “péssimo”, em termos de agilidade (IDESP, 1996).⁶

Bombástica adesão da Arbitragem como método alternativo de solução de conflitos, ocorre pela celeridade processual propiciada por tal instituto, haja vista o interesse das partes, no momento da celebração do contrato, de garantirem que seus investimentos não ficarão ancorados em um processo tradicional por conta de eventual controvérsia.

Tamanha crise estatal na administração da pura e cristalina Justiça torna-se fácil de ser vislumbrada ao serem analisados os dados levantados por Gajardoni, os quais nos chamam a atenção, vejamos:

⁵ Mediante a conscientização da sociedade acerca dos benefícios trazidos com a utilização da via arbitral, dentre os quais, o mais importante, a celeridade, indiscutivelmente os empresários brasileiros, nas relações comerciais nacionais, darão cada vez mais crédito ao instituto jurídico da Arbitragem.

⁶ SADEK, Maria Tereza Aina. *Poder Judiciário: perspectivas de reforma*. Opinião Pública, vol. 10. n° 1. Campinas, 2004. www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762004000100002. Acesso em 31/08/2009.

Nas Justiças Estatais,..., são incapazes de solucionar o número total de litígios a si submetidos. Em São Paulo – maior Judiciário da Federação – o 1º Tribunal de Alçada Civil no período de 1996 até maio de 2001, recebeu 359.714 feitos, enquanto apenas 278.849 foram julgados (77%). No 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no período de 1996/2000, dos 225.844 feitos entrados, 111.622 foram distribuídos (49%) e 119.722 julgados (53%). No Tribunal de Justiça, no ano de 2000, foram distribuídos, em primeira instância, 1.798.479 feitos, enquanto 1.245.133 sentenças foram registradas (69%). Em segunda instância, no mesmo ano, entraram 152.885 feitos, 100.623 foram distribuídos (65%) e 106.892 julgados (69%). O colapso é tamanho que, em maio de 2000, 88.861 feitos aguardavam distribuição no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No total de segunda instância (TJ, 1º TAC, 2º TAC e TACRIM), 191.107 feitos aguardavam oportunidade para serem distribuídos. No Distrito Federal, dos 566.579 feitos distribuídos em primeira instância, no período de 1994/2000, apenas 387.607 haviam sido julgados (68%).⁷

Nota-se que os dados datam de uma década atrás, tornando-se, portanto, inimaginável mensurarmos a quantidade de processos distribuídos nos dias atuais, sobretudo, aqueles que ainda aguardam solução do conflito de interesses.

Gomes Júnior nos ensina que:

⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.* p. 29.

Atualmente, várias são as causas que congestionam os Tribunais, que vão desde o aumento da procura pelos serviços prestados pelo Poder Judiciário, até a irresignação exacerbada do Poder Público em suas várias esferas (União, Estados, Municípios etc.)⁸

Alerta Gajardoni, que a morosidade no âmbito do Estado de São Paulo é ainda mais grave, vejamos:

Salvo as exceções legais e regimentais, uma apelação cível no Tribunal de Justiça no Estado de São Paulo aguarda de 2 a 3 anos só para ser distribuída. Supondo-se que não haja recursos excepcionais (extraordinário e especial) e acrescentando-se o tempo em primeiro grau, numa análise otimista, parece-nos seguro que uma causa com recurso para o Tribunal de Justiça não se resolve, em São Paulo, em menos de 3 anos, isso sem sequer imaginarmos, nas ações condenatórias, que depois se dará início, ainda, a um processo de execução.⁹

Outros fatores importantes, que contribuem sobremaneira para a ineficiência do Poder Judiciário, nas palavras de Gajardoni são: "...fruto da lentidão e da sobrecarga do Judiciário, da burocratização da Justiça, da inaptidão das Leis processuais e da falta de respeito às decisões judiciais ..."¹⁰

⁸ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *in: Revista Forense*. Ano 101. n° 378. março – abril de 2005, Rio de Janeiro. p. 47.

⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.* p. 45.

¹⁰ *Idem*, p. 31.

Já a Arbitragem, por sua vez, oferece tudo aquilo que atualmente não é oferecido pelo Poder Judiciário, como a celeridade, inexistência de formalidade, aptidão técnica dos Árbitros, vez que na grande maioria das vezes são peritos no assunto objeto da lide, dentre outras inúmeras qualidades que serão tratadas em capítulo próprio.

1.1 – Os efeitos da crise do Poder Judiciário perante os demais poderes da República

Inicialmente, importante salientar a independência e harmonia dos Poderes que compõem a União, o Legislativo, Executivo e Judiciário. Independentes, em razão de cada um ter sua função típica, sem qualquer relação de subordinação ou hierarquia entre eles. Já harmônico, em razão da cooperação recíproca entre eles.

Em suma, compete ao Poder Legislativo, como o próprio nome já diz, legislar, ou seja, elaborar Leis. O Poder Executivo, por sua vez, implementará as Leis elaboradas pelo Poder Legislativo. Por fim, e completando esta relação mútua entre os poderes, está o Judiciário, que além de apreciar a legalidade das Leis legiferadas, fiscalizará a execução destas pelo Poder Executivo.

Verifica-se, portanto, que apesar da independência dos poderes, tal como estabelece nossa Carta Magna de 1988, possui o Judiciário função fundamental para o cotidiano social, uma vez que dele resulta a fiscalização da legalidade das Leis que regem nosso país.

Nesse contexto, de forma brilhante, nos ensina Gajardoni o quão prejudicial é a crise na qual o Poder Judiciário está envolvido, em relação aos outros dois poderes da República Federativa do Brasil, vejamos:

Assolado por denúncias de corrupção e tachado, de um modo geral, de lento e formalista, o Judiciário perdeu autoridade sobre os seus jurisdicionados, principalmente perante os demais poderes da República.

O Poder Executivo não lhe reconhece força alguma; nega impunemente o cumprimento de suas sentenças, não cumpre os precatórios (nem de natureza alimentar), e tampouco oferece o concurso da força policial, quando necessário. Pior, serve-se despudoradamente do Poder Judiciário para mascarar o seu crônico problema de caixa, em ofensa direta ao disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

O Legislativo, se reconhecesse alguma autoridade ao Judiciário, não limitaria de forma tão excessiva seus gastos, através da Lei de Responsabilidade Fiscal, e também não anistiaría infratores de multas aplicadas pela Justiça trabalhista e eleitoral.¹¹

Das sistemáticas acima mencionadas por Gajardoni, algumas considerações são inevitáveis, as quais passam a ser explanadas nos parágrafos subseqüentes.

A primeira delas, diz respeito a conclusão de Cláudia Maria Barbosa, em sua obra *O processo de legitimação do Poder Judiciário Brasileiro*, vejamos:

¹¹ *Ibidem*, p. 21/22.

Os membros do Poder Judiciário precisam perceber que seu enfraquecimento coloca em cheque a própria organização do Estado, baseada ainda na construção de um estado democrático de Direito. Não há uma sociedade forte sem um Judiciário forte. Sua fragilidade coloca em risco todo o tecido social sobre o qual está erigida a sociedade brasileira.¹²

Outra sistemática diz respeito ao quão incoerente é um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, pautado em assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a distribuição de Justiça, deixar submergir um dos pilares da Justiça em tal crise.

Por fim, há que se questionar o por que da longa inércia do Poder Legislativo em elaborar normas capazes de desobstruir o Judiciário, sobretudo o por quê do Poder Executivo em não oferecer condições de trabalho que condizem com a extrema importância que é a distribuição de Justiça à sociedade, tais como aumento de espaço físico, maior número de funcionários, magistrados, instrumentos de trabalho, etc.

1.2 – A Reforma do Judiciário

Por tudo o que foi exposto nos tópicos anteriores, incontestavelmente estava mais do que na hora de serem tomadas efetivas medidas a fim de desenterrar o trâmite processual tradicional.

¹² BARBOSA, Claudia Maria. O processo de legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. <http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:T3T9pEWp31gJ:www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%2520Maria%2520Barbosa.pdf+Judiciarios+claudia+maria+barbosa&hl=pt-BR&gl=br>. Acesso em 31/08/2009

Tentou-se solucionar respectiva crise com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a qual modificou 27 artigos da Constituição Federal de 1988, adicionou mais três, muitos parágrafos, incisos e alíneas, bem como revogou¹³ um artigo, um inciso, uma alínea e outros parágrafos que compunham nossa Carta Magna, tudo no sentido de reformular a prestação jurisdicional oferecida às partes, de modo a proporcioná-las, uma Justiça célere, sobretudo justa.

Registra-se que a Emenda Constitucional nº 45 não versou apenas sobre o Poder Judiciário, tal como nos ensina Gérson Marques de Lima e Meton Marques de Lima, vejamos:

Não se restringiu ao Capítulo do Poder Judiciário, mas mexeu nos direitos fundamentais, no controle de constitucionalidade, na intervenção nos Estados e Municípios, na competência do Senado Federal, As alterações vão desde as estruturas, as composições, as competências, até o varejo, como regras de concurso e promoção de Juízes e de membros do Ministério Público.¹⁴

Importante salientar, que a razão da supramencionada Emenda Constitucional não se pautar tão somente ao Poder Judiciário, diz respeito ao fato da crise por este enfrentada não resumir única e exclusivamente às disposições constitucionais que o disciplina, mas sim ao sistema como um todo, que dado a evolução econômica, tecnológica e social, tende a cada dia tornar-se ultrapassado.

¹³ Revogado o artigo 113, o inciso IV do artigo 36, a alínea "h", do inciso I, do artigo 102, o § 4º do artigo 103, o § 1º, § 2º e § 3º, do artigo 111, todos da Constituição Federal de 1988.

¹⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de; LIMA, Francisco Meton Marques de. *Reforma do Poder Judiciário – comentários iniciais à EC 45/2004*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 07.

1.2.1 – Principais inovações no âmbito da celeridade processual com o advento da Emenda Constitucional nº 45

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, muitas foram as mudanças na Constituição Federal de 1988, capazes de gerar esperanças de um Poder Judiciário mais célere e justo.

Por óbvio, que a reforma do Poder Judiciário não se pautou apenas nas mudanças que serão abaixo elencadas, todavia, salvo melhor Juízo, estas foram as que mais nos chamam atenção em relação ao estafado Judiciário que, em tese, seriam capazes de atingir a tão sonhada sistemática do equilíbrio entre a Justiça e a celeridade. Vejamos:

a) *Princípio da celeridade processual;*

Acrescentou-se em nossa Constituição Federal, mais um direito fundamental do ser humano, elencado pelo inciso LXXVIII, do artigo 5º, vejamos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹⁵.

Inicialmente, vislumbra-se uma ótima alternativa a inclusão de tal direito fundamental na órbita jurídica vigente, no entanto, há que se pensar em sua praticidade, haja vista o contra-senso que é um Estado Democrático de Direito como o

¹⁵ BRASIL. *Op. cit.* Artigo 5º, inciso LXXVIII.

brasileiro que, diga-se de passagem, é pautado na Justiça, sobretudo no respeito ao cidadão, garantir algo, simplesmente por garantir.

Há de se considerar, que por óbvio, a mera inclusão do princípio da razoabilidade ou da celeridade, como queira, na órbita jurídica vigente, como direito fundamental, não solucionará como um passe de mágica a caótica situação que se encontra o Poder Judiciário.

Nesse contexto, diante de respectiva garantia constitucional, tende o Estado, agora, maior obrigação em proporcionar todos os meios necessários à célere propagação da Justiça, mesmo que para tanto, como meio coercitivo, os prejudicados com a morosidade processual, ajuízem novas ações contra o Estado, com o objetivo de reaver materialmente o objeto da lide, haja vista, em muitas vezes, o perecimento deste e, moralmente pelo desgaste psíquico ao longo do trâmite processual.

Isto porque, inimaginável continuarmos admitindo uma Justiça tardia, ainda mais em uma Estado cuja a arrecadação de impostos é elencada como uma das maiores do mundo, equiparando-se a um Estado de primeiro mundo, onde o dinheiro destinado ao Estado volta em benefício do cidadão, seja por intermédio da educação, saúde, prestação jurisdicional, sistema penitenciário, dentre outros inúmeros benefícios que proporcionam uma harmonia social.

Tal atitude comparar-se-á com a multa diária, a qual muitas vezes é decretada nas sentenças judiciais, pois ao passo que as indenizações começarem a surtir efeito face ao Estado, este conseqüentemente investirá sobremaneira no Poder Judiciário, de modo a torná-lo capaz de conciliar a celeridade com a pretensão Requerida pela parte.

Ora, se tais multas impostas aos cidadãos surtem efeito, devem estes cidadãos requererem o que de direito pela inércia estatal, sob a ótica da Justiça, que conforme ressaltado é o pilar de nossa Carta Magna de 1988.

b) Exigência de três anos de prática jurídica para o ingresso na magistratura e no Ministério Público;

Normatizou-se também na ordem jurídica vigente, a exigência de no mínimo três anos de prática jurídica para o candidato estar apto a se tornar um juiz de direito¹⁶ ou representante do Ministério Público¹⁷.

Respectiva mudança causou grandes murmurinhos nas Instituições de Ensino, sobretudo perante os recém bacharéis de direito, que pretendiam engajar-se em tais cargos públicos o quanto antes.

Dada o grau de dificuldade que é o ingresso nas supramencionadas carreiras, o que acontecia sobremaneira, era o estudante não se interessar pela prática jurídica, e sim, única e exclusivamente pela reiterada Leitura de manuais e livros jurídicos, a fim de ser habilitado para o exercício de tais funções.

Tamanho era o desinteresse, que muitos não conheciam os procedimentos forenses básicos, tais como, a título exemplificativo, a diferença entre protocolo e

¹⁶ Constituição Federal de 1.988. Artigo 93, inciso I – “ingresso na carreira, cujo cargo inicial será de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”.

¹⁷ Idem. Artigo 129, § 3º - “O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação”.

distribuição, muito menos a conduta a ser tomada como Advogado em audiência que, diga-se de passagem, foi a carreira pretendida com o ingresso na Universidade.

E por tal razão, a esmagadora maioria encontrava dificuldades de conciliar a teoria com a prática, pois por não conhecerem o trâmite processual, eram mais formalistas e abitolados ao texto da Lei.¹⁸

Como se não bastasse, por terem abdicado de muitas coisas a época dos estudos, verificava-se um determinado grau de imaturidade¹⁹ para decidirem o futuro daqueles que tinham suas controvérsias postas a seus apreços.

Nesse contexto, Claudia Maria Barbosa, leciona que:

Jovens recém formados têm a magistratura muitas vezes como seu primeiro emprego, situação que tende a modificar-se com a vigência da EC. n. 45. Sobre seus ombros vão recair as contradições da sociedade, e a mera aplicação da lei, ao contrário do que lhes foi dito, poderá não ser a melhor solução para o conflito posto. O jovem juiz descobre cedo o viés político de sua decisão, mas essa é uma perspectiva que sempre lhe foi omitida.²⁰

Portanto, esta exigência de três anos de prática jurídica para o ingresso nas respectivas carreiras, além de contribuir à celeridade processual, colabora também à

¹⁸ Verifica-se então, que a antiga sistemática de que a teoria é totalmente diferente da prática é verdadeira.

¹⁹ Certa vez, em um determinado concurso público para Delegado de Polícia, já na fase oral, um dos candidatos foi indagado sobre os seus afazeres sociais e sobre suas últimas Leituras. Respondeu que pelos estudos, havia muito tempo que não possuía vida social, e que suas últimas Leituras resumiam-se em livros jurídicos. Teve como resposta, que para se tornar um Delegado de Polícia, necessariamente deveria saber a realidade em que vivia, os problemas enfrentados pela sociedade, sobretudo na comunidade onde estava inserido, razão pela qual não possuía o perfil desejado pela corporação.

²⁰ BARBOSA, Claudia Maria. *Op. cit.* Acesso em 31/08/2009.

qualidade de Magistrados e Promotores que, respectivamente, julgam a vida de pessoas e fiscalizam as Leis que vigoram em nosso país.

c) *Vedação à promoção do Magistrado por retenção injustificada dos autos;*

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, foi introduzida importante regra em nosso ordenamento jurídico vigente, disposta pelo artigo 93, inciso II, alínea “e”, que versa sobre a responsabilização do Magistrado pela retenção injustificada dos autos fora do cartório. Vejamos: “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-lo ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.²¹

Tal mudança mostra-se de extrema pertinência na busca da celeridade processual, sobretudo na busca da igualdade estabelecida por Lei²², entre Advogados, membros do Ministério Público e Magistrados, pois ao passo que os dois primeiros devem respeitar fielmente os prazos processuais constituídos, nada mais justo que Juízes Togados também rendam reverência a tais prazos.

Há que se ressaltar, que a retenção dos autos fora do cartório, independentemente por parte de quem seja, configura culpa ou dolo do agente,

²¹ BRASIL. *Op. cit.* Artigo 93, inciso II, alínea “e”.

²² Estabelece o artigo 6º da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil que: “Não há hierarquia nem subordinação entre Advogados, magistrados e membros do Ministério Público ...”.

portanto, em tese, deveria gerar a responsabilidade civil deste pelos danos causados à parte.

Salienta-se, ademais, que respectivo respeito mostra-se uma faculdade do Magistrado, vez que sua penalidade versa única e exclusivamente sobre sua promoção perante a classe, diferentemente dos Advogados²³, que são responsáveis por todos os atos que praticarem com dolo ou culpa.

Contudo, nada mais eqüitativo seria do que ao invés da Lei responsabilizar o Magistrado somente no âmbito administrativo, também responsabilizá-lo no âmbito judicial.

d) *Fim do recesso forense;*

Outra mudança significativa versa a respeito do fim do recesso forense, pois estabelece a nova definição legal do artigo 93, inciso XII, da Carta Magna de 1988, que: “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos Juízos de tribunais de segundo grau, funcionado, nos dias em que não houver expediente forense normal, Juízes em plantão permanente”.²⁴

Tal definição revoga o artigo 66, §1º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que prescrevia os períodos de 02 a 31 de janeiro e de 02 a 31 de julho como férias coletivas dos membros dos tribunais.

²³ Dispõe o artigo 32º da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – “O Advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

²⁴ BRASIL. *Op. cit.* Artigo 93, inciso XII.

Ora, não pairam dúvidas do quão significativo é o fim do recesso forense à sociedade, uma vez que esta há muito tempo tem clamado por maior distribuição da Justiça, de tal modo a não admitir mais incongruência como a de duas férias coletivas no ano, haja vista o caos em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro.

e) *Destinação exclusiva das custas e emolumentos judiciais às atividades da Justiça;*

Eis aqui uma extraordinária medida à solução da atual crise que assombra o Poder Judiciário, uma vez que o texto legal acrescentado em nossa Carta Magna, disposto pelo § 2º, do artigo 98, que preceitua: “As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça”²⁵.

Ora, considerando que a maior justificativa do estafado Poder Judiciário acerca de sua morosidade na prestação jurisdicional sempre foi a falta de verbas a serem destinadas para tal fim, conclui-se então, que a solução chegou, haja vista a extraordinária quantia arrecadada com as taxas Judiciárias.

Assim sendo, respectivo Poder, que carece cada dia mais de melhores equipamentos de trabalho, maior espaço físico, mais varas, dentre as quais, muitas especializadas, mais escrivães e Magistrados, terá o respaldo necessário do fundo que fora destinado a verba auferida com o pagamento das custas e emolumentos judiciais.

²⁵ Ibidem, § 2º, do artigo 98.

Ocorre, todavia, que para tanto, há a necessidade de um efetivo comprometimento da cúpula do Poder Judiciário em fiscalizar e viabilizar melhorias no aparato judicial, pois caso contrário poderá ocorrer a mudança que for, que será em vão.

f) *O instituto jurídico da repercussão geral;*

Outro pertinente modificação na órbita jurídica, diz respeito ao novo instituto jurídico da repercussão geral, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, que fora regulado e encontra-se disposto tanto pelo §3º do artigo 102 da Constituição Federal, como também pelos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil. Vejamos:

“No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da Lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.²⁶

Tal instituto possui o objetivo de filtrar as lides que serão analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que somente chegará ao seu crivo, as controvérsias que versarem sobre assuntos de relevância jurídica à sociedade.

Nesse sentido, Arruda Alvim leciona que:

²⁶ Ibidem, § 3º, do artigo 102.

... a relevância é um sistema de filtro que permite afastar do âmbito dos trabalhos do Tribunal as causas que não têm efetivamente maior importância e cujo pronunciamento do Tribunal é injustificável²⁷

Há de se ressaltar os dados referendados por Frederico Viegas, os quais afirmam que:

“Segundo o STF, os recursos são os principais responsáveis por congestionarem os trabalhos do tribunal. Conforme o banco nacional de dados do Poder Judiciário, os recursos representam mais de 90% do número de processos distribuídos aos ministros”.²⁸

Corroborando o dado acima mencionado, nos chama a atenção o quão contrapõe a realidade vivenciada pela corte máxima da Justiça brasileira com a alta corte da Justiça dos Estados Unidos, vejamos: “... em 2003 o STF julgou 110 mil processos. No mesmo ano, a Suprema Corte americana julgou 326”.²⁹

Ocorre, entretanto, a necessidade de uma maior atenção aos abusos, como bem nos preconiza Gomes Júnior: “Deve ser lançado alerta para o fato de que o instituto da *repercussão geral* não pode ser utilizado de forma desarrazoada, apenas tendo como objetivo, diminuir o volume de processos”.³⁰

²⁷ ALVIM, Arruda. A Alta Função Jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Âmbito do Recurso Especial e a Relevância das Questões. *in: RePro*, nº96, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.

²⁸ VIEGAS, Frederico. <www.180graus.com/home/materia.asp?id=81953>. Acesso em 04/03/2007.

²⁹ PANSIERI, Flávio. <www.cut.org.br>. Edição nº 684 – Domingo 03/12/2006. Acesso em 04/03/2007.

³⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Op. cit.* p. 63.

Contudo, eis uma importante medida para barrar recursos de caráter protelatórios, o que indubitavelmente fará com que o Supremo Tribunal Federal, corte máxima de Justiça, renda homenagens a processos de maior relevância jurídica à sociedade.

g) *Criação da súmula vinculante e seu objeto;*

Relevante também à celeridade processual foi a criação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, disposta pelo artigo 103-A da Constituição Federal, vejamos:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante 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 estabelecida em Lei.³¹

Com tais súmulas vinculantes, a observância não terá mais caráter facultativo, tal como tinha antes do advento da Emenda Constitucional n° 45, mas sim caráter obrigatório a todos os órgãos do Poder Judiciário, da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

³¹ BRASIL. *Op. cit.* Artigo 103-A, *caput*.

Estabelece o §1º do artigo 103-A da Constituição Federal acerca do objeto da súmula vinculante, vejamos:

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de projetos sobre questão idêntica.³²

Assim sendo, mostra-se a súmula vinculante um instituto jurídico de extrema importância para o combate a morosidade processual que tanto tem assombrado o Poder Judiciário brasileiro.

³² Ibidem, § 1º, do artigo 103-A.

2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM

2.1 – No mundo

Apesar de divergências doutrinárias a respeito da origem da Arbitragem entre a Grécia Clássica e Roma, prevalece a idéia de que esta teve início em Roma como um sistema de solução de litígios único, sem concorrência. Nesse sentido, eventual controvérsia era solucionada por intermédio de Árbitro (s), geralmente o líder do grupo, membro da comunidade ou até mesmo da sociedade onde viviam. Entretanto, desde o início, com o advento da justiça privada, as violências ilegítimas eram soberanas (Lei de Talião: olho por olho, dente por dente), seja por conseqüência das religiões, dos costumes, interesses, etc. Explica-nos Cretella Neto a respeito das sanções advindas, apontando que:

Consistia em atos de resistência física ao calor (caminhar sobre brasas ou segurar barras de ferro incandescente) ou ao frio (mergulhando a parte de cabeça para baixo, de mãos atadas) ou ao cansaço (as partes permaneciam de pé, com os braços estendidos, até que uma delas os abaixasse).³³

³³ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 05

Posteriormente, com a origem do Estado³⁴, houve paulatinamente a transição da justiça privada à justiça pública, sendo que as mudanças dos costumes proporcionaram a diferenciação entre a já mencionada violência ilegítima e a legítima.

A igreja católica teve grande influência para a amplitude do instituto da Arbitragem, haja vista as interferências dos bispos em relação aos fiéis de suas comunidades, desde então, estabelecendo as diferenças existentes entre ambos.

Com o passar do tempo, grandes potências econômicas como Portugal, França, Inglaterra, dentre outros países europeus e asiáticos, passaram a dar mais credibilidade ao instituto da Arbitragem. Como exemplo, podemos citar Portugal, que por sua vez, diferentemente da França, desde o século XIII, já possuía disposições que autorizavam a solução de eventuais conflitos da maneira amigável ou até mesmo por intermédio de um Juízo arbitral, o que somente veio ocorrer com a França anos depois.

Insta salientar, todavia, o enorme progresso do governo francês para a utilização da Arbitragem. Com o término da Revolução Francesa, marco primordial do nascimento do Estado Moderno, as frentes comerciais que até então possuíam poderes inimagináveis, passaram a enfraquecer-se com elaboração da Lei Chapelier, do ano de 1791. Eufórica e entusiasmada com tal enfraquecimento, objetivando equilíbrio dos abusos atentados pela justiça real (haja vista a idéia do poder absoluto do rei, daí a

³⁴ Embora a denominação Estado deveria ser aplicada a todas sociedades que de maneira independente estipularam as regras de convivência de seus agentes, surgem três teorias fundamentais que fundamentam sua origem. A primeira, em suma, argumenta que o Estado é inerente a vida do homem, logo, desde que este se relaciona com outro homem, as regras comportamentais prevalecerão, conseqüentemente, a plena organização social. A segunda teoria, por sua vez, estabelece que a sociedade humana necessitava de uma organização social, razão pela qual se abdicou de determinadas regalias para a criação do Estado. Por fim, a terceira teoria estabelece que o Estado somente teve origem no século XVII, com o início da idéia de soberania. Contudo, tem-se que a idéia de Estado, propriamente dito, aparece apenas a partir do século XVI e, para alguns, a partir do século XVII, com o advento do conceito de soberania. Hoje, o Estado representa a organização política e social de um povo. (Fonte: Elementos da Teoria Geral do Estado – Dalmo de Abreu Dallari).

celebre frase “*o Estado sou eu*”), a Assembléia Constituinte aderiu ao questionado instrumento de aceleração processual.

Contudo, com os países aderindo confiantemente ao instituto da Arbitragem, perceberam a importância de sua utilização, pois assim sendo, nos contratos de importação e exportação, caso surgisse eventual litígio, esse poderia ser dirimido pela Arbitragem (própria para a aceleração processual). Para tanto, dentre outras necessidades, bastavam às partes decidirem acerca da Arbitragem, mediante cláusula contratual expressa e, por conseguinte, elegerem em comum acordo um foro para a solução de fortuita controvérsia.

Já no século XX, a sociedade internacional, por sua vez, reuniu-se com a finalidade de elaborar um tratado entre os países membros para regularem as regras do uso internacional do respectivo instituto.

Nesse contexto, diversos tratados surgiram, dentre eles o Tratado de Genebra de 1923, cujo objeto versou sobre as cláusulas arbitrais, bem como a Convenção da ONU de 1958 (mais conhecida como Convenção de Nova Iorque), a qual versa sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e também a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, conhecida como a Convenção do Panamá, de 1975.

2.2 – No Brasil

Em nosso país, desde a Constituição Imperial de 1824, existiam disposições acerca da Arbitragem, porém era respeitada a declaração de vontade das partes em utilizarem-se do referido instituto para dirimir eventual litígio.

A Constituição Federal Republicana de 1891, sequer fez referência a esse instituto e, como consequência, não expressou qualquer posição contrária ao seu uso.

Já a Carta Magna de 1934 fez menção à Arbitragem, estabelecendo, inclusive, a competência legislativa à União para regulá-la.

Embora as Constituições Federais de 1937 e 1946 não tenham se manifestado a respeito, nosso Código Comercial de 1950 constituiu, além do caráter facultativo (como já havia disposto a ultrapassada Constituição Imperial de 1824), o caráter obrigatório nas controvérsias existentes entre os sócios de sociedades empresariais.

Referida Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 737 do ano de 1850, o qual, ao regular a Arbitragem, distinguiu seu uso obrigatório (reservando-o para os litígios comerciais) do facultativo (deixando-o competente para os demais litígios).

Na mesma linha de raciocínio, as Constituições de 1967 e 1969 se silenciaram a respeito da Arbitragem. Em contrapartida, o Código de Processo Civil de 1973 tratou do assunto em um capítulo próprio, sendo este revogado com a regulamentação infraconstitucional pela Lei nº 9.307/1996.

Entretanto, com o advento da Lei nº 1.350/86, muitas inovações foram estabelecidas, dentre elas, a mais importante, foi a revogação da Arbitragem compulsória, a qual vigia até então. Doutrina José de Albuquerque que: “A Arbitragem obrigatória violaria vários preceitos fundamentais da Magna Carta, principalmente a garantia do acesso ao Judiciário. Daí sua inadmissibilidade”.³⁵

³⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38.

2.2.1 – A adesão definitiva da Arbitragem pelo Estado brasileiro

Dada a importância do mercado mundial, nosso presidente Getúlio Vargas, com o intuito único e exclusivo de engajar-se no panorama mundial, ratificou o Protocolo de Genebra em 1927 sobre as cláusulas arbitrais, adotando-o tão somente para utilização dos assuntos acerca de questões comerciais.

Configurou-se neste ato, um vício indispensável para a correta homologação do referido Protocolo por nossa Constituição Federal, tendo em vista a omissão do presidente em consultar o parlamento, para que este, por sua vez, elaborasse seu parecer quanto a sua ratificação.

Embora a existência de tal vício, todos os atos desse governo provisório foram homologados pela Carta Magna de 1934.

Já no Protocolo de Genebra de 1927, que versou sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, o Brasil não aderiu a tal desiderato.

Com o passar dos anos, ainda houve insistência dos países membros em fazer com que nosso país anuísse ao respectivo protocolo, entretanto, não obtiveram êxito, razão pela qual as sentenças arbitrais estrangeiras ainda eram objeto de cartas rogatórias.

Insta salientar, o transtorno ocorrido nesse período, uma vez que para o Brasil conferir força de título executivo à sentença arbitral estrangeira, essa necessariamente deveria ser homologada em seu país de origem, pois caso contrário sequer seria objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

Ocorre, todavia, que em muitos países, a sentença arbitral já era equiparada a sentença judicial, ou seja, proferida pelo juiz togado, logo, não era passível de homologação, sendo, assim, impossível o Brasil obrigá-los a tanto.

Conseqüentemente, as relações comerciais internacionais deixaram de ser fortalecidas, haja vista o receio das empresas estrangeiras, dentre elas, grandes multinacionais em negociarem com empresas brasileiras, pois caso ocorresse eventual controvérsia, seus investimentos seriam ancorados, infrutíferos, decorrente da morosidade estatal em proporcionar a justiça com celeridade.

No entanto, trinta e um anos depois, mais precisamente no ano de 1958, houve a adesão do Brasil à “Convenção da ONU sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, conhecido como *Convenção de Nova Iorque*”³⁶, porém, somente no ano de 2002, quarenta e quatro anos depois, houve a ratificação, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal competência exclusiva para seu reconhecimento e devida homologação, jurisdição essa, por ter sido revogada pela nova redação da Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, passou ao apreço do Tribunal Superior de Justiça.

Em 1988, com a relevância do assunto e a consciência de nossos legisladores de que estávamos cada vez mais atrasados no cenário mundial, houve mais uma tentativa de elaboração de um projeto de Lei, o qual, se concretizado fosse, consolidaria a Arbitragem definitivamente no Brasil.

Tal projeto foi mais um fracasso, pois desde então já era verificada sua impraticabilidade, visto que as divergências, ao serem analisadas profundamente,

³⁶ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.* p. 13.

possuíam gravidades fundamentais, dentre as quais, citamos duas nos parágrafos subseqüentes.

Primeira gravidade diz respeito a possibilidade da decisão proferida pelo Árbitro ser objeto do recurso de Apelação que, por sua vez, competente para julgá-lo seria o Tribunal de Justiça. Logo, a maior virtude do instituto da Arbitragem, a celeridade processual, perderia eficácia.

Segundo, pela exigência de que para ser Árbitro, requisito básico seria a condição de ser bacharel em direito.

Carmona, didático para debater essa exigência, aduz que:

É intuitivo que pretender que o Árbitro seja sempre bacharel em direito pode resultar em desestímulo a Arbitragem, já que há matérias técnicas a serem dirimidas que dispensam o bacharel e exigem a presença do técnico...³⁷

Ora, o papel do Advogado no processo arbitral é verificar a legalidade, requerer junto ao Árbitro o que de direito de seu cliente, jamais de posicionar-se como julgador, mesmo porque, na prática, tal papel cabe aos peritos que, conforme o próprio nome já nos diz, é detentor de todo o conhecimento técnico em sua área de atuação (objeto da controvérsia), para a melhor aplicação da Justiça.

Ademais, respectiva exigência conturbaria por demais a celeridade do procedimento arbitral, pois indubitavelmente haveria a necessidade do bacharel em Direito de requisitar um profissional da área para respaldar sua decisão.

³⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 26.

2.2.2 - Edição da Lei 9.307/96

Tamanha era a necessidade do instituto da Arbitragem consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, que no mesmo ano do arquivamento do projeto de Lei de 1988, nossa Carta Magna o disciplinou pelo artigo 114, § 1º e 2º (redação mudada pela Emenda Constitucional nº 45), restando apenas a regulamentação por Lei infraconstitucional, o que somente veio a acontecer no ano de 1996, pela Lei nº 9.307/96, composta por sete capítulos e quarenta e quatro artigos.

Entretanto, após anos de trabalho para redação do projeto de Lei acima ressaltado, quando levado a plenário, surgiram inúmeras emendas. Seus objetos variavam desde a mudança da terminologia sentença arbitral para laudo arbitral, como também um teto para sua utilização, o qual não poderia ser maior que duzentos mil UFIR.

Como já mencionado, a consequência imediata da regulamentação proporcionada por esta Lei revogou e alterou dispositivos do Código de Processo Civil, superando diversos obstáculos processuais, a ponto de proporcionar ao Brasil uma maior dinâmica nas exportações e importações na esfera comercial e, sobretudo, um alívio ao Poder Judiciário, tornando-o, desta forma, menos moroso.

2.2.3 – Importantes inovações da Lei 9.307/96

Com o advento da Lei 9.307/96 que, conforme visto regulou o instituto da Arbitragem em nosso país, várias foram as inovações proporcionadas.

Tais inovações apesar de terem surpreendidos a sociedade, já acostumada pela via tradicional, conferiram efetividade ao respectivo instituto.

A título meramente exemplificativo podemos citar, a atribuição dos efeitos que são inerentes a sentença judicial para a sentença arbitral, ou seja, a partir de então, a sentença arbitral não sujeita-se mais à homologação judicial;

Outra inovação importante versa a respeito da equiparação de poderes do Juiz togado e os Árbitros no exercício de suas funções.

Por fim, relevante registrar também, o fato da sentença arbitral não estar mais sujeita a recurso, ou seja, ao princípio do duplo grau de jurisdição, exceto convenção das partes

Não pairam dúvidas acerca do avanço legislativo com a elaboração da referida Lei. Entretanto, críticas infundadas não faltaram, como a do doutrinador Pontes de Miranda, citado por Carlos Alberto Carmona em seu livro *“Arbitragem e Processo”*. Vejamos:

... é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo”. Continua seu raciocínio: “é arma efficacíssima do capitalismo tardio, eliminador da concorrência e da segurança extrínseca (da certeza sobre qual a Lei que regeu e rege os negócios de cada um).³⁸

³⁸ Ibidem, p. 19.

Por fim, houve no Brasil o questionamento da constitucionalidade da Lei 9.307/96, com fulcro, principalmente, no entendimento de haver ofensa ao direito fundamental do indivíduo de acesso à justiça, disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que: “a Lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.³⁹

Ao longo de mais de seis anos de discussão a respeito de sua constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, conhecido como o “guardião da Constituição Federal”, no ano de 2001, por maioria de votos, decretou sua constitucionalidade, tendo como argumento essencial o auxílio do instituto ao Poder Judiciário na busca de tornar a justiça menos morosa, ademais, priorizando, acima de tudo, a força do princípio da autonomia da vontade das partes em dirimir seus litígios que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

³⁹ BRASIL. *Op. cit.* Artigo 5º, inciso XXXV.

3 – O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

3.1 – Conceito

Existe uma relativa padronização do conceito de Arbitragem, a qual vislumbramos com a análise de alguns autores.

Luiz Antunes Caetano conceitua Arbitragem como: “método, meio e modo adequado de solução de conflitos, disputas ou controvérsias entre particulares, por Árbitro (s) de sua escolha, ou por indicação, excluindo-se, assim, a solução por meio de uma ação judicial”.⁴⁰

Por sua vez, Albuquerque Rocha, define Arbitragem como:

... meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de Árbitros ou Árbitros privados, escolhido pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.⁴¹

No âmbito do direito internacional público, leciona Cretella Neto:

... serve a Arbitragem como uma técnica utilizada pelos Estados – partes na controvérsia, que indicam os integrantes de um órgão de decisão arbitral, estabelecem sua competência e jurisdição, os

⁴⁰ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e Mediação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 15.

⁴¹ ROCHA, José de Albuquerque. *Op. cit.* p. 37.

procedimentos a serem seguidos, os prazos e a forma de cumprimento da decisão.⁴²

Por fim, entende-se por Arbitragem o instituto pelo qual proporciona às partes solução de controvérsias por intermédio de um ou mais particulares denominados Árbitros, desempenhando o papel de juiz togado.

Em se tratando de Arbitragem internacional, as partes poderão eleger a legislação de um Estado em que os Árbitros se baseiem na solução da controvérsia.

Entretanto, as partes obrigatoriamente terão que ser capazes, bem como a necessidade de tal litígio versar tão somente sobre direitos patrimoniais disponíveis. Nota-se aqui, a faculdade das partes em dirimirem sua lide de modo alternativo ao poder Judiciário, o que não exclui a semelhança de seus efeitos, exceto quanto à execução, que por sua vez, obrigatoriamente deverá ser objeto de apreciação do Poder Judiciário.

3.1.1 – Requisitos

Considerando os conceitos de Arbitragem supramencionados, verificam-se dois pressupostos essenciais de admissibilidade para a validade do processo arbitral, que são eles: a capacidade de contratar e o objeto versar sobre direito disponível.

Quanto à capacidade de contratar, esclarece de modo didático, o doutrinador arbitral Cretella Neto que:

⁴² CRETELLA NETO, José. *Op. cit.* p. 24.

A capacidade civil plena da pessoa física é determinada mediante critério residual, pois o NCC estabelece quem deve ser considerado absolutamente incapaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil (art. 5º) e quem é, também, relativamente incapaz (art. 6º), donde se conclui que, todas as demais pessoas são absolutamente capazes.⁴³

Contudo, por poderem utilizar-se da Arbitragem tão somente as pessoas capazes, subtede-se uma vedação tanto para as pessoas assistidas ou representadas legalmente, como também aos administradores de empresas, de condomínio, exceto com expressa autorização.

No tocante ao requisito do objeto ser bem patrimonial disponível, nos ensina Carmona que:

... um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou de anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, *dispor*, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.⁴⁴

⁴³ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 56.

No entanto, dentre inúmeras causas que não serão passíveis de julgamento pela via arbitral, por se tratar de direito indisponível, podemos citar as questões provenientes do direito previdenciário, em grande parte do direito de família, pois cabe exceção, como por exemplo, pensão entre cônjuges; as questões em que o Ministério Público deverá configurar obrigatoriamente, etc.

3.2 - Arbitragem e mediação

Mediação, como o próprio nome já diz, é o processo que envolve a atuação de um terceiro, denominado de mediador, estranho ao conflito de interesses, cujo papel é proporcionar às partes sugestões para que a controvérsia seja solucionada.

Já a Arbitragem é o instituto pelo qual as partes convencionam a solucionar eventuais litígios de modo alternativo ao Poder Judiciário, por intermédio de um ou mais particulares denominados Árbitros, desempenhando, no exercício de suas funções, o papel de juiz togado, de modo que sua decisão vincule as partes, conforme disposto pelo artigo 31 da Lei de Arbitragem, o qual aduz que: “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”.⁴⁵

Contudo, diferenciam-se tais institutos de direito pelo fato de que na mediação, as partes não se vinculam à sugestão oferecida pelo mediador, dependendo, portanto,

⁴⁵ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei 9.307/96. Artigo 31. Legislação Complementar. São Paulo: Rideel, 2004.

de suas vontades em realizarem o acordo, ao passo que na Arbitragem, as partes sempre estarão vinculadas a decisão proferida pelo Árbitro.

3.3 - Convenção de Arbitragem e seus efeitos

Estabelece o artigo 3º da Lei 9.307/96 acerca da convenção de Arbitragem que: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao Juízo arbitral, mediante convenção de Arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.⁴⁶

Convenção de Arbitragem é qualquer tipo de dispositivo contratual que determine que eventual controvérsia seja dirimida pela via arbitral, afastando, dessa forma, o Poder Judiciário de exercer sua função essencial.

Tal convenção é exteriorizada tanto pela cláusula compromissória, como também pelo compromisso arbitral, os quais serão tratados respectivamente nos tópicos 2.3.1 e 2.3.3 do presente capítulo.

São muitos os efeitos da convenção de Arbitragem, dentre eles, os que ressaltamos nos parágrafos subseqüentes.

Primeiro o de afastar o Poder Judiciário da solução da controvérsia.

A convenção de Arbitragem gera o condão d a parte interessada em convocar a outra parte para firmarem os termos do procedimento arbitral.

São conferidos aos Árbitros plenos poderes para dirimirem tais litígios, de modo que sua decisão vincule às partes.

⁴⁶ Ibidem, artigo 3º.

Faculta às partes vincularem a Arbitragem em determinada Câmara e ao seu respectivo regulamento interno.

Tal convenção somente poderá ser revogada mediante o consentimento expresso de ambas as partes.

Existindo a convenção de Arbitragem e uma das partes ajuíze ação judicial em face da outra, desde que esta, na contestação, apresente a convenção de Arbitragem, o processo será extinto sem a resolução do mérito, conforme disposto no artigo 267, inciso VII do Código de Processo Civil. Porém, caso a parte citada ao apresentar contestação não mencionar a convenção de Arbitragem, presumir-se-á sua vontade em dirimir a controvérsia por intermédio do órgão do Poder Judiciário.

Há que se registrar, que atualmente, face a crise estatal na distribuição da Justiça, com cartórios judiciais abarrotados de processo, falta de funcionários, equipamentos técnicos, em muitas Comarca, o Magistrado ao verificar a convenção de Arbitragem, tem extinguido o processo de plano, o que, diga-se de passagem, além de contribuir para a celeridade processual em sua Comarca, dá efetividade a tal instituto.

3.3.1 - Cláusula compromissória e seus efeitos

Estabelece o artigo 4º da Lei de Arbitragem que: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à Arbitragem, os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.⁴⁷

Para Albuquerque Rocha:

⁴⁷ Ibidem, artigo 4º.

Cláusula compromissória é a espécie de convenção arbitral, inserida em um contrato, ou em documento separado que a ele se refira, pela qual as partes estabelecem que os litígios que venham a nascer do mesmo contrato sejam decididos por Árbitros.⁴⁸

Nesse contexto, cláusula compromissória é o acordo pelo qual as partes se comprometem em um contrato, que na ocorrência de eventual litígio, esse será dirimido pelo instituto da Arbitragem.

Insta salientar, a possibilidade da cláusula compromissória cheia, a qual faz menção tanto à Câmara arbitral, como também ao regulamento a ser utilizado caso haja eventual controvérsia a ser solucionada via Arbitragem.

Considerando a existência da cláusula acima mencionada, caso as partes, de comum acordo, queiram trocar a Câmara arbitral ou até mesmo o regulamento a ser seguido por esta, será perfeitamente possível, no entanto, será expressamente vedado quando apenas uma das partes queira realizar tal mudança, devendo, portanto, prevalecer o acordado anteriormente entre elas.

Também há de se falar na cláusula compromissória vazia, a qual deixa de fazer menção à Câmara arbitral e também às regras nas quais se pautará o Árbitro para solucionar o conflito. Aqui, caso surja controvérsia entre as partes, elas deverão adotar uma câmara arbitral podendo, também, adotar seu regulamento interno, que por sua vez, obriga o Árbitro ao julgar a questão posta a ele, baseando-se nele.

A cláusula compromissória gera para as partes diversos efeitos. Dentre eles, citamos alguns nos parágrafos subseqüentes.

⁴⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Op. cit.* p. 43/44.

A possibilidade das partes se valerem da Arbitragem a qualquer momento, sob pena a quem se recusa de valer-se do compromisso arbitral em Juízo.

Fica garantido o compromisso arbitral em eventual litígio, ao passo que as partes poderão convencionar as regras a ser aplicada pelos Árbitros, desde que não afetem os bons costumes e a ordem pública.

Em caso de recusa de uma das partes, é facultado a outra exigir sua presença em Juízo, sob pena de revelia, bastando apenas a apresentação da convenção de Arbitragem e a carta AR, que notificou a parte resistente ao procedimento arbitral.

Uma vez silenciada a cláusula compromissória a respeito do número de Árbitro, poderá o magistrado nomear Árbitro único para a solução da controvérsia;

3.3.2 - Compromisso arbitral

Compromisso arbitral, conforme disposto no artigo 9º da Lei de Arbitragem, é: "... a convenção através da qual as partes submetem um litígio à Arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial⁴⁹ ou extrajudicial".⁵⁰

Define Caetano o compromisso arbitral como: "... a convenção em que as partes interessadas renunciarem à solução do litígio ou controvérsia por uma ação judicial, em favor da Arbitragem".⁵¹

⁴⁹ Insta salientar, que o compromisso arbitral judicial, como o próprio nome já diz, ocorre perante o Poder Judiciário, em duas hipóteses. A primeira é quando a controvérsia em questão está sendo dirimida pela Justiça Ordinária e, as partes, resolvem submetê-la à via arbitral. Já a segunda hipótese, ocorre quando uma das partes, mesmo após ter submetido eventual litígio ao apreço da Arbitragem, por intermédio da cláusula compromissória, se negue a celebrar o compromisso arbitral extrajudicial, de modo a descrever e ditar as regras que o processo arbitral necessariamente se pautará. De suma importância registrar, que após o compromisso arbitral judicial ser lavrado, cessar-se-ão os poderes do juiz togado.

⁵⁰ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 9º.

Já Albuquerque Rocha, em sua obra, nos ensina que: “*Compromisso* é a espécie de convenção de Arbitragem pela qual as partes submetem à via arbitral uma controvérsia existente entre elas”.⁵²

Contudo, o compromisso arbitral decorre da existência de um litígio, proporcionando às partes formularem uma cláusula na qual descreverá e ditará as regras que o processo arbitral necessariamente se pautará, podendo até mesmo estabelecer o julgamento pautado na eqüidade, bem como nas regras de direito, desde que não atentem contra a ordem pública ou aos bons costumes.

Esse compromisso, conforme mencionado poderá ser tanto judicial, como também extrajudicial. Será judicial, quando obedecer ao prescrito legal do § 1º do artigo 9º da Lei 9.307/96 celebrar-se-á da seguinte forma: “... por termo nos autos, perante o Juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda”.⁵³ Já o compromisso arbitral extrajudicial ocorrerá quando: “... celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”.⁵⁴

A doutrina estabelece em sua grande parte o conteúdo do compromisso arbitral, classificando-o como necessário e eventual ou facultativo.

O conteúdo necessário subdivide-se em elementos objetivos, previstos no artigo 10 e seus respectivos incisos da Lei 9.307/96, os quais versam desde a matéria a ser objeto da Arbitragem, como também o foro competente para seguir o Juízo arbitral e elementos subjetivos, nos quais dizem respeito ao nome, estado civil e profissão das partes, pois assim, será de conhecimento para quem a sentença arbitral proferida

⁵¹ CAETANO, Luiz Antunes. *Op. cit.* p. 16.

⁵² ROCHA, José de Albuquerque. *Op. cit.* p. 43.

⁵³ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 9º, § 1º.

⁵⁴ Idem, artigo 9º, § 2º.

lançará efeitos, bem como os dos Árbitros, ou até mesmo a câmara arbitral escolhida pelas partes para dirimirem suas controvérsias.

Em se tratando do conteúdo eventual ou facultativo, a Lei de Arbitragem em seu artigo 11 e seus incisos, apresenta-nos um rol taxativo, no qual podemos citar a autorização das partes para que o Árbitro julgue por equidade; o prazo para a apresentação da sentença arbitral; quando se tratar de Arbitragem de direito, a legislação aplicável, etc.

3.3.3 - Recusa da parte em lavrar o compromisso arbitral

Caso uma das partes se recuse a elaborar o compromisso arbitral, é facultado à parte interessada requerer sua citação, objetivando seu comparecimento em Juízo, logo, vislumbra-se no processo arbitral uma participação incidental do Poder Judiciário, designando audiência, no intuito de que as partes firmem tal compromisso. Para tanto, deverá o autor juntar na inicial a convenção de Arbitragem e a carta com o aviso de recebimento (AR), onde foi notificada a parte que se recusa a participar da Arbitragem.

Em audiência, o juiz tentará a conciliação das partes e, mesmo sendo ineficaz a tentativa de acordo, tentará conduzir as partes para a elaboração do compromisso arbitral. Porém, mantido o insucesso, prescreve o § 3º da Lei 9.307/96 que:

Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula

compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2º, desta Lei.⁵⁵

Poderá ocorrer a ausência tanto da parte que se recusa a participar da via arbitral, como também do autor que objetiva o compromisso. Na falta da requerida, o compromisso arbitral será elaborado e também serão nomeados os Árbitros, lembrando sempre da possibilidade de ser indicado Árbitro único. Em contrapartida, ocorrendo a ausência do autor sem motivo justificado, como conseqüência, terá seu processo extinto sem resolução de mérito.

3.3.4 - Diferença entre cláusula compromissória e compromisso arbitral

Diferenciam-se pelo fato de que na cláusula compromissória, as partes convencionam que fortuito litígio será dirimido pela via arbitral, enquanto que no compromisso arbitral, já pressupõe a existência de uma controvérsia, na qual, necessariamente deverão as partes dispor das regras nas quais o Árbitro irá se pautar para decidir a questão.

Contudo, na prática, verifica-se que estas cláusulas andam juntas, uma vez que caso surja uma controvérsia inerente ao contrato no qual fez menção a cláusula compromissória, antes de dar início ao processo arbitral, necessariamente as partes terão que elaborar o compromisso arbitral, ou seja, estipular a cláusula na qual descreve e dita as regras do processo arbitral.

⁵⁵ Ibidem, artigo 7º, § 3º.

3.4 - Arbitragem no contrato de adesão

Contrato de adesão, no entendimento de José Eduardo Carreira Alvim, renomado doutrinador arbitral, é: “aquele cujas cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo proponente, sem que o aderente possa discutir ou modificar, total ou parcialmente, o seu conteúdo”.⁵⁶ São muitos os contratos de adesão que podemos exemplificar. Vejamos: os contratos decorrentes da relação de consumo, no qual possui enorme abrangência, o de transporte público, os bancários, de financeiras, de seguros, etc.

Por se tratar de ato unilateral do proponente, como nos ensinou o doutrinador acima referenciado, houve a necessidade de uma certa discriminação para a validade da cláusula compromissória pela Lei de Arbitragem em relação a tais contratos (assentimento expresso com assinatura em negrito ao lado da cláusula), estabelecida pelo § 2º do artigo 4º da Lei 9.307/96, o qual aduz que:

Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a Arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.⁵⁷

Há de se falar nas divergências doutrinárias acerca do tema, pois além de existir as correntes que defendem e discordam quanto à aceitação expressa acerca da

⁵⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. cit.* p. 198.

⁵⁷ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 4º, § 2º.

utilização da Arbitragem sobre eventuais litígios provenientes dos contratos de adesão, existe também a corrente que defende sua inconstitucionalidade.

Para a corrente que defende a desnecessidade da anuência do aderente, argumento fundamental é de que segundo previsão legal do Código de Defesa do Consumidor, os referidos contratos serão de Leitura nítida, proporcionando ao consumidor um maior entendimento, de modo que se presume a Leitura integral do contrato de adesão e seu pleno consentimento acerca de todas as cláusulas ali explicitadas.

Já a corrente defensora da anuência expressa do consumidor, como regra, possui o mesmo raciocínio da corrente que defende a inconstitucionalidade da Arbitragem nos contrato de adesão, pautando-se pelo fato das prestadoras de serviços, em sua grande maioria, possuírem o monopólio daquela atividade que desempenha (Casas Bahia, Magazine Luíza, Casas Pernambucanas, etc.), fazendo com que incontestavelmente o consumidor necessite de seus serviços.

Entretanto, confrontam-se as duas correntes acima referenciadas, pelo fato de que para uma, basta a aceitação expressa da utilização da via arbitral ao lado da cláusula compromissória, pois assim, o aderente deixaria de estar a todo o momento submetido à vontade dessas grandes empresas. Em contrapartida, a corrente que defende sua inconstitucionalidade fundamenta-se na falta de oportunidade conferida ao hipossuficiente em participar da elaboração do contrato.

Vale salientar o predomínio da que defende a concordância expressa do consumidor ao lado da cláusula compromissória nos contratos de adesão, prevalecendo, portanto, a idéia de que são nulas de pleno direito as cláusulas que

determinarem a utilização compulsória do instituto da Arbitragem nos referidos contratos.

Ao analisar tais entendimentos, insta salientar a coerência dos legisladores em fazer prevalecer, nos contratos de adesão, a concordância expressa do consumidor ao lado da cláusula compromissória, uma vez que nos dias atuais, com o mercado dominado pelos grandes magazines, tornou-se comum a existência de um “contrato pré-existente”, o qual para produzir efeitos basta, apenas, o preenchimento da qualificação do consumidor e o objeto da negociação. Assim sendo, indubitavelmente, a grande maioria dos consumidores não têm consciência do teor das cláusulas contratuais que se “obrigam a cumprir”.

3.5 – Árbitros

Árbitros são particulares estranhos ao litígio, para quem as partes conferem poderes de Juízes togados com intuito de analisarem e proferirem uma sentença com força vinculativa, de modo que é vedado às partes recorrerem ao Poder Judiciário para apreciar a legalidade de tal decisão, bem como interpirem recurso ao Tribunal que seria competente se tal controvérsia fosse julgada pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, dispõe o *caput* do artigo 18 da Lei de Arbitragem, afirmando: “O Árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.⁵⁸

⁵⁸ *Ibidem*, artigo 18, *caput*.

A qualquer pessoa é facultada a possibilidade de ser Árbitro, obedecendo, todavia, as condições estabelecidas pelo *caput* do art. 13 da Lei de Arbitragem, de modo que: “Pode ser Árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.⁵⁹

Poderão as partes escolher seus Árbitros ou até mesmo Árbitro único, bem como seus suplentes, no entanto sempre deverá totalizar número ímpar, pois caso contrário, poderá haver um empate na decisão, o que é absolutamente impossível de acontecer na primeira hipótese.

Não havendo acordo quanto ao Árbitro ímpar, firma o § 2º da Lei de Arbitragem que:

Quando as partes nomearem Árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um Árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originalmente, o julgamento da causa a nomeação do Árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no artigo 7º desta Lei.

60

Aplica-se também, conforme previsto o artigo anterior, subsidiariamente, no que couber, o artigo 7º dessa mesma Lei. Vejamos:

Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da Arbitragem, poderá a parte autorizada requerer a citação

⁵⁹ *Ibidem*, artigo 13, *caput*.

⁶⁰ *Idem*, artigo 13º, § 2º.

da outra parte para comparecer em Juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.⁶¹

Na prática, normalmente as partes escolhem três Árbitros, sendo que cada uma escolhe seu Árbitro e, de comum acordo, escolhem o terceiro.

O Árbitro, no exercício de suas funções é considerado juiz togado, devendo agir com imparcialidade, competência e discrição, devendo, desta forma, antes de aceitar a tarefa proporcionada pelas partes, alegar qualquer fato que questione sua imparcialidade. Nesse contexto, equipara-se a funcionário público, respondendo, portanto, por qualquer crime imposto a funcionário público, como bem sacramenta o *caput* do artigo 17 da Lei 9.307/96: “Os Árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”.⁶²

Urge salientar a possibilidade das partes estipularem os Árbitros e adotarem as regras de uma câmara arbitral, que por sua vez ditará o processo arbitral. Ocorre o respeito a tal previsão legal, com a elaboração do compromisso arbitral, bem como a estipulação da cláusula compromissória cheia, conforme disposto no § 3º do art. 13 da Lei de Arbitragem, segundo o qual: “As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos Árbitros ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada”.⁶³

⁶¹ *Ibidem*, artigo 7º, *caput*.

⁶² *Idem*, artigo 17, *caput*.

⁶³ *Idem*, artigo 13, § 3º.

3.6 – Tutela antecipada na Arbitragem

Inicialmente, imprescindível registrar que paira divergência sobre o assunto em tela, vez que ao analisarmos a questão, não podemos analisar tão somente o texto da Lei que, por sua vez, confere ao Árbitro, no exercício de suas funções, os mesmos poderes de um juiz togado, logo, subtede-se que este possui pleno poder de antecipar a tutela.

Ocorre, todavia, que a afirmação de que o Árbitro possui a prerrogativa de antecipar a tutela pode esbarrar no texto da Lei 9.307/96 que, em seu §4º, do artigo 22 aduz:

Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas, ou cautelares, os *Árbitros poderão* solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa.⁶⁴

Ora, ao passo que havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os *Árbitros poderão* solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário, significa dizer, que se entenderem necessário, poderão, de ofício, requerê-las ao órgão do Poder Judiciário competente.

Ocorre, todavia, que não podemos nos ater apenas e tão somente no texto da Lei que, no presente caso, mostra-se divergente, pois inobstante confira poder de um juiz togado ao Árbitro no exercício de suas funções, é taxativa ao prescrever que

⁶⁴ Ibidem, § 4º, do artigo 22.

havendo necessidade de medidas coercitivas, poderá os Árbitros solicitá-las ao Judiciário, mas sim na praticidade desta decisão, sob pena de colocarmos em xeque a credibilidade do instituto da Arbitragem.

Questiona-se sua praticidade, sob a ótica do quão prejudicial seria à Arbitragem, sobretudo às partes, que confiaram na efetividade e celeridade do procedimento arbitral, se tais decisões encontrassem resistência⁶⁵ para surtirem seus devidos efeitos.

Entendemos, entretanto, que o requerimento da ordem de antecipação de tutela pelas partes que compõem o procedimento arbitral, além do dever de ser dirigido ao Árbitro, deve ser apreciado exclusivamente por este, jamais pelo Poder Judiciário.

Contudo, caso entenda o Árbitro que há a necessidade de deferir a tutela antecipada, deverá requerer a homologação do Poder Judiciário⁶⁶, cabendo a este, apenas e tão somente o dever de homologar⁶⁷ a decisão do Árbitro, sem a prerrogativa de criar qualquer tipo de objeção, uma vez que com a cláusula compromissória, respectivo órgão foi excluído da apreciação da lide, sendo esta, posta ao apreço da arbitragem.

⁶⁵ Imaginemos a situação fática: a antecipação da tutela deferida pelo Árbitro para sustação de um determinado protesto e, o cartorário, por sua vez, sob o prisma da desconfiança, se negar a cumpri-la. Pois bem, caso assim ocorresse, o descrédito da Arbitragem pela sociedade seria conseqüência óbvia.

⁶⁶ Com a homologação pelo Poder Judiciário da tutela antecipada pelo Árbitro, não pairam dúvidas de que a Arbitragem estará resguardada, o que lhe favorecerá a cada dia com mais respeito e confiança por parte do cidadão, uma vez que não haverá a possibilidade de uma decisão do Árbitro deixar de ser cumprida sob o prisma da desconfiança.

⁶⁷ Por óbvio que essa homologação pelo Poder Judiciário deverá ocorrer apenas e tão somente até a Arbitragem se consolidar definitivamente perante a sociedade.

3.7 – Natureza jurídica da Arbitragem

Com o advento da Convenção de Nova Iorque de 1958, da qual trataremos mais adiante, surgem duas correntes, objetivando definir a natureza jurídica da Arbitragem, uma que tal instituto é contratualista e a outra defende ser processualista.

A corrente que defende sua natureza contratualista, fundamenta-se no fato da Arbitragem derivar do acordo de vontade das partes em solucionar eventual controvérsia por intermédio de Árbitros e, acima de tudo, do poder conferido a elas de escolherem Árbitros.

Já a corrente que defende a natureza processualista, respalda-se no caráter jurisdicional decorrente do poder conferido pelas partes aos Árbitros de exercerem a jurisdição⁶⁸, equiparando-os a juízes togados, logo, atribuindo-lhes o dever de, se nomeados, dizerem o direito.

Ao ensejo, Grun, mesmo que indiretamente, prescreve que ambas as correntes são adotadas por muitos países, vejamos:

Empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún derecho material nacional. Convienen en someter sus contratos a un arbitraje independiente de los derechos nacionales, pero los cuales, a su vez, deben aplicar normas de un derecho comercial transnacional.⁶⁹

⁶⁸ Entende-se por jurisdição, o poder, a função e a prerrogativa do Estado de propagar a Justiça com a aplicação do Direito à controvérsia das partes posta ao seu apreço.

⁶⁹ GRUN, Ernesto. Lãs globalizaciones jurídicas. *in*: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. n.º 105, julio-diciembre 2006 - Medellin, Colômbia. p. 333.

No Brasil não é diferente, pois com a edição da Lei de Arbitragem foi adotada tanto a corrente contratualista, haja vista a instituição do referido instituto pela cláusula compromissória, quanto a corrente processualista, pelo fato do poder dos Árbitros em solucionarem a controvérsia, mediante sentença arbitral, a qual produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo órgão do Poder Judiciário.

3.8 - Constitucionalização da Arbitragem

Embora tal instituto seja tão prático, foi impossível evitar os questionamentos acerca de sua constitucionalidade, principalmente pelo aspecto da possibilidade oferecida pela Lei de afastar um litígio da apreciação do Poder Judiciário, garantia essa, elencada como garantia fundamental ao indivíduo pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual aduz que: “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁷⁰

Para a corrente que defendia sua inconstitucionalidade, sua tese fundamental era a perda da essência da justiça estatal, ou seja, tirar o seu poder de dizer o direito, haja vista a possibilidade de abdicação das partes do Estado intervir em sua lide.

No entanto, para a corrente que aderiu a defesa da constitucionalidade da Lei 9.307/96, sua tese principal baseava-se tanto no princípio da autonomia da vontade das partes, como também ao alívio proporcionado pela Arbitragem ao Judiciário que, por sua vez, a cada dia torna-se cada vez mais moroso devido ao volume exacerbado de processos distribuídos por ano.

⁷⁰ BRASIL. *Op. cit.* Artigo 5º, inciso XXXV.

Ademais, percebe-se que a Lei não é taxativa em excluir os litígios da análise do Poder Judiciário, ao contrário, proporciona às partes, mediante declaração de suas vontades (desde que a controvérsia versar sobre direitos patrimoniais disponíveis), que solucionem suas controvérsias de modo alternativo ao pilar da justiça estatal, ou seja, o Judiciário.

Tal discussão perdurou por mais de seis anos, fazendo-se competente para encerrá-la, o Supremo Tribunal Federal, o qual, no ano de 2001, por maioria de votos, decretou sua constitucionalidade, sob a ótica do eficaz auxílio proporcionado pelo instituto ao Poder Judiciário, na busca de tornar a justiça menos morosa priorizando, portanto, acima de tudo, a força do princípio da autonomia da vontade das partes.

Consolidando a tese do Supremo Tribunal Federal, Maria Tereza Sadek, referenciada por Fernando da Fonseca Gajardoni na obra *“Técnicas de aceleração do processo”*, argumenta que:

Apesar da alta produtividade de boa parcela do Judiciário brasileiro – produtividade essa acentuada pela utilização de recursos de informática (ainda subaproveitados) – o fato é que a quase integralidade dos tribunais do país é deficitária, já que, em média cerca de 29% dos processos entrados no Judiciário nacional não conseguem ser julgados no mesmo ano, passando para o seguinte.⁷¹

Solidificando ainda mais a decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Gajardoni nos chama a atenção com a recente realidade, vejamos: De fato, em 1998

⁷¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.* p. 28.

deram entrada no Judiciário 8,5 milhões de processos novos, contra 350 mil em 1988. Ou seja, num período de 10 anos, o número de novos feitos aumentou 25 vezes.⁷²

Nota-se que o dado data mais de 10 (dez) anos atrás, fazendo com que se torne inimaginável mensurar a quantidade de processos novos a cada ano e, sobretudo os efeitos negativos do crescimento da demanda, a qual, com a inércia estatal em preparar o Poder Judiciário para tanto, proporciona a ineficiência na celeridade da prestação jurisdicional pretendida.

Assim, pode-se perceber em muitas Comarcas a ineficiência de celeridade processual, ao qual foi criado os Juizados Especiais Cíveis, fazendo-se impossível, devido a enorme demanda processual, garantir o direito fundamental imposto pela Constituição em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, o qual aduz que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁷³

Cretella Neto, em perfeita sincronia com o entendimento secundário do STF à constitucionalidade da Arbitragem (princípio da autonomia da vontade das partes), esclarece que:

O Ministro Carlos Velloso esclareceu, com precisão, que, como a Lei trata de direitos patrimoniais, portanto disponíveis, as partes podem perfeitamente renunciar ao direito de recorrer à Justiça estatal. É que o inciso XXXV do referido artigo 5º representa um direito à ação, e não um dever. Ou seja, quando as partes decidem resolver litígio surgido ou a surgir entre elas por meio da Arbitragem, não é a Lei que exclui da

⁷² Ibidem, p. 27.

⁷³ BRASIL. *Op. cit.* Artigo 5º, inciso LXXVIII.

apreciação do Judiciário a lesão ou a ameaça de lesão a direitos, e sim, as partes fazem, de comum acordo, livremente.⁷⁴

Baseando-se na importância do princípio da autonomia da vontade estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, nosso Código Civil Brasileiro de 2002 o ratificou, elencando-o em seus artigos 851 e 853, os quais prescrevem respectivamente que:

... é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar⁷⁵ e “admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante Juízo arbitral, na forma estabelecida em Lei especial⁷⁶

Assim sendo, não pairam dúvidas acerca do enorme avanço em nossa órbita jurídica, pois com a declaração da constitucionalidade da Lei 9.307/96, que regula o instituto da Arbitragem em nosso país, não somente o Poder Judiciário se beneficiou, mas também o Estado, uma vez que com o reconhecimento da segurança jurídica da Arbitragem, as relações comerciais passaram a ser mais fomentadas pelo mercado internacional e, conseqüentemente, fomentado ficou o mercado nacional, proporcionando assim, maiores riquezas aos cofres públicos, sob a ótica da arrecadação de impostos inerentes, maior índice de emprego, educação, saúde, ou seja, uma melhor qualidade de vida ao cidadão brasileiro.

⁷⁴ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.* Página 21.

⁷⁵ BRASIL. Código Civil (2002). Artigo 851. São Paulo: AASP, 2003.

⁷⁶ *Idem*, artigo 853.

4 – A SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL E A LEI 9.307/96

4.1 – Conceito

Entende-se como sentença arbitral a decisão do Árbitro acerca da pretensão elaborada pelas partes, de modo a condenar, declarar ou constituir o direito, encerrando o processo arbitral.

Para Albuquerque Rocha:

Sentença arbitral é a decisão pela qual o Árbitro ou o tribunal arbitral, com base nos poderes que lhes confere a convenção de Arbitragem, resolvem as questões litigiosas civis sobre direitos patrimoniais disponíveis que lhes são submetidas pelas partes. É ato final do procedimento arbitral, através do qual os Árbitros esgotam sua função jurisdicional, salvo o poder de corrigir, esclarecer ou integrar a sentença.⁷⁷

Cretella Neto aduz: “... deveremos entender sentença arbitral como o ato do Árbitro que põe fim ao processo arbitral, decidindo sobre o mérito da causa, ou seja, sobre o objeto do litígio”.⁷⁸

Para a Convenção de Nova Iorque, a qual versa sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, sentença arbitral não se resume na decisão tão somente do Árbitro. Vejamos: “Entender-se-á por ‘sentenças arbitrais’ não

⁷⁷ ROCHA, José de Albuquerque. *Op. cit.* p. 115.

⁷⁸ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.* p. 190.

só sentenças proferidas por Árbitros nomeados para cada caso, mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetem”.⁷⁹

Insta salientar a possibilidade das partes convocarem o Árbitro para corrigir eventual erro, bem como, se entenderem necessário, esclarecer quaisquer obscuridade ou contradição que conste na sentença.

Durante o curso do processo arbitral é perfeitamente possível realizar um acordo. Caso assim ocorra, basta às partes requererem que este seja declarado pelo Árbitro mediante sentença, atendendo, portanto, os requisitos observados pela Lei de Arbitragem, os quais serão tratados no tópico 4.4 deste capítulo, sob pena da mesma ser declarada nula.

4.2 – Efeitos

A sentença arbitral, tal como a sentença proferida pelo órgão do Poder Judiciário, produz os mesmos efeitos às partes e seus sucessores, objetivando sempre a garantia da demanda.

Essa, por sua vez, produzirá efeitos de acordo com a pretensão da parte, conforme explanado anteriormente, podendo ser declaratória, constitutiva ou condenatória.

Configura-se o efeito declaratório da sentença arbitral quando esta, por exemplo, demonstrar os direitos e os deveres das partes, julgar a veracidade ou falsidade de um

⁷⁹ Convenção de Nova Iorque. Artigo I, 2. <www.espacodaArbitragem.com.br>. Acesso em 27/07/2006.

documento, etc. Tal sentença, por se tratar tão somente de uma declaração de direito, não constitui título executivo. Exemplo clássico é a sentença que homologa um acordo.

Produzirá efeitos constitutivos aquela sentença que criar, modificar ou extinguir relações jurídicas entre as partes. A título exemplificativo, podemos citar a decisão do Árbitro em dividir os bens que compõe um condomínio; assim procedendo, não há que se falar em composição de título executivo com a sentença arbitral constitutiva.

Poderá tal sentença proporcionar efeitos condenatórios, quando entender o julgador haver desrespeito a direitos e deveres da outra parte, punindo, portanto, o devedor a dar, fazer, ou não fazer.

Insta salientar, que a sentença condenatória constitui um título executivo, possibilitando ao credor, no caso do não cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor, ajuizar ação de execução perante o órgão do Poder Judiciário competente para ter garantido seu direito creditício.

Por fim, urge salientar o efeito da coisa julgada decorrente da sentença arbitral, de modo a vedar futura discussão acerca do objeto da controvérsia dirimida pela via arbitral, proporcionando assim a estabilidade jurídica e social.

4.3 – Momento em que é instituída a Arbitragem e o prazo para que a sentença arbitral seja proferida

Diante da possibilidade das partes estipularem um prazo para que a sentença arbitral seja proferida, torna-se imprescindível registrarmos o momento da instituição da Arbitragem, para que possamos contá-lo.

Segundo o artigo 19 da Lei de Arbitragem, institui-se a Arbitragem quando: "... aceita a nomeação pelo Árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários".⁸⁰

Na Arbitragem, desde o momento da elaboração da cláusula compromissória, a qual afasta o Poder Judiciário da solução de eventual controvérsia, vislumbra-se o extremo valor dado ao princípio da autonomia da vontade das partes, haja vista a possibilidade das partes estipularem um prazo para que seja proferida a sentença.

Nesse contexto, dispõe o artigo 23 da Lei 9.307/96:

A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenicionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da Arbitragem ou da substituição do Árbitro.⁸¹

Conforme ensinamento do referido artigo 23, prevalece o respectivo princípio, tanto pela possibilidade das partes em convenicionarem o prazo para que a sentença seja pronunciada, conforme explanado acima e, mesmo que esse prazo já esteja convenicionado *a priori*, surge a possibilidade das partes, junto com o Árbitro de prorrogá-lo, com fundamento no parágrafo único do mesmo artigo, o qual prescreve: "As partes e os Árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado".⁸²

Quanto ao prazo de seis meses a contar da substituição do Árbitro, subentende-se a possibilidade de desconsideração do tempo decorrido com o trabalho do antigo

⁸⁰ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 19, *caput*.

⁸¹ *Idem*, artigo 23.

⁸² *Idem*, parágrafo único do artigo 23.

Árbitro, ou seja, com sua substituição do julgador, inicia-se uma nova contagem para que seja proferida a sentença arbitral.

4.4 – Requisitos

A sentença arbitral, tal como a sentença proferida pelo Poder Judiciário, necessariamente deverá atender as formalidades exigidas por Lei, sob pena de ser declarada nula.

Estabelece o *caput* do artigo 26 da Lei 9.307/96 acerca da obrigatoriedade dos requisitos da sentença arbitral, os quais são: o relatório, os fundamentos da decisão, o dispositivo e a data e o lugar em que a sentença arbitral foi proferida.

O primeiro dos requisitos imprescindíveis da sentença arbitral está previsto no inciso I do referido artigo. Vejamos: “o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio”.⁸³

Constará inicialmente no relatório o nome das partes, de modo a individualizar cada figura constante no pólo passivo e ativo do processo arbitral. Posteriormente, de modo imparcial, o Árbitro deverá constar os acontecimentos principais no decorrer do procedimento, como exemplo a pretensão das partes, a citação, contestação, provas colhidas, dentre outras. Assim sendo, presumir-se-á a ciência do julgador acerca do objeto da lide que passará a sentenciar.

⁸³ Ibidem, artigo 26, inciso I.

Já o inciso II do artigo supramencionado, elenca também: “os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os Árbitros julgaram por equidade”.⁸⁴

Nota-se não só o fundamento, mas também os motivos pelos quais fizeram com que o Árbitro proferisse tal decisão.

No tocante ao fundamento, sendo a Arbitragem pautada em direito, o Árbitro necessariamente disporá acerca das normas jurídicas que solidificam sua decisão, bem como os motivos que o fizeram solucionar o litígio de tal maneira.

Mesmo na Arbitragem que por força da vontade das partes for fundada na equidade (poder conferido ao Árbitro de julgar a lide de acordo com seus próprios critérios de justiça), o julgador deverá motivar a sentença, objetivando, assim, coibir eventual imparcialidade, bem como o desrespeito à ordem pública ou até mesmo aos princípios constitucionais, dentre os quais, podemos citar o princípio do contraditório.

Contudo, na falta da fundamentação, independentemente da Arbitragem ser pautada no direito ou na equidade, poderá a parte interessada requerer junto ao órgão do Poder Judiciário competente, a decretação da nulidade da sentença arbitral, e, caso mencionada nulidade for julgada procedente, o magistrado determinará ao Árbitro que profira nova sentença.

O terceiro requisito obrigatório da sentença arbitral é prescrito pelo inciso III do mesmo artigo da Lei de Arbitragem, o qual reza: “O dispositivo, em que os Árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso”.⁸⁵

⁸⁴ Ibidem, artigo 26, inciso II.

⁸⁵ Idem, artigo 26, inciso III.

Esse elemento da sentença arbitral, em específico, ocorre quando a Arbitragem for pautada no direito material, uma vez que o Árbitro necessariamente terá que demonstrar em sua decisão a norma jurídica em que se baseou para solucionar a controvérsia, sob pena de nulidade.

O prazo elencado pelo dispositivo legal acima mencionado é facultativo ao Árbitro, pois caso entenda conveniente, poderá dispor de um período para que a parte vencida venha a solucionar o conflito de interesses.

Finalmente, dispõe o inciso IV do artigo 26 da Lei 9.307/96 quanto ao último requisito da sentença arbitral, o qual versa: “a data e o lugar em que foi proferida”.⁸⁶

Inicialmente, parece-nos redundante discutirmos o requisito de conter na sentença a data e o lugar em que foi julgado o objeto da controvérsia, uma vez que toda sentença certamente necessitará desses elementos, entretanto, veremos no parágrafo subsequente tamanha importância de tal requisito.

Havendo acordo das partes em um prazo para que a sentença arbitral seja proferida, o único meio ideal para fiscalizar a obediência deste prazo é a data transcrita no mesmo. Não obstante, primordial também o conhecimento do lugar em que o processo arbitral foi julgado, pois, caso seja necessário à intervenção do Poder Judiciário, decorrente de ação de execução, de nulidade da sentença arbitral ou de homologação de medida cautelar, etc., será determinado o foro competente, segundo as regras do Código de Processo Civil.

Embora os requisitos legais já foram mencionados, ao analisá-los, surgem os requisitos implícitos, os quais, falam por si só. Vejamos: a obrigatoriedade da sentença arbitral ser escrita; constar a assinatura do Árbitro, que por sua vez se não quiser ou

⁸⁶ Ibidem, artigo 26, inciso IV.

não puder assiná-la, caberá ao presidente do tribunal arbitral certificá-la; conceder à parte somente o que foi pretendido, não julgar o objeto além do pretendido pela parte, dentre outros.

4.5 – Recurso

Uma das peculiaridades do processo arbitral é a inexistência do duplo grau de jurisdição, o que indubitavelmente corrobora o pensamento defendido no decorrer do presente trabalho.

Entretanto, dada a homenagem oferecida por nossos legisladores ao princípio da autonomia da vontade das partes, não há nada que impeça que estas, de comum acordo, venham a estabelecer um reexame da sentença arbitral por outro Árbitro ou outra câmara arbitral.

Ademais, verifica-se a possibilidade da sentença arbitral ser passível de correção, a qual ocorrerá nos casos em que as partes entenderem existir erro do julgador da lide, ou de esclarecimento, por entenderem ter sido mal redigida, dificultando, portanto, o entendimento às partes, com fundamento no artigo 30 e seus respectivos incisos, os quais estabelecem, respectivamente que: “corrija qualquer erro material da sentença arbitral;”⁸⁷ e “esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.”⁸⁸

⁸⁷ Ibidem, artigo 30, inciso I.

⁸⁸ Idem, artigo 30, inciso II.

Albuquerque Rocha equipara, para efeitos didáticos as possibilidades acima mencionadas aos embargos declaratórios. Vejamos:

Como podemos observar de sua Leitura, o artigo em exame trata dos embargos de declaração no Juízo arbitral, cuja natureza recursal seria discutível, já que o Árbitro ou tribunal arbitral não poderiam modificar o julgado.⁸⁹

Contudo, não há que se falar em recurso na esfera arbitral, pois embora exista a possibilidade da correção, esclarecimento de eventual obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, inexistente a possibilidade do Árbitro alterar sua decisão.

4.6 – Nulidade

Possibilita a Lei de Arbitragem, mediante a vontade da parte interessada, que em determinados casos, suscitem o reconhecimento da nulidade da sentença arbitral.

A nulidade da sentença arbitral será pleiteada pela parte perante o órgão do Poder Judiciário competente⁹⁰, e, sendo esta nulidade julgada procedente, tal sentença será declarada nula de pleno direito, considerada como inexistente, possibilitando às partes iniciarem outro procedimento arbitral para solucionarem a controvérsia.

⁸⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Op. cit.* p. 126.

⁹⁰ Nota-se, que a nulidade somente pode ser suscitada perante o Poder Judiciário, obedecendo, portanto, as regras de competência do Código de Processo Civil.

O caput do artigo 32 da Lei 9.307/96 reza: “É nula a sentença arbitral se:”.⁹¹

Adiante, esclarece o inciso I do artigo supramencionado: “for nulo o compromisso”.⁹²

Considera-se o compromisso arbitral como o alicerce do instituto da Arbitragem, conforme explanação do capítulo segundo, tópico 3.3.3. É óbvio que nos casos em que este seja contaminado com um vício, todos os atos subseqüentes deverão ser decretados nulos por derivação.

A segunda hipótese de nulidade está prevista no inciso II do respectivo artigo, o qual aduz: “emanou de quem não podia ser Árbitro”.⁹³

Nessa linha de raciocínio, nos ensina Carmona:

Estão impedidos de funcionar como Árbitros os incapazes e aqueles que tenham com as partes relação que caracterize qualquer um dos casos de impedimentos ou suspeição minuciosamente relacionados nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil brasileiro.⁹⁴

Indubitavelmente, a sentença arbitral proferida por Árbitro suspeito ou impedido será declarada nula de pleno direito, ao passo que será considerada inexistente no mundo jurídico.

Ocorrendo a hipótese prevista nesse inciso, a câmara arbitral poderá designar um outro Árbitro para solucionar a controvérsia. Entretanto, mesmo assim, é facultado à

⁹¹ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 32, *caput*.

⁹² Idem, artigo 32, inciso I.

⁹³ Idem, artigo 32, inciso II.

⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 320.

parte pleitear a nulidade da sentença arbitral, sob alegação de que tal Árbitro foi escolhido devido aos seus dotes técnicos, os quais o novo julgador não possui.

Outra presunção de nulidade da sentença arbitral está prevista no inciso III do mesmo artigo 32, o qual dispõe: “não contiver os requisitos do artigo 26 desta Lei;”.⁹⁵

Urge salientar, que os requisitos da sentença foram tratados neste presente trabalho neste capítulo, mais precisamente no tópico 4.4.

Pressupõe a quarta hipótese, o inciso IV do artigo acima referido: “for proferida fora dos limites da convenção de Arbitragem;”.⁹⁶

A Arbitragem, conforme já explanado no presente trabalho, confere tamanho poder às partes, a ponto de ser facultada a elas a formulação de uma cláusula na qual descreverão e ditarão as regras em que o processo arbitral obrigatoriamente se pautará, podendo, inclusive, estabelecerem o julgamento pela equidade, bem como pelas regras de direito internacional, desde que não atentem contra a ordem pública ou aos bons costumes. Assim sendo, o Árbitro obedecerá fielmente o convencionado pelas partes, sob pena de ter sua sentença declarada nula pelo Poder Judiciário.

Possibilita também o requerimento da nulidade da sentença arbitral o disposto no inciso V do referido artigo, o qual estabelece: “não decidir todo o litígio submetido à Arbitragem;”.⁹⁷

Tratamos no terceiro capítulo, mais precisamente no tópico 3.3.3 do presente estudo, o requisito obrigatório do objeto da Arbitragem estar expresso no compromisso arbitral, fazendo, desta forma, o fácil vislumbramento do Árbitro acerca do objeto em questão.

⁹⁵ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 32, inciso III.

⁹⁶ *Idem*, artigo 32, inciso IV.

⁹⁷ *Idem*, artigo 32, inciso V.

Nesse contexto, compete ao Árbitro no momento de sentenciar, manifestar-se sobre toda a pretensão das partes, ao passo que se assim não ocorrer, tal sentença, incontestavelmente será declarada nula pelo órgão do Poder Judiciário.

A sentença que julgar procedente o pedido de nulidade da sentença arbitral com fundamento nesse inciso, ao invés de anular todo o procedimento arbitral conforme ocorre como regra, determinará ao Árbitro que profira uma nova sentença.

Outra possibilidade de nulidade da sentença arbitral está prevista no inciso VI do supramencionado artigo. Vejamos: “comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;”.⁹⁸

Antes de qualquer coisa, insta salientar que as condutas acima estabelecidas são tipificadas pelo Código Penal Brasileiro como crimes praticados por funcionários públicos, as quais, com o advento da Lei 9.307/96 são equiparados aos Árbitros, quando estes exercerem suas funções, conforme disposto no segundo capítulo (tópico 3.5) do presente trabalho.

Parizatto doutrina de maneira didática acerca do assunto: “A ocorrência de qualquer dessas figuras, retira a credibilidade da sentença arbitral, sendo, pois, causa de nulidade”.⁹⁹

Proporciona também margem para o requerimento da nulidade, a hipótese estabelecida pelo inciso VII do artigo 32 da Lei 9.307/96: “proferida fora do prazo, respeitado o disposto no artigo 12, inciso III, desta Lei;”.¹⁰⁰

Nos explica Cretella Neto, acerca do assunto:

⁹⁸ Ibidem, artigo 32, inciso VI.

⁹⁹ PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei 9.307, de 23/09/1996*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 105.

¹⁰⁰ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 32, inciso VII.

A expressão proferida “fora do prazo” deve ser entendida como aquela prolatada: a) após decorrido o novo prazo concedido, do art. 12, III, de 10 dias, mediante notificação de uma única das partes ao Árbitro ou tribunal arbitral, quando já expirado o prazo inicialmente convencionado, ou o prazo legal, de 6 (seis) meses, na ausência de estipulação; b) após decorrido o prazo prorrogado em comum acordo por ambas as partes, antes de expirado o prazo convencionado, ou o prazo legal de 6 (seis) meses. Em ambos os casos, deverão ser considerados nulos.¹⁰¹

O último motivo legal expresso para pleitear-se a nulidade encontra-se disposto no inciso VIII do artigo 32, o qual estabelece: “forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, § 2º, desta Lei”.¹⁰²

A disposição legal acima ressaltada refere-se ao princípio do contraditório, bem como ao princípio da igualdade das partes, da imparcialidade do Árbitro e também de seu livre convencimento, uma vez que, com a escolha das partes para dirimir a controvérsia utilizando a Arbitragem, são atribuídos ao Árbitro, no exercício de suas funções, os mesmos poderes de um juiz togado.

Observa-se que por ser a nulidade da sentença arbitral de extrema gravidade, torna-se impossível o legislador dispor de todas as maneiras capazes de viciá-la. Nessa linha de raciocínio, de maneira brilhante, Cretella Neto nos ensina:

¹⁰¹ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.* p. 177.

¹⁰² BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 32, inciso VIII.

Note-se, que o art. 32 da Lei de Arbitragem enumera, exemplificativamente, sete causas específicas de nulidade da sentença arbitral. Isso significa que existem, ainda, outros fundamentos para propor a ação de nulidade como, por exemplo, versar a sentença sobre direitos indisponíveis, ofender a ordem pública, infringir princípio constitucional, o se ficar provado que o Árbitro se conluiou com uma das partes para prejudicar a outra, ou mesmo com ambas, prejudicando terceiros.¹⁰³

Por fim, na Arbitragem, está mais do que consolidada a predominância da vontade dos litigantes em relação ao direito material, no entanto, fica vedado às partes renunciarem a eventual propositura de ação anulatória da sentença arbitral, logo, sempre que entenderem oportuno poderão ajuizar tal ação para apreciação do Poder Judiciário.

4.7 – Execução

Inicialmente, cabe salientar que na Arbitragem a atividade do Árbitro encerra-se com a sentença proferida, desde que as partes não suscitem a correção ou esclarecimento do Árbitro no prazo legal, o que vale dizer, que é concluída a atividade jurisdicional conferida pelas partes a este, com o trânsito em julgado da sentença arbitral.

¹⁰³ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.* p. 173.

Para fins didáticos, imprescindível o registro do § 4º do artigo 22 da Lei 9.307/96:

Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas, ou cautelares, os Árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originalmente, competente para julgar a causa.¹⁰⁴

Nota-se no dispositivo acima mencionado, a falta da função coercitiva do Árbitro, subtendendo-se, portanto, sua incapacidade de compelir a parte vencida a cumprir sua decisão.

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, será constituído à parte vencedora o título executivo, que, por sua vez, verificando o inadimplemento da parte vencida poderá ajuizar ação de execução perante o órgão do Poder Judiciário que seria competente para apreciar a ação de conhecimento, objetivando, desde já, assegurar seu crédito para que, ao fim desta ação, o obtenha para si.

Insta salientar que tal ação não mais atenderá a Lei de Arbitragem, mas sim as normas processuais do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, doutrina Albuquerque Rocha:

Se a pretensão das partes é obter a condenação da parte contrária a observar determinada conduta, a sentença é condenatória, isto é, impõe ao vencido a obrigação de ter uma determinada conduta que, se não observada voluntariamente, abre ao vencedor a possibilidade de

¹⁰⁴ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. § 4º, do artigo 22.

obter uma nova espécie de tutela jurisdicional, a tutela executiva, pela qual o órgão do Poder Judiciário (...) faz aquilo que deveria ter sido feito pelo vencido para satisfazer a pretensão do vencedor. Daí dizer a Lei que a sentença condenatória constitui título executivo, justamente, por que serve de pressuposto legal para a atividade executiva desenvolvida pelos órgãos do Poder Judiciário a satisfazer a pretensão das partes.¹⁰⁵

Contudo, verifica-se que ao Árbitro cabe única e exclusivamente, outorgar o direito, jamais assegurá-lo definitivamente à parte, pois como visto, para tanto, há uma ação autônoma, a de Execução, cujo poder é intrínseco ao Poder Judiciário.

¹⁰⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Op. cit.* p. 117.

5 – SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

5.1 – Conceito

Tal como a sentença arbitral nacional, a sentença arbitral estrangeira é aquela que condena, declara ou constitui o direito, porém é proferida fora do território nacional.

Segundo Alvim, há alguns critérios que sugerem a definição da nacionalidade da sentença arbitral. Vejamos: “Três são os critérios doutrinários indicados para se determinar a nacionalidade da sentença arbitral: a) critério geográfico; b) critério processual; e c) critério misto”.¹⁰⁶

Para o critério geográfico, a nacionalidade da sentença é determinada de acordo com o lugar em que foi decidida a controvérsia. No entanto, há corrente contrária a este posicionamento, sob a ótica de que poderá perfeitamente ocorrer o procedimento em um lugar e a sentença ser proferida em outro. A título meramente exemplificativo, podemos citar a ocorrência do procedimento na França e a sentença proferida no Brasil.

O critério processual determina a nacionalidade da sentença de acordo com as normas aplicáveis à solução do litígio. Este critério, tal como o acima, é passível de críticas, haja vista a possibilidade do procedimento e a sentença serem realizados no Brasil, aplicando-se, entretanto, normas Argentinas. Assim sendo, segundo esse entendimento, a sentença seria considerada como se na Argentina fosse produzida.

¹⁰⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Op. cit.* p. 371.

Finalmente, o critério misto, como o próprio nome já diz, é aquele que aceita tanto o critério geográfico (lugar em que foi sentenciada a lide), como também o processual (normas aplicáveis à solução da controvérsia).

Tanto a Convenção de Nova Iorque, a qual regula o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, como também a legislação brasileira (Lei 9.307/96), adotam o critério geográfico. Vejamos:

Dispõe o artigo 1º da Convenção de Nova Iorque:

A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se mencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas...”.¹⁰⁷

O Brasil consolida o critério geográfico no parágrafo único do artigo 34 da Lei 9.307/96, o qual dispõe: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do Território Nacional”.¹⁰⁸

5.2 – Sentença arbitral estrangeira como título executivo no Brasil

Inicialmente, conforme relatado, a sentença estrangeira em nosso país é incapaz de produzir efeitos, dependendo, todavia de provocação da parte interessada para o

¹⁰⁷ Convenção de Nova Iorque. *Op. cit.* Artigo I, 1.

¹⁰⁸ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Parágrafo único do artigo 34. p. 1249.

seu reconhecimento ou sua homologação perante o órgão do Poder Judiciário competente.

Nos tópicos subseqüentes, serão abordadas as principais peculiaridades acerca do assunto.

5.2.1 – Competência à homologação

No tocante ao órgão do Poder Judiciário competente para homologar ou reconhecer a sentença arbitral estrangeira, há de se considerar algumas recentes mudanças constitucionais, as quais vieram com a Emenda Constitucional nº 45, torna-se imprescindível uma breve análise de uma história recente.

Segundo a Constituição Federal de 1988, com redação anterior à Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004, com fulcro no artigo 102, inciso I, “h”, se fazia competente para homologação da sentença estrangeira o Supremo Tribunal Federal, (grifo nosso).

Nesse contexto, no ano de 1996, com o advento da Lei de Arbitragem foi adotada a mesma competência por seu artigo 35, o qual previa que: “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”.¹⁰⁹

Ocorre, todavia, que com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 tal competência, com fundamento no artigo 105, inciso I, “i”, da Constituição Federal

¹⁰⁹ Ibidem, artigo 35, caput.

passou ao apreço do Superior Tribunal de Justiça, vejamos: “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias”.¹¹⁰

Não obstante, as mudanças advindas com a referida emenda constitucional foram receptadas automaticamente pelas legislações infraconstitucionais, razão pela qual o texto legal do artigo 35 da Lei de Arbitragem prevê não mais o Supremo Tribunal Federal, mas sim o Superior Tribunal de Justiça como órgão competente para seu reconhecimento ou homologação.

5.2.2 – Objetivo do reconhecimento ou homologação

Conforme explanado nas linhas iniciais deste capítulo, sentença estrangeira é incapaz de produzir efeitos em nosso país, exceto quando ocorrer a sua devida homologação.

Homologação ou reconhecimento da sentença arbitral estrangeira é o ato jurisdicional em que reconhece a inexistência de qualquer vício e também sua conformidade com o ordenamento jurídico interno.

Vejamos o entendimento do renomado doutrinador Albuquerque Rocha por homologação: “... ato pelo qual a sentença arbitral estrangeira é reconhecida no Brasil, passando a produzir efeitos jurídicos como se fora uma sentença dos órgãos judiciários brasileiros”.¹¹¹

¹¹⁰ BRASIL. *Op. cit.* Constituição Federal. Artigo 105, inciso I, alínea “i”.

¹¹¹ ROCHA, José de Albuquerque. *Op. cit.* p. 142.

Há de se ressaltar a existência de uma pequena diferença entre o instituto do reconhecimento e da homologação, o qual gira em torno de sua finalidade. O reconhecimento não pressupõe a possibilidade de uma execução, pois, para tanto, o pedido deve ser o de homologação, ou seja, um pedido específico.

Assim sendo, ao pleitear o seu reconhecimento, presumir-se-á uma sentença arbitral estrangeira declaratória ou constitutiva, objetivando a parte que seja declarado ou constituído seu direito. Já ao pleitear sua homologação, presumir-se-á uma sentença arbitral condenatória a qual objetiva a parte interessada sua execução. Porém, nada impede que a parte cumule o pedido de reconhecimento e homologação da sentença arbitral estrangeira.

5.2.3 – Processo homologatório

Dado a necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça para esta tornar-se-á um título executivo em nossa órbita jurídica vigente, estabelece o *caput* do artigo 37 da Lei 9.307/96 que:

A homologação da sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da Lei processual, conforme o artigo 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente,...: ¹¹²

¹¹² BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 37, *caput*.

Nota-se que o artigo além de versar a respeito da legitimidade para propor a ação de homologação da sentença arbitral estrangeira, dispõe acerca da forma da petição inicial, a qual atenderá os requisitos previstos pelo artigo 282 do Código de Processo Civil e, sobretudo, quanto aos documentos indispensáveis para a propositura da respectiva ação.

Não pairam dúvidas acerca da legitimidade para ajuizar a respectiva ação, visto que o artigo é taxativo em expressar o seu justo interesse no objeto da ação, ou seja, sua homologação.

Os requisitos da petição inicial estabelecidos pelo artigo 282 do Código de Processo Civil são:

- a) O juiz ou o tribunal a quem a inicial é encaminhada, ou seja, o Superior Tribunal de Justiça;
- b) A qualificação completa, junto com o endereço das partes;
- c) O fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- d) O pedido com suas especificações (o deferimento da homologação da sentença arbitral estrangeira);
- e) O valor da causa;
- f) As provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (no caso, o original da sentença arbitral estrangeira ou ao menos uma cópia devidamente certificada pelo consulado brasileiro e o original da convenção de Arbitragem ou uma cópia devidamente certificada junto da tradução juramentada);

- g) O requerimento para a citação do réu (momento oportuno para o réu demonstrar algum vício na convenção de Arbitragem ou qualquer falha no decorrer no processo);

Por fim, dispõem os incisos I e II do artigo 37 da Lei de Arbitragem sobre os documentos considerados imprescindíveis à propositura da ação de homologação da sentença arbitral estrangeira, os quais são respectivamente:

- a) “o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;”¹¹³
- b) “o original da convenção de Arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.”¹¹⁴

Tais documentos, neste caso, podem ser considerados como uma das condições da ação, pois caso a petição inicial não possua tais documentos, a mesma sequer passará pelo crivo de admissibilidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça ao receber o pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira. Entretanto, caso assim ocorra, Carmona soluciona: “Defeituosa a inicial – por falta de alguns dos documentos indispensáveis ou por qualquer outra irregularidade sanável –, terá o autor oportunidade de emenda, no prazo de dez dias;”¹¹⁵

¹¹³ Ibidem, artigo 37, inciso I.

¹¹⁴ Idem, artigo 37, inciso II.

¹¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p 359.

Depois de passar pelo crivo de admissibilidade, a ação de homologação da sentença arbitral estrangeira estará apta à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, o qual possui competência tão somente para deferir ou denegar o pedido de homologação, haja vista o respeito ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença, logo, jamais poderá apreciar o mérito da lide novamente, pois a decisão proferida pelo Árbitro já está sob proteção do instituto da coisa julgada.

5.2.3.1 – Procedimento

Ao analisar o pedido de homologação o Superior Tribunal de Justiça obrigatoriamente obedecerá aos tratados internacionais, exceto se não possuírem eficácia em nosso ordenamento e, sendo necessário, subsidiariamente a Lei 9307/96.

O procedimento utilizado na ação de homologação da sentença arbitral estrangeira é regulado pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (regimento 9/2005), o qual pode subdividir-se em duas fases: perante seu presidente, denominada fase obrigatória e havendo impugnação perante o plenário ocorrerá excepcionalmente a fase fortuita.

5.2.3.2 – Requisitos para procedência do pedido de homologação

Apesar do dever de obediência do Superior Tribunal de Justiça aos tratados internacionais e à Lei infraconstitucional quando da homologação da sentença arbitral

estrangeira, há de se constar que, como regra, o pedido de respectivo requerimento de homologação deve ser deferido, exceto quando houver ofensa a algum dos vícios estabelecidos pela Convenção de Nova Iorque, os quais foram receptados pela Lei de Arbitragem em seus artigos 38 e 39. São eles:

- a) Quando for demonstrada a incapacidade das partes a época da convenção de Arbitragem;
- b) A convenção de Arbitragem não estava de acordo com a Lei em que as partes submeteram a Arbitragem;
- c) Quando a parte deixar de ser notificada da designação do Árbitro, bem como do procedimento arbitral, ou até mesmo quando for desobedecido o princípio do contraditório ou da ampla defesa;
- d) Quando a sentença arbitral for proferida fora dos parâmetros estabelecidos pelo compromisso arbitral;
- e) Quando a instituição da Arbitragem não estiver de acordo com o compromisso arbitral e a cláusula compromissória;
- f) Quando não houver o trânsito em julgado da sentença, ou seja, ainda não é obrigatória para as partes, como também, nos casos de sua nulidade ou suspensão pelo órgão do Poder Judiciário de seu país;
- g) Se for constatado a impossibilidade jurídica do pedido pelo Superior Tribunal de Justiça;
- h) Por fim, quando a decisão ofender a ordem pública nacional.

Nesse contexto, o indeferimento do pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira poderá ocorrer por vício formal, o qual diz respeito à falta dos documentos considerados indispensáveis para a propositura da respectiva ação, ou por vício substancial, o qual versa sobre o desrespeito ao processo arbitral e assim sendo dividir-se-á àqueles passíveis de reconhecimento de ofício e aos que necessariamente dependerão de manifestação da parte interessada.

Caso ocorra a improcedência do pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira por vício formal, poderá a parte em um determinado prazo emendar a inicial para juntar o original da sentença arbitral ou o original da convenção de Arbitragem, bem como, se necessário, suas cópias devidamente certificadas.

A improcedência do pedido de homologação por vício substancial, conforme breve explanação subdivide-se em duas hipóteses, vejamos:

- a) Aquela em que o “réu” deverá apresentar o vício, opondo-se, portanto a homologação, conforme elenca o artigo 38 da Lei de Arbitragem. A título meramente exemplificativo, podemos citar uma das hipóteses de nulidade da sentença arbitral.
- b) Aquela que por atentar contra o interesse público terá indeferido o pedido de homologação de ofício pelo Poder Judiciário, conforme reza o inciso I do artigo 39 da mesma Lei. Vejamos: “segundo a Lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por Arbitragem;”¹¹⁶

¹¹⁶ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 39, inciso I.

No tocante à alínea “b”, acima transcrita, imprescindível ressaltar que para o ordenamento jurídico brasileiro, uma das condições da ação estabelecida pelo Código de Processo Civil brasileiro é a possibilidade jurídica do pedido, razão pela qual, torna-se indispensável a apreciação do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão, pois poderia ocorrer no Brasil, por exemplo, a execução de uma sentença arbitral estrangeira que tivesse como objeto uma dívida de jogo.

Albuquerque Rocha, didático, elucida a questão. Vejamos:

Admitir sentença arbitral estrangeira sobre matéria não permitida pela Lei brasileira, implicaria a violação do princípio constitucional da intangibilidade do Poder Judiciário, fora dos casos legais. Daí a prevalência da Lei brasileira quanto à matéria que pode ser objeto da Arbitragem estrangeira.¹¹⁷

Ainda a respeito da improcedência do pedido de homologação, dispõe o inciso II do artigo 39 da Lei de Arbitragem: “a decisão ofende a ordem pública nacional”¹¹⁸.

De maneira simples, porém objetiva, Albuquerque Rocha conceitua ordem pública como: “... o conjunto de princípios e valores fundamentais, tanto de ordem material como processual, consagrados na Constituição”.¹¹⁹

Para Carmona, tal princípio trata-se de:

¹¹⁷ ROCHA, José de Albuquerque. *Op. cit.* p. 145.

¹¹⁸ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Artigo 39, inciso II.

¹¹⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Op. cit.* p. 145.

... um conjunto de regras e princípios, muitas vezes fugidios e nebulosos, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinada época.¹²⁰

Ao apreciar o pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira, o relator fará uma análise geral de eventual desrespeito à ordem pública, ou seja, verificar-se-á qualquer afronta aos princípios constitucionais, os quais garantem a soberania nacional, os bons costumes e, acima de tudo, os direitos fundamentais do ser humano.

Por fim, é taxativo o parágrafo único do artigo 39 da Lei 9.307/96 em afastar a ofensa à ordem pública no seguinte caso:

Não será considerado ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de Arbitragem ou da Lei processual do país onde se realizou a Arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.¹²¹

Nota-se, contudo, o quão límpida é a legislação que regula o instituto da Arbitragem em nosso país, tudo no sentido de evitar eventuais discussões de caráter único e exclusivo protelatório, de modo a estremecer o respectivo instituto, fazendo com que este perca sua característica essencial, a celeridade.

¹²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 79.

¹²¹ BRASIL. *Op. cit.* Lei 9.307/96. Parágrafo único do artigo 39.

5.2.3.3 – Decisões jurisprudenciais acerca do pedido de homologação

Vejamos o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça ao homologar a sentença arbitral estrangeira:

Sentença arbitral estrangeira. Condenação de empresa brasileira ao cumprimento de cláusula contratual. Requisitos formais para o deferimento do pedido de homologação observados. Reconhecimento da Arbitragem como meio legal de solução de conflito de direitos disponíveis. Lei nº 9.307/96. Ausência, in casu, de afronta a princípios de ordem pública.

I – Não viola a ordem pública brasileira a utilização da Arbitragem como meio de solução de conflitos, tanto que em plena vigência a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), não se podendo afirmar, de outro turno, ter a ora requerida eleito esta via alternativa compulsoriamente, como sugere, até mesmo porque sequer levantou indício probatório de tal ocorrência.

II – Ex vi do parágrafo único do art. 39 da Lei de Arbitragem brasileira, “não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de Arbitragem ou da Lei processual do país onde se realizou a Arbitragem, admitindo-se inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegura à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.”

III – Ademais, é farto o conjunto probatório, a demonstrar que a requerida recebeu, pela via postal, não somente a citação, como também intimações objetivando o seu comparecimento às audiências que foram realizadas, afinal, à sua revelia.

IV – Observado os requisitos legais, inclusive os elencados na Resolução nº 9/STJ, de 4/5/2005, relativos à regularidade formal do procedimento em epígrafe impossibilitando o indeferimento do pedido de homologação da decisão arbitral estrangeira.

V – Pedido de homologação deferido, portanto.¹²²

No mesmo contexto: entende o STJ:

Sentença estrangeira. Homologação. Inexistência de ofensa à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes.

1. Sentença arbitral que decorreu de processo sem qualquer vício formal.

2. Contestação da requerida no sentido de que não está obrigada a cumprir o seu encargo financeiro porque a requerente não atendeu à determinada cláusula à contratual. Discussão sobre a regra do *exceptio non adimpleti contractus*, de acordo com o art. 1.092 do Código Civil de 1916, que foi decidida no Juízo arbitral. Questão que não tem natureza de ordem pública e que não se vincula ao conceito de soberania nacional.

¹²² Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça <www.stj.gov.br>. Processo 2005/0034908-7. Relator Ministro Francisco Falcão. Data do julgamento 19/04/2006. Data da publicação / Fonte DJ 15.05.2006 p. 142. Acesso em 13/07/2006.

3. Força constitutiva da sentença arbitral estrangeira por ter sido emitida formal e materialmente de acordo com os princípios de nosso ordenamento jurídico.
4. Homologação deferida. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.¹²³

Quanto à improcedência do pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira, é pacífica o entendimento jurisprudencial no sentido de:

Processual civil. Séc – Sentença estrangeira contestada. Homologação. Descabimento. Eleição do Juízo arbitral. Ausência de manifestação expressa da parte requerida. Ofensa a princípio de ordem pública. Indeferimento do pedido de homologação.

1 – Plexus Cotton Limited, sociedade constituída e existente de acordo com as Leis da Inglaterra, com sede em Liverpool, Inglaterra, requer a homologação de sentença arbitral estrangeira, proferida por Liverpool Cotton Association – LCA, que condenou Santana Têxtil LTDA. A pagar à requerente a quantia de U\$D 231.776,35 (duzentos e trinta e um mil, setecentos e setenta e seis dólares e trinta e cinco centavos), além de determinar o faturamento de parte da mercadoria ou equivalente a 2.204.600 libras líquidas, em razão de descumprimento de contrato firmado entre as partes.

¹²³ Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça <www.stj.gov.br>. Processo 2005/0032132-9. Relator Ministro José Delgado. Data do julgamento 17/08/2005. Data da publicação / Fonte DJ 19.09.2005 p. 175. Acesso em 13/07/2006.

2 – Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral.

3 – A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende a ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgido nos negócios jurídicos contratuais privados Arbitragem.

4 – No caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia.

5 – Pedido de homologação a que se nega deferimento.¹²⁴

Ao analisarmos as decisões deste Egrégio Tribunal, verificamos a rígida análise acerca da legalidade das decisões arbitrais estrangeiras, pois a partir do veredicto final (deferimento ou indeferimento da homologação), novas relações jurídicas surgirão, haja vista o início da fase de execução, não se admitindo mais quaisquer questionamentos a respeito, exceto quando passar pelo crivo do instituto da repercussão geral, podendo desta forma, ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

¹²⁴ Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça <www.stj.gov.br>. Processo 2005/0053998-0. Relator Ministro José Delgado. Data do julgamento 15/02/2006. Data da publicação / Fonte DJ 20.03.2006 p. 175. Acesso em 13/07/2006.

5.2.4 – Execução da sentença arbitral estrangeira

Com o deferimento do pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo ela de natureza condenatória, lhe será atribuída o mesmo valor da sentença arbitral nacional, que segundo o artigo 18 da Lei 9.307/96, é equiparada à sentença pronunciada pelo Poder Judiciário, considerando-a, desta forma como título executivo, evitando, portanto, um eventual processo de conhecimento.

Considerando a incapacidade da via arbitral para compelir a parte vencida ao adimplemento do objeto da controvérsia, a ação de execução deverá ser ajuizada pela parte legítima perante o foro do órgão do Poder Judiciário competente, o qual é determinado pelas regras de competência do Código de Processo Civil, assim sendo, as normas utilizadas para o respectivo processo também serão subtraídas do mesmo Código.

6 – OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

6.1 – Conceito de Tratados Internacionais

Inicialmente, importante consignar, que na prática, inúmeras são as denominações de tratados internacionais, que apesar das várias terminologias, não apresentam diferenças, dentre as quais, a título meramente exemplificativo, podemos citar a convenção, protocolo, carta, declaração, pacto, etc.

Entende-se como tratado internacional o acordo escrito e celebrado entre os sujeitos do direito internacional, os quais são somente os Estados e as Organizações Internacionais, nos quais estabelecem-se direitos e obrigações recíprocos.

Esclarecendo ainda mais, nas palavras de Garcia, significa dizer que são:

... atos jurídicos pelos quais Estados e Organizações Internacionais criam, modificam ou extinguem relações jurídicas internacionais, assumem aspectos diversos, nas suas especificidades, podendo representar acordos ou convenções internacionais sobre negociações de caráter comercial, cultural e toda sorte de interesses desse nível, ou então constituem-se de Tratados – normativos ou Tratados de Lei, isto é normas de ordem geral estabelecidas para os Estados, firmando princípios e regras de ordem internacional.¹²⁵

¹²⁵ GARCIA, Maria. “A Constituição e os Tratados” in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n° 37 out/dez de 2001, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 38.

Os tratados são regulados por uma convenção própria a qual é denominada Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Segundo o respectivo protocolo, tratado internacional conceitua-se como:

... um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;¹²⁶

Husek conceitua tratado internacional como: "... o acordo formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público destinado a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional".¹²⁷

6.2 – Classificação dos tratados

A Convenção de Viena, conforme mencionado, diz respeito aos tratados, no entanto, silenciou-se quanto sua classificação, papel pelo qual coube a doutrina fazê-lo, classificando-os quanto sua forma e a matéria.

A classificação quanto à forma subdivide-se em espécies, as quais são:

¹²⁶ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Artigo 2, 1, "a". <www.mre.gov.br>. Acesso em 09/02/2006.

¹²⁷ HUSEK, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 57.

- a) Pelo número de participantes, a qual desmembra-se em tratados bilaterais (duas partes) e multilaterais (mais de duas partes). No entanto, será perfeitamente possível a realização de um tratado bilateral que possua como parte um determinado Estado e do outro lado uma Organização Internacional, que por sua vez, nada mais é do que um grupo de estados reunidos.

- b) Pelo procedimento, que poderá ser solene e não solene. No primeiro caso, nos ensina Husek: “São aqueles que passam pelas seguintes fases: negociação, assinatura ou adoção, aprovação legislativa por parte do estado interessado e, finalmente, ratificação ou adesão”;¹²⁸. O segundo caso trata dos tratados que, como regra, não possuem a intervenção do legislativo, logo, para entrarem em vigor independem da ratificação, dependendo tão somente da assinatura do representante do Estado.

Já classificação quanto à matéria, subdivide-se em:

- a) Tratados contratos, aqueles em que a matéria é de interesse apenas das partes celebrantes, tendo como exemplo, o tratado de fronteiras.

¹²⁸ Ibidem, p. 61.

- b) Tratados-Lei, aqueles que versam sobre matéria de interesse de toda a comunidade internacional, norteados as atitudes dos países membros e criando, desta forma, direitos e obrigações recíprocas.
- c) Tratados especiais, aqueles elaborados para criar Organizações Internacionais (os chamados tratados constitucionais); para criar normas de proteção do trabalho humano (denominado tratado de convenções internacionais do trabalho); para criar empresas, como o recente caso entre Brasil e Bolívia da empresa criada para subtrair os recursos naturais bolivianos para serem distribuídos no Brasil.

6.3 – Trâmite para aprovação dos tratados internacionais

Em se tratando do trâmite para aprovação de um tratado internacional, é de suma importância registrar que a legislação brasileira estabelece duas sistemáticas: a do tratado que versa sobre caráter geral, o qual é estudado no presente trabalho e os tratados que versam sobre direitos humanos, os quais depois de aprovado pelo Congresso Nacional serão equivalentes às emendas constitucionais.

Para aprovação e entrada em vigor do tratado no ordenamento jurídico brasileiro, este obrigatoriamente terá que passar pelo crivo do Congresso Nacional visto que tal competência é exclusiva, conforme estabelece o inciso I do artigo 49: "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos

ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.¹²⁹ Para tanto, o Congresso obedecerá a um procedimento, o qual será exposto adiante.

Depois de ser celebrado o tratado pelo Presidente da República, o qual, segundo o artigo 84, inciso VIII da Constituição Federal, possui competência privativa para elaborá-lo, este enviará uma carta ao Congresso Nacional, na qual constará necessariamente a mensagem, os motivos pelos foi assinado e o seu texto na íntegra.

No Congresso, os documentos imprescindíveis acima mencionados serão apreciados, inicialmente pela Câmara dos Deputados, doravante denominada de casa iniciadora e, sendo aprovado, irá para apreciação do Senado, doravante denominado de casa revisora. Porém, caso não seja aprovado pela casa iniciadora, sequer chegará para o crivo da casa revisora.

Na Câmara dos Deputados o processo será distribuído para que posteriormente seja dada efetividade ao princípio da publicidade, com uma Leitura do texto perante todos os deputados para que esses tomem conhecimento do texto. Dada efetividade ao respectivo princípio, o processo será imediatamente remetido à Comissão de Relações Exteriores, a qual designará um relator para que elabore um parecer e remeta automaticamente à Comissão de Constituição, Justiça e Redação.

Sendo aprovado o projeto pelas respectivas Comissões, com fulcro no artigo 47 da Constituição Federal, deverá ocorrer a votação em plenário. Vejamos: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.¹³⁰

¹²⁹ BRASIL. *Op. cit.* Constituição Federal. Artigo 49, inciso I.

¹³⁰ *Idem*, artigo 47, *caput*.

Caso seja aprovado em turno único será apresentado à redação final do projeto pela respectiva comissão e, se aprovada a redação do mesmo, o projeto será encaminhado ao Senado.

Novamente, será dada efetividade ao princípio da publicidade, no entanto, perante o Senado Federal, o projeto será remetido à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional e, caso aprovado, será enviado ao plenário.

Há a possibilidade de ocorrer emenda ao projeto e jamais ao tratado internacional em questão, uma vez que este é elaborado por uma sociedade internacional e não pelos legisladores brasileiros.

Caso seja aprovado pelo plenário sem qualquer emenda pela casa revisora, não há que se falar em redação final, prevalecendo, desta forma, a redação elaborada pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, ou seja, da casa iniciadora.

O presidente do Senado realiza a promulgação pelo Congresso Nacional, atribuindo um número ao projeto para que seja publicado no Diário Oficial da União e no Diário do Congresso.

Ao Presidente da República, segundo disposto no inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal, cabe: "sancionar, promulgar e fazer publicar as Leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".¹³¹

Por fim, mais uma vez será dada efetividade ao mencionado princípio da publicidade e, posteriormente, passará o tratado a ter força normativa, o qual revogará quaisquer disposições em contrário.

¹³¹ Ibidem, artigo 84, inciso IV.

6.4 – Entrada em vigor dos tratados

Via de regra, inicia-se a vigência de um tratado com sua ratificação, a qual, segundo entendimento de Husek é: “ato administrativo de confirmação dos termos do tratado, obriga o Estado ao cumprimento das cláusulas avençadas”.¹³² Entretanto, segundo o artigo 11 da Convenção de Viena de 1969, que versou sobre o Direito dos Tratados, existem outros meios de um Estado se obrigar às cláusulas estabelecidas nos tratados:

O consentimento de um Estado obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado.¹³³

Depois de ratificado e publicado, o Tratado Internacional adquirirá força normativa no ordenamento jurídico brasileiro, o qual é amparado pelo disposto no § 2º do artigo 5º da Carta Magna brasileira de 1988. Vejamos:

Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹³⁴

¹³² HUSEK, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 68.

¹³³ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. *Op. cit.* Artigo 11.

¹³⁴ BRASIL. *Op. cit.* Constituição Federal. § 2º, do artigo 5º.

No entanto, na prática, com a entrada em vigor do tratado no ordenamento jurídico de um Estado, poderão ocorrer conflitos entre as normas de direito interno com as normas de direito internacional, os quais, para serem solucionados, dependerão do posicionamento de cada Estado acerca da teoria dualista e da monista, sendo esta última monista nacionalista ou internacionalista, as quais serão devidamente explanadas respectivamente nos dois tópicos subseqüentes.

6.4.1 – Os tratados internacionais e a legislação nacional

Como visto, mesmo diante do fenômeno da globalização, onde o interesse da coletividade tende a superar o interesse individual, a possibilidade de divergência entre os Tratados Internacionais com a legislação interna do Estado é real.

Vimos também, que respectiva divergência é solucionada pelo posicionamento do Estado acerca da teoria dualista e monista, sendo esta última, nacionalista ou internacionalista.

6.4.1.1 – Teoria dualista

Para os adeptos da teoria dualista, idealizada pelo alemão Carl Heinrich Tripel, no ano de 1899, há uma divisão entre o ordenamento interno e o internacional, ao passo que o tratado internacional somente poderá ser aplicado em um determinado Estado quando o respectivo tratado passar pelo crivo do Poder Legislativo para transforma-se em norma jurídica nacional.

Defendem os dualistas, que por haver respectiva divisão, não há possibilidade de conflitos, no entanto, caso eles venham a ocorrer, o direito interno se sobreporá ao direito internacional, mesmo que o Estado esteja sujeito a sanções perante a comunidade internacional.

De maneira sucinta, porém clara e objetiva, Juventino de Castro Aguado aduz que:

Na verdade, o dualismo surge e se fundamenta nos momentos e nas circunstâncias em que a estrutura soberana dos Estados se consolida e se desenvolve na idéia de que eles são os sujeitos capazes de desenvolver, com total autonomia, o poder de estabelecer eles próprios as regras do jogo nas relações com outros Estados.¹³⁵

Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, faz interessantes ponderações a respeito da respectiva teoria, as quais passam a serem transcritas:

Não podemos descrever uma ordem normativa por forma a afirmar que vale a norma: A deve ser e, ao mesmo tempo, também vale a norma: A não deve ser.

Do que especialmente se trata, ao determinar a relação existente entre Direito estadual e Direito internacional, é da questão de saber se podem existir conflitos insolúveis entre os dois sistemas de normas. Somente quando esta questão tenha de ser respondida afirmativamente é que

¹³⁵ AGUADO, Juventino de Castro. Os tratados internacionais e o processo jurídico-constitucional. *in: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16. n° 65. out. – dez. /2008, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 324.

fica excluída a unidade do Direito estadual e do Direito internacional. Nesse caso, sim, só é efetivamente possível uma construção dualista ou pluralista das relações entre Direito estadual e Direito internacional. Mas, em tal hipótese, também não se pode falar de uma validade simultânea de ambos. É o que mostra o confronto com as relações entre Direito e a Moral. Aqui, são de fato possíveis tal conflito, como sucede, por exemplo, quando uma determinada ordem moral proíbe a morte de um homem, seja em que circunstâncias for, e uma ordem jurídica positiva estatui a pena de morte e confere ao governo poder para recorrer à guerra sob os pressupostos determinados pelo Direito internacional. Em tais casos, quem considera o Direito como um sistema de normas válidas tem de desatender a Moral e, quem considere a Moral como um sistema de normas válidas tem de desatender o Direito. Expressimos isto dizendo: do ponto de vista da Moral a pena de morte e a guerra são proibidas, do ponto de vista do Direito uma e outra são prescritas ou permitidas. Com isto, porém, nada mais se diz senão que não há qualquer ponto de vista do qual a Moral e o Direito possam ser vistos simultaneamente como ordens normativas válidas. “Ninguém pode servir a dois senhores”.

Se houvesse conflitos insolúveis entre Direito internacional e direito estadual e se, por isso, fosse inevitável uma construção dualista, desde que considerássemos o Direito estadual como um sistema de normas válidas, não só poderíamos conceber o Direito internacional como Direito, como também o não poderíamos sequer conceber como uma ordem normativa vinculante que se encontra em vigor ao mesmo tempo que o Direito estadual. Apenas poderíamos interpretar as relações

submetidas à nossa apreciação, ou do ponto de vista da ordem jurídica estadual, ou do ponto de vista da ordem jurídica internacional.

Na medida em que fosse este o significado de uma teoria que crê ter de aceitar a existência de conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito estadual e considera o Direito internacional, não como Direito, mas apenas como uma espécie de Moral internacional, nada haveria a opor-lhe do ponto de vista da lógica. Mas a generalidade dos representantes da teoria dualista vê-se forçada a considerar o Direito internacional e o Direito estadual como ordens jurídicas com vigência simultânea que são independentes uma da outra nessa sua vigência e podem entrar em conflito uma com a outra. Essa doutrina é insustentável.¹³⁶

Contudo, em que pese os pensamentos contrários, mostra-se fundamental, a efetiva necessidade do Estado em assegurar sua soberania, de modo a não submeter-se aos interesses que não o convenha, mesmo face ao interesse da comunidade internacional que, de notório saber o quão descumprem tratados face seus interesses.

6.4.1.2 – Teoria monista

Para a teoria monista o tratado internacional passa a vigorar na ordem jurídica interna do Estado que o firmou de imediato, sob a ótica de tal direito compor o mesmo sistema jurídico que as normas nacionais.

¹³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 365/366.

Ocorre, todavia, que diante de eventual conflito de ordem interna e internacional, esta corrente subdivide-se em outras duas correntes, monismo nacionalista e monismo internacionalista.

Em suma, prega o monismo nacionalista a supremacia do direito interno face aos tratados internacionais. Já para os defensores do monismo internacionalista, há a primazia do direito internacional em relação as normas nacionais.

A respeito desta diferença, Hans Kelsen leciona, vejamos:

A diferença entre as duas construções monistas das relações entre o Direito internacional e o Direito estadual respeita apenas ao fundamento da validade do Direito internacional, não ao seu conteúdo. Segundo a primeira, que tem o seu ponto de partida na validade de uma ordem jurídica estadual, o fundamento de validade do Direito internacional é a norma fundamental pressuposta por força da qual a fixação da primeira Constituição histórica do Estado, cujo ordenamento forma o ponto de partida da construção, é o fato gerador de Direito. Segundo a outra, que não toma o seu ponto de partida numa ordem jurídica estadual, mas no Direito internacional, o seu fundamento de validade é a norma fundamental pressuposta por virtude da qual o costume dos Estados é um fato gerador de Direito. O costume dos Estados é também um fato gerador de Direito nos quadros de um Direito internacional que apenas valha como parte integrante de uma ordem jurídica estadual. Porém, neste caso, ele não o é por força de uma simples norma pressuposta segundo a qual o costume dos Estados seria um fato gerador de Direito, mas por força de uma norma positivamente posta com o ato do

reconhecimento, norma esta cujo fundamento de validade é, em última linha, a norma fundamenta, pressuposta da ordem jurídica estadual, ordem jurídica esta que forma o ponto de partida da construção, valendo o Direito internacional, como parte integrante desta.¹³⁷

Ademais, Juventino de Castro Aguado demonstra um dos fortes argumentos dos que defendem a teoria monista internacionalista, vejamos:

Embora o indivíduo, argumentam eles, conviva em sociedades menores, a sociedade nacional, suas atividades comerciais, políticas, sociais e culturais estão permeadas por uma solidariedade e uma independência que se estende a níveis internacionais e progressivamente mais globais.¹³⁸

Kelsen, por sua vez, em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, ao lecionar sobre a escolha entre as correntes que se subdividiram dentro da teoria monista (nacionalista e internacionalista), é taxativo ao afirmar que:

Em nossas escolhas, somos obviamente guiados por preferências éticas e políticas. Uma pessoa cuja postura política é marcada pelo nacionalismo e pelo imperialismo estará naturalmente inclinada a aceitar a hipótese da primazia do Direito nacional. Uma pessoa cujas simpatias são pelo internacionalismo e pelo pacifismo estará inclinada a

¹³⁷ *Ibidem*, p. 378.

¹³⁸ AGUADO, Juventino de Castro. *Op. cit.* p. 325/326.

aceitar a hipótese da primazia do Direito internacional. Do ponto de vista da ciência do Direito, a escolha entre as duas hipóteses é irrelevante. Mas, do ponto de vista da ideologia política, a escolha é importante, já que está ligada à idéia de soberania.¹³⁹

Voltando a analisar a teoria monista propriamente dita, leciona Litrento:

A concepção monista tem, como ponto de partida, a *unidade* (motivo de sua denominação) do conjunto das normas jurídicas. É sistema normativo construído segundo o *princípio da subordinação*, em razão do qual todas as normas jurídicas se subordinam uma às outras, numa ordem rigorosamente hierárquica.¹⁴⁰

Nesse contexto, frisa-se a doutrina de Hans Kelsen:

O conflito entre uma norma estabelecida de Direito internacional e uma de Direito Nacional é um conflito entre uma norma superior e uma inferior. Tais conflitos ocorrem dentro de uma ordem jurídica nacional sem que a unidade dessa ordem seja por isso posta em risco.¹⁴¹

Contudo, importante registrar, que para a teoria monista, com o ingresso imediato do tratado internacional, independentemente da divergência registrada nos

¹³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 551.

¹⁴⁰ LITRENTO, Oliveiros. *Curso de Direito Internacional Público*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 100.

¹⁴¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.* p. 528.

parágrafos anteriores, configurar-se-á a existência de uma hierarquia entre as normas, das quais uma irá preponderar sobre a outra, fato este, típico da pirâmide de Kelsen.

6.4.1.3 – Teoria adotada pelo Estado brasileiro

Divergências pairam a respeito da teoria adotada pelo Estado brasileiro.

Para Rizzatto Nunes, a corrente vigente é a dualista, pois segundo ele: “... vigem as regras da teoria dualista, de tal modo que, para ter vigência no território brasileiro, o tratado e a convenção dependem de recepção pelo ordenamento jurídico ...”.¹⁴²

Husek, por sua vez, além de admitir a teoria dualista em nosso ordenamento, vislumbra também a teoria monista. Vejamos: “Em determinadas matérias somos monistas, em outras nem tanto, e ainda sobra aquelas em que nos firmamos pelo dualismo”.¹⁴³

Para conturbar ainda mais, há entendimento do Supremo Tribunal Federal, que torna-se possível verificar a tendência do ordenamento jurídico brasileiro a adotar a teoria monista, pois em sua decisão, equiparou-se o tratado a uma Lei ordinária federal, colocando aquele, desta forma, em uma ordem hierárquica devendo respeito a nossa Carta Magna de 1988.

Indiscutivelmente há fundamentos tanto para a teoria dualista, a qual é utilizada pelo Brasil ao obrigar um tratado internacional a passar pelo crivo do Poder Legislativo,

¹⁴² RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 84.

¹⁴³ HUSEK, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 35.

como também para a teoria monista, a qual ora coloca o tratado internacional superior e ora inferior ao ordenamento jurídico interno.

Contudo, certo é que, cabe a nosso país, quando da celebração de um acordo internacional, negociar tais cláusulas objetivando sempre o menor conflito com o ordenamento interno, independentemente de serem pacíficas a doutrina e a jurisprudência quanto ao dever de obediência dos tratados em relação à Constituição Federal.

6.5 – Objeto da Convenção de Nova Iorque e sua ratificação pelo Estado brasileiro

Conforme explanado anteriormente, tal Convenção possui como objeto o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

Após meses de apreciação pelo Congresso Nacional, sua ratificação ocorreu no dia 25 de abril de 2002, com a promulgação pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso por intermédio do Decreto 4.311, no momento em que as relações entre os Estados começavam a se diversificar e intensificar sobremaneira.

6.6 – Objetivo da Convenção de Nova Iorque

Considerando o avanço das negociações internacionais e, sobretudo, do instituto da Arbitragem como modo alternativo e eficaz em proporcionar a solução de eventuais

controvérsias com maior celeridade, fez-se necessária a intervenção da ONU (Organização das Nações Unidas) com a finalidade de estipular um regulamento mundial para fortalecer sobremaneira o mercado global.

Para tanto, a ONU iniciou um projeto de unificação do procedimento de reconhecimento e homologação da sentença arbitral estrangeira, objetivando, acima de tudo, a efetividade do credor estrangeiro em reconhecer ou executar a sentença arbitral estrangeira na qual aquele foi consagrado seu direito creditício.

Devido à sua importância, tal Convenção trata-se de tratado multilateral o qual já foi ratificado por mais de uma centena de países de todos os continentes, dentre eles, convém citarmos o Japão, Alemanha, Estados Unidos, etc.

6.7 – Conflito entre o texto da Convenção de Nova Iorque com a legislação brasileira e sua devida solução

Ao analisarmos os respectivos textos legais na íntegra, será possível vislumbrar uma contradição entre o ordenamento internacional da Convenção de Nova Iorque, que nosso país aderiu e a legislação brasileira.

Tal contradição refere-se ao disposto no artigo III da respectiva Convenção, que, em suma, reza a impossibilidade de um Estado-membro impor condições substancialmente mais onerosas ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras em relação às impostas para o reconhecimento ou execução de suas sentenças arbitrais nacionais. Vejamos:

Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.¹⁴⁴

Tal desiderato é descumprido pela Lei de Arbitragem em seu artigo 35, o qual estabelece que para a sentença arbitral estrangeira ser reconhecida ou homologada no Brasil, necessária será a análise do Poder Judiciário, ou seja, de modo discreto é realizada uma discriminação a esta sentença, uma vez que com relação à sentença arbitral nacional é dispensado o reexame de tal órgão jurisdicional.

Diante do conflito mencionado, nota-se a divergência entre a Convenção de Nova Iorque, a qual, conforme já explanado, regula o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras nos países aderentes com a Lei infraconstitucional que regula o instituto da Arbitragem no Brasil.

Nesse contexto, é pacífico o entendimento doutrinário. Vejamos o entendimento de Rezek: “Não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre as Leis internas anteriores à sua promulgação”.¹⁴⁵

Na prática, a respectiva Lei apenas obedece ao disposto pela Constituição Federal, a qual, em seu artigo 105, inciso I, alínea “a” estabelece a competência do

¹⁴⁴ Convenção de Nova Iorque. *Op. cit.* Artigo III.

¹⁴⁵ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 97.

órgão jurisdicional para reconhecer ou homologar a sentença estrangeira ao Superior Tribunal de Justiça. Não mais se verifica o conflito entre um tratado e uma Lei infraconstitucional, mas sim, daquele com a própria Constituição Federal. Diante dessa divergência, também há o entendimento pacífico da doutrina, o qual, pode se resumir pelo autor a pouco referenciado. Vejamos:

... para o Estado soberano, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas Leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado.¹⁴⁶

Não obstante, há uma corrente divergente do entendimento doutrinário acima ressaltado, defendendo a desnecessidade de apreciação do Superior Tribunal de Justiça para reconhecer ou homologar a sentença arbitral estrangeira, sob a ótica de que qualquer nulidade poderá ser argüida perante o Juízo de primeira instância.

Tal corrente será melhor estudada no tópico subsequente, para que ao fim, possamos ter consciência do entendimento da grande maioria da doutrina e, sobretudo dos legisladores brasileiros.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 96.

6.7.1 – Corrente contrária ao posicionamento da legislação brasileira em onerar a sentença arbitral estrangeira à apreciação do Superior Tribunal de Justiça

Conforme explanação no tópico anterior, a doutrina mostra-se em sua grande maioria a respeito da necessidade da apreciação do Poder Judiciário para que uma sentença arbitral seja passível de execução em nosso país.

Todavia, para uma corrente minoritária, não se faz necessário onerar as sentenças arbitrais estrangeiras em relação as nacionais, agindo assim, em desacordo com a Convenção de Nova Iorque, sob a ótica de que teria plena capacidade para reconhecer ou homologá-la o órgão jurisdicional de primeira instância que se faça competente para executá-la.

Inicialmente em momento algum se discorda da capacidade do juiz de primeira instância em reconhecer ou homologar a sentença arbitral estrangeira, ao contrário, tal corrente torna-se inviável pela sua impraticabilidade.

Em um primeiro momento, nos parece adequado o respectivo entendimento, pois assim, a sentença arbitral seria executada com mais rapidez e, como consequência, alcançaria a característica principal do instituto da Arbitragem: a celeridade.

No entanto, na prática, torna-se impraticável.

A procedência ou não do pedido de reconhecimento ou homologação da sentença arbitral estrangeira pelo juiz de primeiro grau, abriria precedentes para os respectivos recursos, cuja competência de apreciação seria do Tribunal de Justiça, e, após sua decisão caberia recurso ao Superior Tribunal de Justiça, ou seja, os recursos findariam novamente no mesmo grau de jurisdição estipulado por nossos legisladores,

caracterizando, desta forma, uma afronta ao princípio base da economia processual. Logo se desvirtuaria do maior benefício da Arbitragem, mormente a celeridade processual.

Adiante citaremos exemplos da inviabilidade do posicionamento da respectiva corrente:

- a) Imaginemos que o objeto da sentença arbitral estrangeira seja uma dívida de jogo. Ao ser pleiteado o reconhecimento ou a homologação da sentença arbitral em primeira instância, o juiz a indefere de pronto com base na impossibilidade jurídica do pedido. A parte contrária, diante de sua insatisfação poderia interpor recurso ao Tribunal de Justiça bem como, se entender necessário, ao Superior Tribunal de Justiça.
- b) Podemos imaginar também uma sentença arbitral estrangeira referente a uma quantia milionária, que sendo deferido seu reconhecimento ou homologação pelo Juízo de primeira instância, abriria possibilidade para a ré, empresa brasileira, interpor recurso com caráter meramente protelatório.

Impossível deixar de ressaltar a natureza jurídica contratual da Arbitragem, a qual decorre da autonomia da vontade das partes, no entanto, há também que se levar em conta sua natureza jurisdicional, a qual decorre do exercício de uma atividade tipicamente estatal, conforme explanado no tópico 3.7 do terceiro capítulo do presente trabalho.

Diante da natureza contratual, há a possibilidade das partes preverem acerca da competência para execução da sentença arbitral estrangeira, conforme princípio de que o contrato faz Lei entre as partes. No entanto, torna-se impossível esquivar-nos da natureza jurisdicional da Arbitragem, pois considerando a primazia da Constituição Federal como vértice do ordenamento jurídico brasileiro, a norma *pacta sunt servanta*, não pode prevalecer sobre nossa Carta Magna.

Contudo, torna-se fácil de concluir a esperteza do legislador brasileiro em conferir competência ao Superior Tribunal de Justiça para reconhecer e homologar a sentença arbitral estrangeira, visto que com seu deferimento ou não, por se tratar do último grau de jurisdição, não haverá mais possibilidade de recursos, gerando, desta forma, o instituto da coisa julgada, o que, indubitavelmente manterá a característica principal do instituto da Arbitragem: a celeridade da prestação jurisdicional pretendida pela parte.

Nessa linha de raciocínio, Welber Barral citado por Zenedin Glitz nos ensina de maneira brilhante que:

... a desnecessidade de homologação por parte do Supremo Tribunal Federal apenas em tese traria mais procedimento arbitral. Isso porque, ao ser executada pelo Juízo comum, a parte poderia levantar a questão da “ordem pública”, por exemplo, embasamento de recurso às instâncias superiores e, conseqüentemente chegar até o STF.¹⁴⁷

¹⁴⁷ ZENEDIN GLITZ, Frederico Eduardo <www.uj.com.br/publicações/doutrinas>. Acesso em 10/08/2006.

Importante registrar que a citação faz referência ao Supremo Tribunal Federal como órgão competente para reconhecer e homologar a sentença arbitral estrangeira e não ao Superior Tribunal de Justiça, o qual atualmente se faz competente, uma vez que quando da publicação do artigo ainda não vigoravam as mudanças advindas com a Emenda Constitucional nº 45.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Incontestavelmente, por anos de descaso de nossos legisladores e pela falta de compromisso dos que operam o Direito (Advogados, Representantes do Ministério Público e Magistrados), sobretudo do Poder Executivo, nos confrontamos com uma enorme crise estatal na propagação da Justiça com celeridade àquele que a pretendeu perante o órgão do Poder Judiciário.

Há de se considerar também, a inércia da OAB - Ordem dos Advogados do Brasil em combater com efetividade a falta de interesse dos poderes da República para com a definitiva solução da morosidade processual que, por sua vez, conforme ressaltado ao longo do presente trabalho é considerada o principal problema enfrentado por aquele que depende de decisões judiciais transitadas em julgado para reverem o que de direito.

Tal afirmação é pautada pelo respeito que essa classe possui perante a sociedade, os Poderes da República e a imprensa (considerada por muitos, o quarto poder), sobretudo pelo seu primordial dever de reivindicar e representar o Advogado que, por óbvio, depende da célere solução do processo para adquirir proventos, portanto, nada mais equitativo, que a luta pelo seu ágil desenvolvimento.

Ademais, mesmo detentora de tanto respeito, tem a Ordem dos Advogados do Brasil deixado seus representados à mercê da má prestação jurisdicional, principalmente no que tange à relação entre muitos magistrados e Representantes do Ministério Público que, dentre outros abusos, colocam-se em um patamar acima do Advogado.

Como se não bastasse, a classe tem enfrentado ainda o descontentamento dos Serventuários da Justiça que, infelizmente, ao invés de reivindicarem seus direitos perante o Estado, uma grande maioria desconta todas suas insatisfações no trabalho prestado, de modo a faltar com o respeito com os Advogados e aqueles cidadãos que se interessam em acompanhar o processo no balcão do cartório, fazendo com que estes, muitas vezes, peçam “clemência” por uma efetiva prestação de seus serviços.

Sabe-se também, que um dos maiores problemas para a tão criticada morosidade processual gira em torno da formalidade exacerbada do Poder Judiciário, razão pela qual mostra-se o instituto da Arbitragem fundamental ao razoável equilíbrio entre a celeridade e a Justiça, haja vista a homenagem que respectivo instituto rende ao princípio da autonomia da vontade das partes que, dentre outras possibilidades, faculta a estas estipularem o prazo para que a sentença arbitral seja proferida, lembrando que, caso não haja avença a respeito, o prazo não poderá ser superior a 6 (seis) meses.

Ora, considerando que pelo trâmite tradicional, o processo tem início com a juntada do mandado de citação aos autos, a título meramente ilustrativo, somente entre o ajuizamento da ação em que figuram no pólo passivo duas ou mais pessoas de Comarcas diferentes, com a citação expedida por intermédio de carta precatória, juntada aos autos dos mandados de citação (carta precatória), prazo para as contestações (provavelmente utilizar-se-ão do protocolo integrado) e suas juntadas aos autos, indubitavelmente, esse procedimento preliminar é superior aos seis meses necessários para que a sentença arbitral seja proferida, motivo pelo qual, o pensamento defendido no presente trabalho, de que o instituto jurídico da Arbitragem é importante tanto ao Poder Judiciário, como também às relações comerciais, fica aqui corroborado.

Ocorre, todavia, que mesmo diante dos inúmeros benefícios reiteradamente demonstrados ao longo do presente estudo, tende a sociedade brasileira a ainda questionar a Arbitragem, proporcionando, desta forma, seu pouco alcance no Brasil.

Respectivo receio, incontestavelmente, ocorre por conta dos anos de discussão acerca da constitucionalidade da solução da lide pela via arbitral, pois dado as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que pairavam a época, não havia instituto jurídico algum capaz de assegurar a decisão imposta pelo árbitro, vez que facilmente seria derrubada judicialmente.

Assim sendo, com a definitiva consolidação da Arbitragem em nosso ordenamento jurídico no ano de 2001 e, com a conscientização da importância da via arbitral pelos cidadãos brasileiros, indiscutivelmente tende a sociedade a ganhar, uma vez que as relações comerciais serão cada vez mais fomentadas, a arrecadação de tributos inerentes as respectivas relações aumentarão sobremaneira, de modo a gerar maiores riquezas ao Estado, haverá mais empregos disponíveis, menos desigualdade social e, conseqüentemente, fará com que os índices de educação aumentem, índices de violências diminuam, dentre outros inúmeros fatores capazes de melhorar a qualidade de vida dos cidadãos brasileiros.

Para tanto, cabe ao Poder Judiciário banir questionamentos infundados pela parte sucumbente acerca do procedimento arbitral, sob a ótica da possibilidade de propagação do descrédito da legislação brasileira perante investidores estrangeiros, haja vista o receio destes investirem seus recursos em um Estado onde a “insegurança jurídica a respeito da Arbitragem” prepondera.

Ainda no tocante a morosidade processual, embora tenha ocorrido o tardio esforço do Poder Legislativo, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que

versou sobre a reforma do Judiciário, este não foi suficiente para solucioná-la, pelo simples motivo do antigo costume brasileiro em tentar solucionar os problemas com políticas compensatórias, ou seja, de cima para baixo, jamais pelo alicerce.

Tal crítica de maneira alguma desmerece as medidas adotadas à celeridade em instância superior, dentre as quais, o instituto jurídico da repercussão geral, pelo contrário, faz-se necessária para demonstrar que não basta solucionar o problema da celeridade processual no último grau de jurisdição, mas também em instâncias inferiores, por intermédio de políticas públicas que contribuam à razoável duração do trâmite processual nas esferas singulares.

Nesse contexto, frisa-se novamente, que além dos benefícios trazidos pela Arbitragem àqueles que dela se utilizam, tal instituto também beneficia aqueles que possuem algum processo perante o Poder Judiciário, os quais foram registrados insistentemente ao longo do presente trabalho.

Há de salientar a extrema importância do instituto da Arbitragem às relações comerciais, seja no âmbito internacional ou nacional, vez que com o respectivo instituto cada vez mais consolidado na órbita jurídica vigente em nosso país, indubitavelmente maiores investimentos serão creditados nas empresas brasileiras, de modo a fomentar o mercado interno (produção dos materiais desejados pelos empresários estrangeiros) e, conseqüentemente, conforme já ressaltado, proporcionar-se-á, maiores riquezas aos nossos trabalhadores, empresários, sobretudo, aos cofres públicos com a arrecadação dos impostos inerentes às respectivas relações.

Há de se falar do enorme avanço brasileiro ao ratificar no ano de 2002, a Convenção de Nova Iorque, elaborada para regular o reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira.

Todavia, verificando divergências entre a legislação interna e a internacional, como a estudada no último capítulo do presente trabalho, não nos restam dúvidas quanto à predominância do ordenamento jurídico nacional, sob a ótica da necessidade de respeito à segurança jurídica propiciada por nossa Constituição Federal de 1988 que, por se encontrar no topo do nosso ordenamento jurídico, resguarda o patrimônio de seus cidadãos, tendo como dever, coibir qualquer infringência à ordem pública.

Assim sendo, a vontade externada por nossos representantes quando da assinatura e ratificação de um Tratado Internacional deve preponderar, exceto quando se confrontar com a legislação nacional, como no presente caso, sob a ótica de respeito e resguardo dos direitos de nossos cidadãos, tal como exposto no parágrafo acima.

Verifica-se, portanto, que o instituto da Arbitragem está posto e consolidado, o que é melhor, com mecanismos ágeis e eficazes para auxiliar e desafogar o falido Poder Judiciário, razão pela qual incontestavelmente mostra-se como mecanismo fundamental ao combate à ineficácia estatal em proporcionar a Justiça com celeridade.

Contudo, em contrapartida, resta aos titulares da ação, a consciência de dois fatores. Primeiro, de não se “aventurarem” em uma ação judicial, ou seja, que clamem o direito com fundamentos, jamais pelo simples fato de clamar. Já o segundo, diz respeito à necessidade de darem efetividade aos meios alternativos de solução das controvérsias, seja por intermédio da Arbitragem ou da mediação, pois somente dessa forma e com o investimento estatal haverá a celeridade na prestação jurisdicional pretendida, garantindo assim, a dignidade humana e a razoável duração do processo, ambos, direitos fundamentais do ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Juventino de Castro. Os tratados internacionais e o processo jurídico-constitucional. *in: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16. nº65. out. – dez. /2008, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALVIM, Arruda. A Alta Função Jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Âmbito do Recurso Especial e a Relevância das Questões. *in: RePro*, nº 96, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Código Civil (2002). São Paulo: AASP, 2003.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). São Paulo: Rideel, 2004.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei 9.307/96. Legislação complementar. São Paulo: Rideel, 2004.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 8.906/94. Legislação complementar. São Paulo: Rideel, 2004.

BRASIL. Constituição Federal (1988). São Paulo: Saraiva, 2005.

CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e Mediação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBOSA, Claudia Maria. O processo de legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. <http://docs.google.com/gview?a=v&q=cache:T3T9pEWp31gJ:www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%2520Maria%2520Barbosa.pdf+Judiciarios+claudia+maria+barbosa&hl=pt-BR&gl=br>. Acesso em 31/08/2009

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Convenção de Nova Iorque (1958). <www.espacodaArbitragem.com.br>. Acesso em 27/06/2006.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). <www.mre.gov.br>. Acesso em 09/02/2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral Do Estado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. 1. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GARCIA, Maria. "A Constituição e os Tratados" *in: Revista de Direito Constitucional e Internacional* n°37 out/dez de 2001, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 2002.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *in: Revista Forense*. Ano 101. n°378. março – abril de 2005, Rio de Janeiro.

GRUN, Ernesto. Las globalizaciones jurídicas. *in: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. n°105, julio-diciembre 2006 - Medellín, Colômbia.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques de; LIMA, Francisco Meton Marques de. *Reforma do Poder Judiciário – comentários iniciais à EC 45/2004*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LITRENTO, Oliveiros. *Curso de Direito Internacional Público*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PANSIERI, Flávio. <www.cut.org.br>. Edição nº 684 – Domingo 03/12/2006. Acesso em 04/03/2007.

PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei 9.307, de 23/09/1996*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

RUFINO, Cleuber. *Mediação e Arbitragem*. Revista jurídica UNICOC. <www.faculadescoc.com.br>. Acesso em 15/08/2006.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, vol. 10. nº 1. Campinas, 2004. www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762004000100002. Acesso em 31/08/2009.

VIEGAS, Frederico. <www.180graus.com/home/materia.asp?id=81953>. Acesso em 04/03/2007.

ZENEDIN GLITZ, Frederico Eduardo. <www.uj.com.br/publicações/doutrinas>. Acesso em 10/08/2006.

<www.stj.gov.br/jurisprudência>. Acesso em 13/07/2006.